



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
"DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA"

CICLO XXVIII

COORDINATORE *Prof. Paolo Borghi*

PUBBLICO E PRIVATO NEI SERVIZI SOCIALI E SOCIO-SANITARI

Profili di diritto interno ed europeo

Settore Scientifico Disciplinare IUS/10

Dottorando

Dott. Edoardo Caruso

Tutore

Prof. Gian Guido BALANDI

Cotutore

Prof. Franco PELLIZZER

Anni 2013/2015

PUBBLICO E PRIVATO NEI SERVIZI SOCIALI E SOCIO-SANITARI. PROFILI DI DIRITTO INTERNO ED EUROPEO

INTRODUZIONE	1
CAPITOLO I I SISTEMI DI EROGAZIONE DI SERVIZI SOCIALI A LIVELLO NAZIONALE/REGIONALE.	9
PARTE I	9
1. Profili storici: dalle Istituzioni pubbliche di beneficenza al servizio pubblico.	9
2. La fase post liberale: lo stato corporativo e i servizi sociali.	16
3. La Costituzione e la nascita di un servizio pubblico socio-assistenziale.....	22
3.1. Il d.P.R. n. 9/1972 e il suo sguardo rivolto al passato.	24
3.2. Il d.P.R. n. 616/1977: una nuova definizione di beneficenza pubblica come primo risultato di una “nuova politica assistenziale” ...e come primo passo verso la sua riconducibilità nella nozione di pubblico servizio.	27
3.3. L’art. 38 comma 5 cost. e la pronuncia di incostituzionalità della legge Crispi: quali connessioni con il progressivo affermarsi della beneficenza come servizio pubblico?	30
3.4. Dai servizi sociali come “settore organico” alla definizione legislativa dei servizi sociali in senso stretto, passando per la definizione formale di E. Ferrari: peripezie di una nozione.....	37
4. Una riforma molto auspicata: la legge quadro n. 328/2000.....	45
4.1. Il principio dell’“universalismo selettivo”.	46
4.2. La programmazione come metodo di governo del sistema integrato.....	49
5. Servizi sociali e servizi pubblici: elementi di differenziazione in punto di categorie giuridiche. .	57
5.1. Le prestazioni assistenziali come servizio pubblico.	58
6. Sussidiarietà orizzontale e servizi sociali: profili storici e di inquadramento.....	68
6.1. Un principio dai confini (troppo) incerti. Un tentativo (minimo) di sistematizzazione.	72
6.2. La sussidiarietà orizzontale e il sistema integrato di servizi sociali alla persona.	84
6.2.1. Sussidiarietà orizzontale e rapporti concessori di pubblico servizio: un rapporto di reciproca esclusione?	88

7. L'erogazione di prestazioni socio-assistenziali fra moduli organizzativi di pubblico servizio e assistenza privata.	92
7.1. Prestazione assistenziale "libera" non rientrante nell'attività di servizio pubblico.....	93
7.2. Opacità della distinzione fra attività assistenziale di servizio pubblico e attività autonoma: in dottrina e nella legislazione di settore.	95
7.2.1. (Segue) Profili che sembrerebbero giustificare l'opacità della distinzione.....	100
7.2.2. Profili giuridicamente rilevanti della distinzione fra attività assistenziale di pubblico servizio e attività assistenziale libera e ragioni della sua persistente opacità.	104
8. Le modalità di gestione dei servizi sociali. Delimitazione del campo di indagine.....	108
8.1. La gestione dei servizi sociali fra disciplina generale sui servizi pubblici locali e disciplina di settore.	109
8.2. (Segue) Questioni aperte in tema di potestà legislativa sulla disciplina delle modalità di gestione e modalità di affidamento dei servizi sociali alla persona.....	114
8.3. I servizi sociali alla persona come servizi pubblici locali di interesse economico generale?	116
8.4. L'incidenza della nuova disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica sui servizi sociali alla persona: un tentativo di sistematizzazione.	120
9. L'affidamento in concessione a terzi del servizio sociale alla persona. Rinvio.	123
10. La legge quadro del 2000 e il modello di <i>outsourcing</i> per l'erogazione di servizi sociali alternativo all'affidamento a terzi.	125
PARTE II	129
1. I servizi socio-sanitari. Linee evolutive del processo di integrazione.....	129
2. Le principali differenze fra servizi sanitari e servizi sociali.....	133
2.1. Evoluzione del rapporto pubblico-privato nel sistema sanitario e l'attuale sistema delle "tre A".....	135
2.2. (Segue) Alcuni esempi di modelli di erogazione dei servizi socio-sanitari predisposti a livello regionale: quali "scostamenti" possibili rispetto alla legislazione nazionale?	143
CAPITOLO II I SERVIZI SOCIALI E SOCIO-SANITARI NEL DIRITTO SOVRANAZIONALE.....	148
1. Premesse di inquadramento	148
2. Le nozioni di servizio di interesse (economico) generale e di obbligo di servizio pubblico: una rapida sintesi.	149
2.1. Condizioni e ambito "soggettivo" di applicazione dello specifico regime giuridico "derogatorio" previsto dall'art. 106, paragrafo 2, del TFUE.	153

2.1.1. A) Presupposti per ritenere sussistente un SIEG.....	154
2.1.2. B) Presupposti necessari per far ritenere giustificabile la deroga all'applicazione delle norme del Trattato.....	158
2.2. Servizi di interesse economico generale ed economia sociale di mercato nel processo di integrazione europea.....	160
2.3. L'ambito oggettivo di applicazione della deroga di cui all'art. 106, paragrafo 2, TFUE: quale estensione?	166
3. I servizi di interesse generale non economico: evoluzione di una nozione che rimane "residuale".....	170
3.1. Il caso dei servizi sociali di interesse generale.....	172
4. Diverse sfumature della "rilevanza economica" di un'attività come nozione che fonda l'applicazione della regolazione del mercato.....	176
4.1. (Segue) Nel diritto della concorrenza.....	178
4.2. (Segue) Nel diritto del mercato interno.....	184
5. Il servizio sociale nella dimensione multilivello: la nozione europea fra frammentazione consapevole e sistematicità perduta. Cenni.....	192
6. Attività di rilevanza economica e servizi sociali: il sistema delle deroghe nel diritto della concorrenza.....	193
6.1. Diritto <i>antitrust</i>	195
6.2. (Segue) Aiuti di stato.....	196
CAPITOLO III L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO UE DEL MERCATO INTERNO AI SERVIZI SOCIALI E SOCIO-SANITARI: PROFILI DINAMICI E QUESTIONE ANCORA APERTE	201
1. Esclusione dei servizi sociali e socio-sanitari dall'ambito di applicazione della <i>Direttiva Bolkestein</i>	201
1.1 La nozione di <i>prestatore incaricato dallo Stato</i> riversata nel contesto nazionale.....	205
2. Libertà di stabilimento e contratti pubblici, concorrenza "nel" e "per" il mercato: l'"eclettismo" dei servizi sociali e socio-sanitari	209
2.1...Segue: il "sociale" tra livello sovranazionale e statale	216
2.2. ...Segue: Le complessità originate nel contesto nazionale.....	220
3. Il <i>trade d'union</i> fra il regime dell'attività e quello del servizio pubblico: il momento autorizzatorio.....	223
4. Scelte organizzative nazionali e diritto UE nella regolazione dell'accesso degli operatori al servizio pubblico. La sequenza accreditamento-accordo "priva" di carattere selettivo	227

4.1 La sequenza accreditamento-accordo “munita” di carattere selettivo. Un inquadramento dogmatico.....	230
4.1.1 Segue... Accredimento e/o accordo con funzione selettiva in assenza di procedure comparative: quale rapporto fra discrezionalità e concorrenza?.....	237
4.1.2 Condizioni necessarie per “giustificare” restrizioni alla libertà di stabilimento	241
5. Meccanismi di accesso al mercato del servizio pubblico con selezione contestuale e affidamenti di servizi sociali e socio-sanitari alla luce della disciplina sui contratti pubblici	248
CONCLUSIONI	256
Conclusioni. Tra Solidarietà e concorrenza: i servizi sociali e socio sanitari nell’attuale quadro ordinamentale multilivello.....	256
BIBLIOGRAFIA.....	260

INTRODUZIONE

La ricerca in oggetto ha come obiettivo di inquadrare l'evoluzione del rapporto fra l'amministrazione e i prestatori privati di servizi socio-assistenziali e socio-sanitari; l'indagine prende le mosse dai primi anni del '900 per poi concentrarsi sulle vicende attuali, caratterizzate dalla ricerca del miglior equilibrio fra l'applicazione di dinamiche e regole concorrenziali di matrice europea, e la necessità di tener in considerazione le peculiarità che contraddistinguono tali attività dai servizi pubblici economici.

Il primo capitolo, adottando un approccio che potrebbe definirsi "statico", affronta il tema da una prospettiva squisitamente nazionale, presupposto necessario per poter appieno comprendere come le peculiarità dei servizi sociali e socio-sanitari si riflettano sull'applicazione del diritto europeo a tali servizi.

In particolare, la prima parte del Capitolo I è dedicata ai servizi sociali in senso stretto (o servizi socio-assistenziali), a partire dall'evoluzione che ha caratterizzato tali attività sin dalla legge Crispi del 1890 con cui si diede vita al "sistema delle I.P.A.B."; in linea con gli obiettivi della ricerca, è stata assunta come prospettiva privilegiata di indagine la "forma" con cui tale intervento normativo, e le successive modifiche, hanno regolato il rapporto fra l'autorità pubblica e i soggetti privati che, in qualità di erogatori di prestazioni, operavano nel settore assistenziale.

Dopo aver osservato la sostanziale continuità con il passato che caratterizzò sia il periodo del regime fascista sia i primi decenni "repubblicani" (nonostante la portata tendenzialmente "rivoluzionaria" del testo costituzionale), l'attenzione si è focalizzata sulle novità introdotte dai decreti di trasferimento di funzioni alle regioni degli anni '70 e '80 che, insieme ad alcune pronuncia della Corte Costituzionale, hanno stravolto il settore, avviando quel processo affatto tribolato di "modernizzazione" dell'assistenza che ha portato all'adozione della legge quadro sui servizi sociali, 8 novembre 2000, n. 328.

Trattandosi di argomento già ampiamente sviscerato in dottrina, si è cercato di dare conto degli istituti introdotti da tale riforma evitando un approccio meramente descrittivo, ma trattando dei profili maggiormente caratterizzanti l'assistenza sociale dopo tale riforma.

Nello specifico, in distinti paragrafi sono stati affrontati i seguenti temi:

- principio dell'“universalismo” (selettivo) come presupposto essenziale di una concezione moderna e costituzionalmente orientata dell'assistenza;
- definizione di servizio sociale in senso stretto fatta propria da tale legge (e basata sui due elementi discretivi della presenza di una situazione di bisogno e del carattere personale degli interventi);
- principio della programmazione come “metodo di governo” del sistema integrato che funge da collante per tutti gli altri profili caratterizzanti il sistema integrato delineato dalla legge quadro (ad es., l'integrazione fra attività socio-assistenziali e altre attività di *welfare*, l'integrazione verticale fra i diversi livelli di governo e quella orizzontale fra pubblico e privato etc.).

Quanto detto ha costituito un necessario *background* per l'analisi di quell'aspetto di novità introdotto dalla legge n. 328/2000 più rilevante ai fini del presente lavoro; si fa riferimento alla previsione di un sistema di erogazione di prestazioni socio-assistenziali in *outsourcing* alternativo all'affidamento a terzi e basato sulla sequenza autorizzazione-accreditamento-accordo (cd. “sistema delle tre A”), che il legislatore di inizio millennio ha ripreso in parte dall'esperienza del settore sanitario, in parte da alcune esperienze regionali.

A partire dalle (scarse) indicazioni fornite al riguardo dalla legge quadro e dal successivo d.P.C.M. 30 marzo 2001, ma soprattutto dallo studio di come tale modello di erogazione sia stato successivamente implementato a livello regionale, sono stati analizzati singolarmente i tre istituti (autorizzazione-accreditamento-accordo) che caratterizzano il sistema delle tre A, dando conto delle possibili e diverse soluzioni regolative lasciate alla discrezionalità (politica) dei legislatori regionali.

Tale analisi - che costituisce il fulcro del primo capitolo e oggetto di raffronto con il diritto europeo nella parte successiva della ricerca -, è stata preceduta da un approfondito studio di tre distinti profili, anch'essi logicamente necessari per una piena e consapevole comprensione delle caratteristiche del sistema delle tre A.

In primo luogo, si è dato conto delle diverse posizioni presenti in dottrina riguardo la possibilità di ricondurre (o meno) - da un punto di vista soprattutto dogmatico - i servizi sociali alla più generale categoria del servizio pubblico, sottolineando profili comuni e di distinzione fra attività comunque riconducibili al perseguimento di obiettivi sociali indicati dal legislatore costituente.

In secondo luogo, si è cercato di definire il principio di sussidiarietà orizzontale nel tentativo di individuare dei parametri per distinguere quando tale principio viene richiamato a “spropósito” (come slogan privo di un effettivo valore pregnante) e quando,

invece, determinate scelte dei poteri pubblici (tanto legislativi quanto amministrativi) vanno considerate come effettiva concretizzazione di tale principio introdotto in Costituzione nella riforma del 2001. Nel perseguimento di tale obiettivo si è, ovviamente, scelto come settore privilegiato di indagine l'incidenza della sussidiarietà orizzontale nel settore assistenziale.

In terzo luogo, si è affrontato il tema delle forme di gestione dei servizi sociali. In realtà, solo incidentalmente si è proceduto alla loro descrizione; si è scelto, piuttosto, di concentrarsi sulle questioni che appaiono maggiormente controverse.

Invero, da un lato ci si è interrogati sul fondamento di un intervento statale su tale profilo della regolazione dei servizi sociali, specie alla luce della riforma costituzionale del 2001 e della nota sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale; dall'altro, sull'incidenza sulla forme di gestione dei servizi sociali della normativa nazionale generale relativa ai servizi pubblici locali di rilevanza economica e sul rapporto fra tale disciplina e quella di settore (*rectius*, le non sistematiche e spesso ambigue previsioni sul tema contenute nella legge quadro n. 328/2000 e dal d.P.C.M. 30 marzo 2001). Di modo che ha acquisito importanza centrale la possibilità, o meno, di qualificare i servizi sociali come servizi di rilevanza economica (o di interesse economico generale). Si è giunti a una soluzione "intermedia" (già rinvenibile in dottrina e che trova conferma anche nella ricostruzione del concetto di attività economicamente rilevante per il diritto UE sviluppato nel secondo capitolo) che riconosce la "rilevanza economica relativa" di tali servizi; sulla base di tale considerazione si è giunti alla conclusione che ai servizi sociali non dovrebbe trovare applicazione tutta la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma solo quella parte riconducibile al diritto del mercato interno, funzionale a garantire e promuovere la "concorrenza per il mercato" (con esclusione, quindi, di quella parte riconducibile alla concorrenza in senso stretto).

Infine, in tale parte del lavoro si è anche avuto modo di dare conto di un profilo intrigato e spesso trascurato in dottrina (con diverse eccezioni ovviamente), riguardante la frequente assimilazione fra quei rapporti pubblico-privato riconducibili a un nesso funzionale e organizzativo di servizio pubblico e quei rapporti che, invece, sembrano trovare ragioni altre rispetto all'affidamento a un privato di compiti propri del soggetto pubblico; si è, in altre parole, sottolineata l'opportunità di maggiore attenzione nel distinguere l'attività assistenziale posta in essere dai soggetti privati riconducibile all'assistenza privata tutelata e garantita dall'art. 38, ultimo comma, della Costituzione, da quella posta in essere da operatori privati in qualità di erogatori di pubblico servizio.

La seconda parte del capitolo I è stata dedicata ai servizi socio-sanitari.

Dopo un breve *excursus* finalizzato a richiamare i principali passaggi del processo di integrazione fra i servizi sanitari e quelli socio-assistenziali, sono state descritte le principali soluzioni predisposte a livello regionale per l'erogazione di tali servizi, sempre attraverso il ricorso al modello organizzativo definito "sistema delle tre A" (anch'esse poi oggetto di raffronto con il diritto europeo).

Tale soluzione organizzativa, non solo è imposta alle regioni dal d.lgs. n. 502/1992, ma esso fornisce anche indicazioni vincolanti su come le stesse devono essere regolate i singoli istituti che compongono tale sistema (autorizzazione, accreditamento, accordo); per tale ragione si è ritenuta opportuna una preliminare analisi della disciplina del d.lgs. n. 502/1992 ss. mm. sul rapporto pubblico-privato (applicabile tanto ai servizi sanitari quanto a quelli socio-sanitari).

Il capitolo secondo, anch'esso con un approccio tendenzialmente statico, tratta dei servizi sociali nel contesto europeo; nello specifico, ci si è posto l'obiettivo di ricostruire il progressivo coinvolgimento del diritto UE nell'attività di regolazione dei servizi sociali.

L'analisi della disciplina sovranazionale dei servizi sociali (ma lo stesso vale per i socio-sanitari) non può che prendere le mosse dalle nozioni di servizio di interesse economico generale (SIEG), di obbligo di servizio pubblico e del loro progressivo affermarsi nell'ordinamento eurounitario.

Si è preliminarmente osservato come il diritto europeo non abbia compromesso la possibilità/doverosità di un intervento pubblico "sull'economia" al fine di raggiungere missioni di interesse generale che il mercato non consente di soddisfare (cd. "fallimento del mercato" rispetto a valutazioni politiche), ma abbia imposto che questo venisse "riscritto" secondo i caratteri della proporzionalità, di modo che il mercato e la libera iniziativa economica non risultino ristretti oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo prefissato.

Successivamente, l'attenzione si è concentrata sull'art. 106, par. 2, del TFUE. In particolare, di tale disposizione si sono affrontati, nell'ordine, i seguenti profili:

a. condizioni, presupposti e ambito "soggettivo" di applicazione dello specifico regime giuridico di deroga da essa previsto, distinguendo fra i presupposti necessari per ritenere sussistenti un SIEG (nozione di impresa, attività economica, missione di interesse generale e controllo sull'errore manifesto, atti di incarico) e i presupposti necessari

affinché una deroga al Trattato possa ritenersi giustificabile (su tutti, il carattere “ostativo” della loro applicazione al perseguimento della specifica missione di interesse generale e il rispetto del principio di proporzionalità).

b. l’evoluzione nell’interpretazione e nell’applicazione della regime di deroga previsto dall’art. 106, par. 2 (attraverso una diversa incidenza del test di proporzionalità), che è proceduta di pari passo all’evoluzione della considerazione del SIEG da parte delle Istituzioni comunitarie, da mera deroga all’applicazione delle regole di mercato a tratto essenziale del modello europeo di società. Si è osservato, inoltre, come sembri ravvisabile una sorta di *trait d’union* fra tale processo evolutivo che ha investito il servizio pubblico e quei cambiamenti che, più in generale, hanno caratterizzato il processo di integrazione europea.

c. ambito oggettivo di applicazione dell’art. 106, par. 2, TFUE. In particolare, si è inquadrata la questione relativa alla possibilità di invocare tale disposizione esclusivamente per derogare alla disciplina sulla concorrenza (diritto antitrust, art. 101 ss. TFUE e disciplina sugli aiuti di stato, art. 107 ss. TFUE) o di farvi ricorso anche al fine di giustificare restrizioni al cd. diritto del mercato interno (libertà fondamentali di circolazione, Direttiva Servizi, diritto dei contratti pubblici), quando il rispetto di tali discipline osti al raggiungimento della missione di interesse generale affidata all’impresa incaricata.

L’attenzione si è poi spostata sul più recente interessamento delle Istituzioni europee per i servizi sociali, con il conseguente affermarsi della sub-categoria del servizio sociale di interesse (economico) generale (SSIG o SSIEG), che ha trovato conferma in due comunicazioni adottate nella seconda metà degli anni 2000. Tale interessamento si è basato sul presupposto che il carattere sociale del servizio non sia tale, di per sé, da escludere l’applicazione delle norme di mercato contenute nei trattati (concorrenza, libertà economiche di circolazione, contratti pubblici etc.). Occorre guardare, invece, alla rilevanza economica delle relative attività, che ben potrebbe coesistere con la finalità sociale di tali servizi.

Si è quindi proceduto a ricostruire come la Corte di giustizia intenda la distinzione fra attività economiche e non economiche, sottolineando come il giudice europeo utilizzi criteri distinti per accertare il carattere economico di un’attività a seconda che tale operazione ermeneutico-ricostruttiva riguardi l’applicazione del diritto europeo della concorrenza (diritto *antitrust* e aiuti di stato) o il diritto europeo del mercato interno. Di guisa che si è riconosciuto alla disciplina sul mercato interno un ambito di applicazione più

ampio rispetto a quello della disciplina sulla concorrenza (e ciò anche in virtù del carattere di principi fondamentali che hanno assunto le libertà di circolazione).

Sempre nel secondo capitolo si è dapprima giunti alla conclusione, partendo dalla disamina dei diversi contesti in cui il legislatore europeo fa riferimento ai servizi sociali, di come anche in tale ordinamento si stia giungendo (nonostante un approccio apparentemente a-sistematico) a una definizione tendenzialmente omogenea e costante di servizio sociale in senso stretto e di come tale definizione, per molti tratti, coincida con quella fatta propria dalla legge quadro n. 328/2000 nel contesto nazionale.

Infine, nel disamina sulle possibili deroghe al diritto della concorrenza nei casi in cui tale disciplina trovi applicazioni ai servizi sociali, si è proceduto a una sintetica analisi delle novità introdotte nel 2012 circa l'applicazione della disciplina sugli aiuti di stato alle compensazioni offerte dall'autorità pubblica agli erogatori (privati) di prestazioni socio-assistenziali.

Nel terzo capitolo l'approccio adottato è tendenzialmente "dinamico", in quanto volto a valutare possibili "frizioni" fra le soluzioni adottate a livello nazionale per l'erogazione di servizi sociali e socio-sanitari (sia riconducibili a normative statali sia regionali) e le previsioni europee sul mercato interno: Direttiva Servizi (2006/123/CE), libertà fondamentali (in particolare la libertà di stabilimento) e disciplina sui contratti pubblici. Il concreto ed effettivo operare di tali discipline europee dipende, infatti, dalla soluzione organizzativa scelta dal legislatore nazionale e, in particolare, dal modello di mercato prescelto e di relativo accesso.

Con riguardo alla Direttiva Servizi, si è riflettuto sulla sua (non) applicabilità ai servizi sociali forniti da "prestatori incaricati dallo Stato" ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. j. A tale fine, prendendo spunto da interessanti indicazioni fornite al riguardo da una recente pronuncia della Corte di Giustizia, ci si è chiesti se nei sistemi predisposti a livello nazionale/regionale, i soggetti privati accreditati che erogano servizi sociali alla persona per conto del servizio pubblico (a prescindere dal tipo di accreditamento e di contratto), possano essere considerati prestatori incaricati ai sensi dell'art. 2, lett. j, e quindi se la loro attività possa ritenersi esclusa dall'ambito di applicazione della Direttiva.

Si è poi proceduto a una analitica riflessione su finalità e ambito operativo della disciplina europea sui contratti pubblici e sulla libertà di stabilimento, sottolineando come quest'ultima possa risultare funzionale a garantire sia la "concorrenza nel mercato" sia quella "per il mercato".

Tale riflessione ha costituito un necessario presupposto per la parte centrale della ricerca, in cui si sono analizzati, alla luce di tali discipline europee, i sistemi di erogazione di servizi sociali e socio-sanitari descritti nel primo capitolo, distinguendo fra la fase autorizzatoria e la successiva fase costituita dalla sequenza accreditamento-accordo.

Con riguardo al momento autorizzatorio si è giunti alla conclusione che, per quanto esso comporti una restrizione alla libertà di stabilimento, in presenza di determinate condizioni, essa risulta certamente giustificabile alla luce dell'eccezione basata sui motivi imperativi di interesse generale.

Con riguardo al successivo momento costituito dalla sequenza accreditamento-contratto, l'analisi si è rivelata più complessa e ha richiesto di procedere con alcune distinzioni.

a. Si è, in primo luogo, preso in considerazione il modello di erogazione in cui né l'accreditamento né il contratto hanno alcuna funzione di contingentamento/selezione degli operatori privati, in quanto il rispetto dei budget programmati è garantito attraverso il controllo della domanda; si tratta, in altre parole, di sistemi in cui il riparto di risorse pubbliche non dipende da una scelta (discrezionale) dell'autorità, ma esclusivamente dalla capacità degli operatori di attrarre l'utenza. Nemmeno in questo caso si sono ravvisati particolari problemi a ritenere conforme tale modello organizzativo con il diritto UE (anzi, esso sembra trovare espressa conferma nelle recenti Direttive in materia di contratti pubblici).

b. Si è poi proceduto all'analisi dei modelli in cui la sequenza accreditamento-accordo risulti "munita" di carattere selettivo; si tratta, in altre parole, di sistemi in cui l'effettiva distribuzione di risorse pubbliche è solo in parte determinata dall'orientamento degli utenti, dipendendo anche da singole e specifiche valutazioni amministrative.

Per pronunciarsi sull'incidenza del diritto UE su tali modelli è sembrato opportuno un preliminare inquadramento dogmatico della sequenza accreditamento-accordo, che la dottrina e la giurisprudenza prevalente riconducono ai rapporti concessori di pubblico servizio. Anche alla luce di tali risultati, si sono posti i seguenti interrogativi:

b(1) se risultino compatibili con il diritto UE quei sistemi in cui la selezione degli operatori cui viene concessa la possibilità di erogare prestazioni per conto del servizio pubblico, prescinde da qualunque procedura selettivo/concorsuale degli stessi. In altre parole, ci si è chiesti se l'applicazione delle suddette discipline europee richieda l'espletamento di procedure selettivo/concorsuali per la scelta degli operatori privati che erogano prestazioni socio-assistenziali e socio-sanitarie per conto e a carico del servizio pubblico; o se,

diversamente, come talvolta accade nei sistemi nazionali/regionali di erogazione costruiti secondo il modello delle “tre A”, siano compatibili con il diritto UE soluzioni che, pur prescindendo dall’espletamento di tali procedure selettive/concorsuali (cd. “accesso a sportello”), risultino comunque rispettose dei principi fondamentali di non discriminazione in base alla cittadinanza, parità di trattamento, trasparenza etc. Per affrontare tale questione, si è dapprima analizzata la ratio di tali procedure selettivo/concorsuali e si è valutata la “capacità” dell’accreditamento di garantire il perseguimento delle stesse finalità, tenuto anche conto delle peculiarità dei servizi sociali e socio-sanitari. Poi, si è proceduto a ricostruire una recente giurisprudenza europea che si è a più riprese pronunciata sulle condizioni necessarie affinché una misura nazionale restrittiva della libertà di stabilimento possa ritenersi giustificabile alla luce delle deroga basata sui motivi imperativi di interesse generale (ciò sul presupposto che allorquando il “filtro al mercato” è privo di carattere selettivo”, assume rilievo la libertà di stabilimento intesa come limite a disposizioni normative che rendano difficoltoso l’accesso al mercato).

b(2) quale sia il regime giuridico applicabile nei casi in cui tali procedure selettivo/concorsuali siano, invece, previste dalla normativa nazionale/regionale. Al tal fine si sono prese in considerazione sia la libertà di stabilimento intesa stavolta come fondamento - in quanto vieta discriminazioni basate sulla cittadinanza e violazioni della parità di trattamento - dei principi cardine delle selezioni concorrenziali di accesso alle risorse pubbliche; sia le recenti Direttive in materia di contratti pubblici (attualmente in corso di recepimento da parte del legislatore nazionale). Preliminarmente, ci si è interrogati sull’*an* e sul *quomodo* dell’incidenza sul regime giuridico di tali procedure della tradizionale distinzione fra appalti e concessioni.

Le conclusioni, infine, sono state riservate ad alcune riflessioni sul rapporto fra valori e principi che sono stati giudicati, tradizionalmente e di primo acchito inconciliabili, quali solidarietà e concorrenza, istanze sociali e regole di mercato nell’attuale quadro ordinamentale multilivello; ciò con specifico riferimento ai settori oggetto di studio. In controtendenza, si è cercato, invece, di presentare alcuni “elementi “sintomatici” dai quali poter desumere come il rapporto fra tali elementi sembra evolvere da una dimensione meramente dicotomica/conflittuale, a una maggiormente integrativa e conciliativa; ciò in ragione di disposizioni e orientamenti giurisprudenziali che sembrano presupporre una “ibridazione” di tali valori e principi.

CAPITOLO I

I SISTEMI DI EROGAZIONE DI SERVIZI SOCIALI A LIVELLO NAZIONALE/REGIONALE.

PARTE I

1. Profili storici: dalle Istituzioni pubbliche di beneficenza al servizio pubblico.

Per un corretto inquadramento sistematico dell'oggetto della ricerca è opportuno ripercorrere le tappe evolutive dell'intervento pubblico in materia di servizi sociali, mettendone in evidenza i principali tratti salienti. Particolare attenzione verrà data ai diversi profili del rapporto fra i soggetti pubblici e gli operatori privati che erogano prestazioni socio-assistenziali nelle diverse fasi storiche.

Il dato di partenza è rappresentato dall'assunzione, da parte dei pubblici poteri, della cd. "funzione assistenziale", quale espressione di quella che, autorevole dottrina, ha individuato come "*intima collaborazione fra autorità ecclesiastiche e laiche tipica della società medievale*"¹; tale relazione ha comportato la giuridicizzazione di rapporti originati esclusivamente dalla pietà religiosa. E' un dato storicamente acquisito, infatti, che, per una lunga fase, lo Stato non ritenne suo compito preoccuparsi di tali attività, che rimasero di esclusivo appannaggio della Chiesa che vi provvedeva, sia attraverso interventi diretti, sia stimolando lo spirito caritativo e misericordioso dei privati².

In particolare, fu la legge Rattazzi, 3 agosto 1862 n. 753, a introdurre una disciplina "minima" - concentrata soprattutto sui profili organizzativi - di quelle "istituzioni particolari" mosse da finalità essenzialmente caritative (istituzioni private, confraternite, ospedali, ospizi, organizzazioni di carità, enti religiosi,); ciò al fine di inserire la loro "*attività e organizzazione entro una struttura di controlli a tutela di vari pubblici interessi*"³, oltre che di unificazione delle discipline vigenti nel periodo pre-unitario⁴.

¹ MAZZIOTTI DI CELSO M., *Assistenza (prof. cost.)*, Dig. disc. pubbl., III, Torino, 1958, pp. 749 ss.

² ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. V., Milano, 1950, p. 328.

³ COLACINO CINNANTE L., *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in Dig. Disc. Pubbl., VII, Torino, 1993, pp. 684-715, in particolare p. 686; si veda anche SEPE S., *Per una storia dell'attività dell'amministrazione statale nel settore dell'assistenza. Ipotesi di lavoro*, in BIGARAN M. (a cura di), *Istituzioni e borghesie nell'Italia liberale*, Milano, 1986, il quale a p. 137 spiega bene l'idea, molto diffusa in dottrina, secondo cui l'intervento del 1862 non fu che uno "scambio" fra la classe dirigente borghese e la chiesa.

D'altro canto, appare del tutto naturale che, nella visione tipica dello Stato liberale, un intervento pubblico diretto non rappresentasse ancora compito primario delle istituzioni. Invero, nella prima legislazione dello Stato unitario tale esigenza si manifestò nelle forme di una "politica sociale negativa" rivolta principalmente alla lotta al pauperismo; fenomeno ritenuto una seria minaccia per l'ordine sociale costituito e la tranquillità generale, oltre che per l'igiene e la salute pubblica. Si tratta di un intervento pubblico strumentale, quindi, all'interesse nazionale", più che all'elevamento morale e materiale della popolazione e, pertanto, solo indirettamente mirato ai bisogni sociali dell'individuo⁵.

Inoltre, tale intervento - che comprendeva anche quelle attività e quelle prestazioni che in termini attuali verrebbero definite "servizio sanitario"⁶ - era residuale/sussidiario" rispetto a quello privato, come del resto comprovato dall'art. 116 della legge 1865 n. 2248 allegato A; tale norma prevedeva, fra le spese obbligatorie dei comuni, quelle per "*il servizio sanitario dei medici, chirurghi e levatrici dei poveri, in quanto non sia a quello provvisto da istituzioni particolari*"⁷.

L'impostazione appena descritta venne solo in parte mutata dalla legge 17 luglio 1890 n. 6972 (cd. "Legge Crispi").

Per vero, pare acquisito il fatto che tale intervento non fu adottato per fotografare, dandovi copertura legislativa, una realtà già affermatasi nei fatti, ma per "imporre" un sistema assistenziale con tratti peculiari rispetto al passato; la legge Crispi, infatti, pose le basi per una diversa impostazione del rapporto fra pubblico e privato in materia di assistenza.

⁴ Cfr. BARETTONI ARLERI A., *La nozione e la disciplina delle IPAB: problemi istituzionali e organizzativi*, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1979, p. 53-76.

⁵ Cfr. COLACINO CINNATE L., *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, cit., p. 686 il quale ricorda anche come gli interventi assistenziali del tempo consistessero in misure sostanzialmente repressive che portavano alla perdita dei diritti civili; sul punto si veda anche ZANOBINI G., *op. ult. cit.*, p. 328.

⁶ Cfr. FALCON G., *L'ospedale pubblico dalle Opere Pie al Servizio Sanitario Nazionale*, in *Jus*, 1982, p. 233, secondo cui "*nei primi anni dell'Italia unita l'ospedale sembra appartenere più alla storia della beneficenza che a quella della medicina o almeno dell'assistenza sanitaria*".

⁷ Cfr. FERRARI E., *Lo Stato Sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, p. 102; si vedano i dati riportati da RANCI ORTIGOSA E., *Le politiche assistenziali*, in DENTE B. (a cura di), *Le politiche pubbliche in Italia*, Bologna, 1990, p. 384 secondo cui l'assistenza fornita dalle opere pie nel 1880 era 85 milioni contro i 53 erogati direttamente dagli enti locali (attorno al 1990, 107 contro 69). La medesima impostazione della legge del 1865 viene poi ribadita dall'art. 14, co. 3, della l. n. 5849 del 22 dicembre 1888 in materia sanitaria secondo cui "*dove esistano Opere pie od altre fondazioni che provvedono in tutto o in parte all'assistenza gratuita dei poveri, i municipi ne saranno esonerati e saranno soltanto obbligati a completarla*"; sul punto cfr. FREGO LUPPI S., *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004, p. 18.

Da un canto, fu rafforzata, infatti, la cd. “beneficenza legale”, ossia quell’attività (prima inquadrabile nella “carità legale”⁸), considerata doverosa per gli enti locali (o per gli enti non territoriali, quali le Congregazioni di Carità⁹) in quanto prevista da una legge di portata generale¹⁰; inoltre, si ampliarono le competenze dirette in materia assistenziale degli enti pubblici¹¹.

Dall’altro, la legge Crispi - nella convinzione che l’azione dei soggetti privati, ove lasciata priva di controlli e di precisi canoni di comportamento, non avrebbe corrisposto all’interesse pubblico¹² - sancì un’ingerenza pubblica sulle istituzioni private, molto più intrusiva rispetto al passato.

Con tale finalità si introdusse all’art. 1 una definizione particolarmente ampia di *Istituzioni pubbliche di beneficenza* (Ipb): tutte le “*opere pie ed ogni altro ente morale che abbia in tutto od in parte per fine: a) di prestare assistenza ai poveri, tanto in stato di sanità quanto di malattia; b) di procurarne l’educazione, l’istruzione, l’avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico*”. In tal modo, la maggior parte delle Opere pie e degli altri soggetti sopra richiamati impegnati in attività assistenziali, rientrando in tale definizione, furono trasformate in Ipb e sottoposte alla disciplina della Legge n. 6972/1890.

A tal riguardo, occorre accertare la sussistenza (in positivo) di alcuni requisiti (in particolare, l’art. 1 richiedeva l’aver come obiettivo in tutto o in parte il vantaggio per i poveri¹³, oltre che un certo grado di autonomia¹⁴), ma risultava parimenti necessaria una

⁸ MAZZIOTTI DI CELSO M., *Assistenza*, cit. p. 751 afferma che lo Stato, affidando con la legge Crispi direttamente ai comuni funzioni di beneficenza, ha segnato “*il passaggio dalla fase della carità legale a quella della beneficenza in senso specifico*”.

⁹ Le Congregazioni di carità, in realtà, erano già previste dall’art. 26 della l. n. 753 del 1862; con l’intervento del 1890 viene specificato e rafforzato il loro ruolo di assistenza diretta, sia – come si dirà nella successiva parte del paragrafo - quello di centro di organizzazione dell’assistenza in ogni comune.

¹⁰ Secondo ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, cit. p. 331 per beneficenza cd. “legale” - da distinguere dalla beneficenza “istituzionale” o “pubblica” e da quella meramente “privata” (*infra*, note successive) - si intendeva quella “*che deve svolgersi uniformemente in tutto il territorio dello Stato ed è, perciò, interamente disciplinata da leggi generali*”, che possono prevederla in capo “*allo Stato stesso, alle province, ai comuni e ad alcuni enti non territoriali istituiti e in parte finanziati dallo Stato o dal comune*”.

¹¹ GABOARDI F., *Il diritto amministrativo dei servizi sociali*, Roma, 2003, p. 25.

¹² CAVALERI P., *L’assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati. Cento anni di giurisprudenza sulla “Legge Crispi”*, Milano, 1992, p. 14.

¹³ Lo stato di povertà della legge del 1890 sostituì il riferimento alle “classi meno agiate” di cui all’art. 1 della legge del 1862; tale cambiamento non portò tuttavia a modifiche sostanziali dato che nella vigenza di entrambe le formule si riteneva sufficiente uno stato di povertà relativa; Cfr. BARETTONI ARLERI A., *La nozione e la disciplina delle IPAB*, cit. p. 60.

¹⁴ Tale secondo requisito risultava necessario per distinguere le Ipb dai meri obblighi di beneficenza; cfr. CAVALERI P., *L’assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati*, cit. p. 18.

valutazione di tipo “negativo”¹⁵; ai sensi del successivo art. 2, infatti, non andavano ricomprese nelle istituzioni di beneficenza e assistenza soggette alla legge Crispi:

a) *i comitati di soccorso ed altre istituzioni temporanee, mantenuti col contributo di soci, o con oblazioni di terzi;*

b) *le fondazioni private destinate a pro di una o più famiglie determinate, non soggette a devoluzione a favore della beneficenza pubblica;*

c) *le società ed associazioni regolate dal codice civile e dal codice di commercio*”¹⁶.

La maggiore “ingerenza pubblicistica” della legge Crispi si esprimeva, principalmente, in una disciplina molto più dettagliata e più estesa rispetto alla precedente legge del 1862; essa concerneva diversi profili organizzativi (organico, personale etc.) e funzionali (compresa la gestione del patrimonio), i controlli (anche sostitutivi) e la vigilanza da parte di enti pubblici. Dove tale ingerenza assunse tratti davvero peculiari rispetto al passato fu in quegli istituti che comportarono una riforma dell’assetto organizzativo e amministrativo e persino una mutazione dei fini degli enti caritativi (art. 53 ss.), quali il “concentramento” delle amministrazioni nella Congregazione di Carità, il raggruppamento e, soprattutto, l’istituto della trasformazione che lo stesso Crispi definì la “pietra angolare della legge”.

Con riguardo all’ultimo degli istituti richiamati, ai sensi dell’art. 70 della l. n. 6972, infatti, erano soggette a trasformazione (*rectius*, mutazione del fine in un fine diverso), quelle istituzioni “*alle quali sia venuto a mancare il fine, o che per il fine loro più non corrispondono ad un interesse della pubblica beneficenza, o che siano diventate superflue*” perché del tutto e definitivamente soddisfatto¹⁷; in ogni caso, a tutela del rispetto dell’identità originaria, il co. 2 dell’art. 70 prevedeva che la trasformazione dovesse avvenire in modo da allontanarsi il meno possibile dall’“intenzione dei fondatori”.

Fra i tratti di differenziazione della l. n. 6972/1890 rispetto al modello basato sulla legge Rattazzi del 1862, vanno anche ricordati, da un lato, un’evidente tendenza “accentratrice”, che consistette nella concentrazione dei poteri di gestione e di ingerenza nei riguardi delle istituzioni caritative in capo a organi statali, esautorando, di fatto, gli enti

¹⁵ Cfr. D’AMELIO S., *Contributo alla dottrina sulla definizione e classificazione delle istituzioni pubbliche di beneficenza*, in Foro it., 1, 1907, pp. 1069-1670.

¹⁶ Secondo CAVALERI P., *op. ult. cit.*, p. 9, in questa terza categoria rientravano soltanto le associazioni non riconosciute come persone giuridiche in quanto, in base all’art. 1, le associazioni operanti nel campo dell’assistenza dotate di personalità giuridica sembravano necessariamente doversi classificare tra le Ipb.

¹⁷ Cfr. sul tema BODDA P., *Istituzioni locali di assistenza, Assistenza (prof. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1958; CAVALERI P. 1992 *op. ult. cit.*, in particolare pp. 7 ss. e ZANOBINI G. *op. ult. cit.*, pp. 340 ss.

locali da tali compiti¹⁸, anche perché ritenuti non capaci di resistere - mantenendo una propria indipendenza - alle pressioni esercitate in ambito locale¹⁹. Dall'altro, l'avvio di un processo di laicizzazione del settore²⁰, come comprovato dal fatto che, a differenza della legge Rattazzi²¹, la legge Crispi vide la luce alla fine di accesi contrasti, sia in sede politica e parlamentare, sia in sede di dibattito scientifico, fra il mondo cattolico e quello laico.

Prospettiva di "laicizzazione" che non si espresse soltanto nel rafforzamento della beneficenza diretta da parte di soggetti pubblici (la cd. beneficenza legale di cui sopra) e nella sottoposizione a più stringenti controlli e regole pubblicistiche dell'organizzazione e dell'attività di soggetti appartenenti al mondo cattolico (risultato, come detto, ottenuto attraverso l'ampia nozione di Ipb di cui all'art. 1); ma anche nel ruolo attribuito alle Congregazioni di Carità quali centro di organizzazione dell'assistenza in ogni Comune²², oltre che in quelle previsioni "speciali" contenute nella l. n. 6972 e dedicate a determinati tipi di istituzioni che perseguivano fini di culto (da soli, o insieme a fini di assistenza); fra essi meritano menzione, in particolare, gli art. 90 e 91 che riguardarono forme di trasformazione obbligatorie (sempre sulla base di quanto previsto dall'art. 70) per soggetti certamente rientranti nella sfera d'azione della Chiesa Cattolica quali le confraternite, gli ospizi dei catecumeni, etc.²³.

Da quanto finora detto si può evincere come le novità introdotte dalla legge n. 6972 del 1890 furono rilevanti, così come significativi furono gli elementi di differenziazione rispetto al passato; tuttavia, la legge Crispi, specie se riconsiderata oggi alla luce dell'evoluzione e del consolidamento del sistema, può, per certi aspetti, considerarsi in

¹⁸ CAVALERI P., *Assistenza sociale*, in *Archivio Isap* N. S., vol. II, Milano, 1983, pp. 1185-1253, in particolare p. 1186.

¹⁹ In tal senso CAVALERI P., *L'assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati*, cit. p. 8; del tutto evidenti sono similitudini con quanto avvenuto nel settore sanitario con il d.lgs. n. 502/1992 che ha spostato le competenze dal livello comunale a quello regionale (sul punto si veda *infra*, cap. I, parte II, par. 2 ss.). Probabilmente tale scelta risentì anche della sfiducia dello Stato liberale ottocentesco per ogni forma di autonomia, compresa quella locale; in tal senso ROTELLI E., *Assistenza sociale*, in *Archivio Isap*, vol. I, Milano, 1962, p. 775.

²⁰ Si veda, in particolare, l'art. 78 co.1; sul tema cfr. DE SIERVO U., *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987, pp. 450 ss.; CAVALERI P., *Introduzione*, in *Le Riforme Crispine*, *Archivio Isap*, vol. IV, Milano, 1990, p. 3 ss.

²¹ Come sopra ricordato, la legge Rattazzi fu il frutto di un compromesso fra le autorità ecclesiastiche e la borghesia.

²² Sul tema si rinvia a SEPE S., *L'esercizio del controllo in applicazione della legge 17 luglio 1890, n. 6972*, in *Le Riforme Crispine*, *Archivio Isap*, vol. IV, Milano, 1990, p. 165; COLACINO CINNANTE L., *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, cit., p. 688. La disciplina delle Congregazioni di carità presentò anche ulteriori indici di quel processo di laicizzazione di cui si discute; si fa riferimento, nello specifico, all'art. 11, penultimo comma, che impediva agli ecclesiastici e ai ministri di culti di far parte delle Congregazioni.

²³ Cfr. sul punto CAVALERI P., *L'assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati*, cit. p. 21; relativamente alle altre disposizioni "speciali", si veda p. 14.

continuità con l'assetto precedente: essa non pare, infatti, aver invertito la posizione in un certo senso sussidiaria dell'assistenza dei pubblici poteri rispetto a quella di iniziativa dei privati.

In altri termini, la riforma crispina non creò un “ordinamento pubblico di assistenza”²⁴, ma si limitò a pubblicizzare (nel senso di assorbimento nella sfera pubblica) iniziative che, comunque, continuarono a mantenere caratteristiche di liberalità nel senso che le relative attività venivano erogate “secondo le disposizioni contenute nelle tavole di fondazione e/o negli statuti”²⁵; e pertanto secondo la normazione di ogni singola istituzione”²⁶. Il che, comunque, ebbe a rappresentare, in quel contesto storico, una importante svolta.

In altre parole, l'attività delle varie istituzioni private, sebbene sottoposta a controllo pubblico - e in casi particolari finanche sostenuta con pubblici sussidi²⁷ -, rimaneva autonoma, e comunque rimessa alla volontà dei fondatori²⁸; e tale attività - definita beneficenza “istituzionale”²⁹ o “pubblica”³⁰ da non confondere però con quella meramente

²⁴ COLACINO CINNANTE L., *op. ult. cit.*, p. 687.

²⁵ Per comprendere meglio il concetto può risultar utile un richiamo all'art. 78, comma 1, che vietava alle istituzioni che rientravano nell'ambito di applicazione della l. n. 6972/1890 di porre in essere, nell'erogazione della beneficenza, discriminazione sulla base del culto religioso e dell'opinione politica; tale divieto, tuttavia, ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, non trovava applicazione per istituzioni che “per loro essenza o per esplicita disposizione degli statuti”, erano destinate a beneficio di chi professava un determinato culto, fermo restando anche per questi soggetti l'obbligo di soccorso nei soli casi di urgenza; cfr. sul punto ZANOBINI G., 1950 *op. ult. cit.*, p. 335.

²⁶ La novella in questione non riuscì, infatti, a vincere completamente l'ostracismo della classe dirigente liberale per l'intervento dello Stato in un settore che doveva, secondo la concezione al tempo prevalente, rimanere appannaggio della “cristiana carità dei ricchi”; sul punto, si veda COLACINO CINNANTE L., *op. ult. cit.*, p. 691; nello stesso senso CAVALERI P., *Introduzione*, cit.; CARDIA C., *Opere Pie*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1980, pp. 4919 ss. Quest'ultimo autore osserva, inoltre, come tale autonomia funzionale fosse maggiore per quelle IPAB non amministrate da Congregazioni di carità; si è accennato, infatti, che le Congregazioni, oltre a svolgere direttamente attività caritativa (cd. beneficenza legale), fungevano da legale e rappresentante e centro di riferimento degli interessi dei poveri, nonché avevano il compito di organizzare e gestire tutte le forme di assistenza e beneficenza prive di scopi speciali o di apposita amministrazione.

²⁷ COLACINO CINNANTE L., *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, cit. p. 26.

²⁸ GABOARDI F., *Il diritto amministrativo dei servizi sociali* cit. p. 26.

²⁹ ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 332 e DE SIERVO U., *Assistenza e beneficenza pubblica*, cit., pp. 446 ss. Per vero, nelle definizioni fornite da tale Autore, beneficenza pubblica e beneficenza istituzionale non erano sinonimi ma la prima conteneva la seconda: la beneficenza pubblica, infatti, era formata sia da quella legale che da quella istituzionale e si contrapponeva alla cd. beneficenza privata, distinguendosi da questa sulla base di due criteri. Il primo di natura soggettiva (attività svolta da persone giuridiche – associazioni o fondazioni - e non fisiche), l'altro di natura oggettiva (l'esser rivolta alla generalità degli abitanti e non a famiglie determinate).

³⁰ L'aggettivo “pubblico” non era da collegare “alla natura giuridica ovvero alla radice sociale dei corrispondenti erogatori, quanto al fatto che gli interventi erano destinati alla generalità della popolazione, e dunque al pubblico” (FERRARI E., *Lo Stato Sussidiario*, cit., p. 102); ciò, pare, in linea con la nota teoria dello scopo pubblico di RANELLETTI O. (si veda in particolare l'opera del 1905, ID., *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. scien. giur.*, 1905, pp. 337 – 354) secondo cui il carattere pubblico di un attività derivava non dalla sua natura di funzione pubblica ma dalla sua destinazione al soddisfacimento di bisogni collettivi; sul punto cfr. anche DE NITTO A., *dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra*

privata (caratterizzata, invece, per essere libera da qualunque forma di controllo dello Stato³¹) - risultò ancora prevalente rispetto all'intervento diretto di soggetti pubblici. Tale intervento (che come più volte ricordato è stato definito come "beneficenza legale") continuava a venir posto in essere, di fatto, nei soli casi di incapacità dei soggetti pubblici di "costringere" gli istituti assistenziali a provvedere adeguatamente³².

Se si volesse descrivere in poche parole la riforma crispina del 1890, essa costituisce il tentativo di conciliare l'esigenza di "funzionalizzare" l'attività assistenziale degli enti caritativi agli interessi pubblici, con il rispetto dell'autonomia di tali enti e della volontà dei fondatori³³.

Solamente gli ospedali (e gli altri istituti aventi in tutto o in parte fine di ricovero di malati e feriti) venivano "*utilizzat(i), in qualche modo coattivamente, in funzione di un embrionale servizio pubblico di soccorso d'urgenza*"³⁴, con un evidente prevalenza dell'interesse pubblico sulla libertà dei privati.

Questo quadro della legge Crispi, consente un'ulteriore conclusione riferita al sistema assistenziale da essa delineato: un tratto caratterizzante questo sistema - ulteriore, ma connesso, alla sussidiarietà dell'intervento diretto dei soggetti pubblici rispetto a quello comunque riconducibile all'autonomia dei privati - è rappresentato dall'esser rivolto solo indirettamente alla tutela dei bisogni sociali dell'individuo, mentre l'interesse pubblico primario continuava a doversi rintracciare nella tutela dell'ordine sociale³⁵.

fine '800 e inizi '900 in Italia. Alle origini della crisi dello Stato" in *Quaderni fiorentini*, 11/12, 1982/83, pp. 657 ss.

³¹ Cfr. ZANOBINI G., *op. ult. cit.*, p. 339; SEPE S. *Per una storia dell'attività dell'amministrazione*, cit., pp. 160 ss.

³² Secondo ZANOBINI G., *op. ult. cit.*, cit. p. 352, fra i caratteri generali della beneficenza legale rientrava la "*funzione sussidiaria e integrativa rispetto alla beneficenza istituzionale*" in quanto "*nei luoghi in cui esistono istituzioni chiamate dai loro statuti a svolgere una od altra forma di assistenza normalmente imposta agli organi della beneficenza legale, questi restano in tutto o in parte esonerati*"; cfr. anche FERRARI E. 2002 *op. ult. cit.*, p. 102.

³³ Il rispetto del legislatore del 1890 per la volontà dei fondatori degli enti caritativi sembra ricavarci anche da quelle disposizioni in cui più delle altre si manifestò l'"ingerenza pubblicistica" cui si è sopra accennato. Si fa riferimento, oltre al comma 2 dell'art. 70 che, nel disciplinare l'istituto della trasformazione, richiede il minor allontanamento dall'intenzione dei fondatori, anche agli altri istituti richiamati. In particolare, gli art. 54 ss. nel disciplinare il concentramento delle istituzioni elemosiniere (quelle cioè che conseguono il fine della beneficenza mediante l'erogazione ai poveri di soccorso in denaro) nella Congregazione di carità, prevedevano la possibilità per il soggetto pubblico di imporre una revisione dei loro statuti di modo che l'attività caritativa da questi svolta sia rivolta ai fini che il legislatore ritiene più utili. Ma come osservato da ZANOBINI G. 1950 *op. ult. cit.*, p. 343, questa possibilità di modifica unilaterale riguarda solo il "fine specifico" e non quello generico: infatti, la scelta deve orientarsi fra alcuni obbiettivi (molto ampi e generici) individuati dalla legge, e fra questi scegliere quello che più si avvicina all'intenzione del legislatore.

³⁴ FALCON G., *L'ospedale pubblico*, cit., p. 235.

³⁵ L'approccio di fondo della legge Crispi pare, infatti, rivolto ad affrontare, come il precedente sistema, i problemi assistenziali in termini paternalistici, strumentali ai fini dello Stato, senza considerare il fine della liberazione dei cittadini dai bisogni come valore intrinseco, degno di essere perseguito in sé (cfr. FREGO

In buona sostanza, e nell'ottica di un tentativo di inquadramento sistematico, si potrebbe ricondurre la ratio della riforma Crispi all'impostazione della "teoria dei compiti dello stato" e alla correlata distinzione tra "attività giuridiche" e "attività sociali", elaborata da lì a poco da Vittorio Emanuele Orlando; con questo, ovviamente, tenendo conto del fatto che in quel contesto la devoluzione allo stato di compiti di cura del benessere sociale era, in ogni caso, influenzata dalla connotazione di fondo dello Stato quale garante, innanzitutto, dell'ordine sociale e fondamento del diritto³⁶.

2. La fase post liberale: lo stato corporativo e i servizi sociali.

Il processo di pubblicizzazione del settore proseguì nei primi anni del nuovo secolo, con interventi rilevanti rintracciabili soprattutto durante il periodo giolittiano, ma anche (sebbene meno significativi) nella fase finale dello Stato liberale³⁷.

Tuttavia, di grande rilievo storico sono le profonde innovazioni che caratterizzarono il successivo periodo fascista; a questo, quindi, occorre rivolgere l'attenzione

Dopo alcune modifiche introdotte dai R.D. 4 febbraio 1923, n. 214, e 26 aprile 1923, n. 976, dai quali risulta già possibile intuire i caratteri di fondo del nuovo regime, le prime novità di maggior rilievo si rinvencono nel R.D. 30 dicembre 1923, n. 2841³⁸, che rese più rigorosi e incisivi i vincoli per le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza con

LUPPI S., *Servizi sociali e diritti della persona*, cit., p. 20 ma nella stessa direzione anche CAVALERI P., *Assistenza sociale*, cit. p.1187; invece GUERZONI L., *Ambito dell'assistenza e della beneficenza, "stato delle autonomie" e interessi religiosi*", in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1979, p. 30, sembra assumere una posizione più dubitativa, nella misura in cui ritiene non rilevante accertare se "abbia avuto un ruolo prevalente la funzione di polizia, di emarginazione e di repressione dell'indigente, a tutela dell'ordine sociale o giuridico dato, o - invece- la funzione di riconoscimento e di tutela del diritto del povero ad esistere, di assistenza e di promozione sociale").

L'approccio "paternalistico" troverebbe la sua manifestazione più evidente nell'essere i poveri - ad eccezione dei soccorsi d'urgenza - i destinatari delle prestazioni; esso, e più in generale tutto l'intervento dello uno Stato monoclasse in materia, viene pertanto descritto facendo riferimento alla forma del "controllo": "il controllo era la forma giuridica generale del rapporto fra Stato e Opere Pie" dal momento che "queste ultime erano lo strumento di una ben precisa forma di controllo degli strati sociali più poveri ed emarginati" (SEPE S., *L'esercizio del controllo*, cit., p. 159 ss; cfr. anche PAJINO A., *Assistenza e beneficenza fra pubblico e privato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, pp. 50 ss).

³⁶ Come osservato da FERRARI E., *I servizi sociali*, Milano, 1986, p. 147, cui si rinvia per i riferimenti dottrinali, la teoria dei compiti dello Stato è una dottrina di carattere essenzialmente politico e non giuridico, mentre una (prima) nozione giuridica di servizio pubblico si sarebbe affermata solo alcuni anni dopo.

³⁷ L'intervento più rilevante di tale fase fu rappresentato dalla l. 18 luglio 1904, n. 390, che aveva istituito le Commissioni provinciali di assistenza e beneficenza pubblica (poi abrogate dal r.d. n. 214 del 1923), con compiti di vigilanza finanziaria e patrimoniale sulle istituzioni e di coordinamento degli interventi assistenziali nel territorio provinciale; cfr. GABOARDI F. *op. ult. cit.*, p. 26 e JORIO E., *Diritto dell'assistenza sociale*, Milano, 2006, p. 24.

³⁸ Tutti i Regi decreti richiamati sono stati adottati in virtù della delegazione di poteri effettuata dalla l. n. 1601 del 1922.

l'obiettivo di migliorare economicità, efficacia e snellezza del sistema assistenziale³⁹. Il Regio Decreto in questione, tuttavia, è principalmente ricordato per il fatto che prevedeva la trasformazione delle Istituzioni pubbliche di beneficenza in *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza* (I.P.A.B.)⁴⁰, avviando così quell'acceso dibattito sulla possibilità di considerare i concetti di "beneficenza" e di "assistenza" come sinonimi o sulla necessità di una loro distinzione⁴¹.

Da un lato la distinzione fra i due concetti parve evidente già lessicalmente (la beneficenza sembra riconducibile al concetto di carità mentre la finalità ultima dell'assistenza pare prescindere dallo stato di indigenza e povertà del destinatario); inoltre, tale differenza si riscontra nella Circolare del Ministro dell'Interno del 1924 che sottolineava come il ("nuovo") riferimento all'assistenza avesse avuto quale conseguenza di estendere l'ambito di applicazione della legge Crispi. Furono, infatti, ritenuti rientranti nell'ambito di applicazione della legge non più solo quelle istituzioni rivolte "a sovvenire a bisogni dei singoli", ma anche quelle che "mirano a scopi generali di conservazione, di tranquillità, di benessere e di miglioramento economico e morale della società"⁴².

D'altro canto, tuttavia, non sono mancate posizioni volte a negare la distinzione fra i due concetti; si fa riferimento, in particolare, a quella parte della dottrina che ha sottolineato come il legislatore abbia (sempre) utilizzato "beneficenza" e "assistenza" come sinonimi⁴³.

A prescindere da tale disputa, l'introduzione normativa del riferimento all'assistenza, nel contribuire quantomeno ad attenuare la rilevanza del requisito dello stato di povertà del

³⁹ Cfr. CAVALERI P., *L'assistenza tra disciplina pubblica*, cit. p. 118 cui si rinvia per una precisa descrizione di tali novità.

⁴⁰ In realtà, il concetto di "assistenza" era già apparso ufficialmente nella l. 18 luglio 1904, n. 390, ma solo nel 1923 fu inserito nella definizione delle IPAB di cui all'art. 1 della l. n. 6972/1890.

⁴¹ Dibattito che ha raggiunto il suo culmine con i decreti di trasferimento di funzioni alle Regioni degli anni '70 e con le relative pronunce della Corte Costituzionale (*infra*, par. 3 ss.).

⁴² Circolare del Min. dell'Interno 19 marzo 1924 n. 25286-1, in *Riv. amm.*, 1924, p. 89 ss. in particolare p. 91.

⁴³ Tale ultima posizione è di BASSANINI F., *Aspetti costituzionali del trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative in materia di assistenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, p. 326 e da DE SIERVO U., *op. ult. cit.*, p. 446 ss. cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti dottrinali; una posizione simile pare assunta da BARETTONI ARLERI A., *op. ult. cit.*, pp. 58 ss. il quale, senza negare "le riserve qualitative e temporali per le zone d'ombra che ogni generalizzazione comporta", sostiene che, a partire dalla fine del primo conflitto mondiale, anche per ragioni patriottiche, l'area della beneficenza acquistò un'eccezionale rilevanza e l'assistenza pubblica e la beneficenza pubblica iniziarono ad essere usate promiscuamente, oppure ad essere del tutto confuse; "e ciò accadde non soltanto per un impreciso o promiscuo uso dei due termini, bensì per una ragione più profonda, vale a dire per la consapevolezza degli operatori che la loro attività non era più tanto ispirata da motivi privati o confessionali o associazionistici o in funzione della povertà dei destinatari, quanto dall'intento di ottemperare ad un dovere sociale nel pubblico interesse". *Contra*, SANDULLI A., *La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: percorsi e tendenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, p. 768, nota 7. Sul tema si veda anche ALBANESE A., *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007, p. 5 ss., che richiama anche altre posizioni sul punto.

beneficiario della prestazione, può considerarsi - soprattutto se valutata “ex post” - come uno degli esiti di quel percorso di laicizzazione che aveva avuto origine con la pubblicizzazione delle Opere Pie posta in essere dalla legge Crispi (*supra*).

Tale conclusione è tanto più di interesse se si consideri che già nel contestuale R. D. n. 30 dicembre 1923 n. 3048, si rinvenivano i primi indizi di quel processo di riconciliazione fra lo Stato e la Chiesa cattolica che rappresentò uno dei tratti caratterizzanti del periodo fascista.

Non può sorprendere come tale percorso di riconciliazione, che da quel momento acquisì sempre maggior vigore, influenzò i successivi interventi dello Stato fascista in materia assistenziale.

In tal senso appaiono significative le riflessioni di Cavaleri, secondo cui l'unico punto di contatto fra i richiamati interventi del 1923 e la legislazione successiva (in particolare la legge 17 giugno 1926, n. 1187), fu rappresentato proprio dall'evidente volontà di incrementare le forme di collaborazione con il mondo cattolico⁴⁴; mentre con riguardo alle altre novità, specie quelle che andavano nel senso di una maggiore speditezza dell'azione amministrativa in materia di assistenza, si assistette a un (quantomeno parziale) “cambio di rotta”⁴⁵.

Il processo di riconciliazione fra Stato e Chiesa raggiunse il suo culmine con il Concordato del 1929 e con gli interventi normativi ad esso contestuali, e ciò produsse significative novità nel regime giuridico delle confraternite che ai sensi dell'art. 29, lett. c, del Concordato vennero sottratte - qualora presentassero un “*fine “esclusivo o prevalente di culto”*” - all'applicazione dell'art. 91 della legge Crispi (*rectius*, alla trasformazione obbligatoria) e sottoposte all'autorità ecclesiastica per quanto riguardava il funzionamento e l'amministrazione.

Tuttavia, in dottrina si osserva come, al di là di tali specifici profili, il diverso rapporto fra autorità laica ed ecclesiastica non produsse significativi mutamenti con riferimento al regime giuridico, affermandosi invece che a seguito dei Patti Lateranensi lo status giuridico delle I.P.A.B. non risultò “*radicalmente ri-disciplinat(o) rispetto alla*

⁴⁴ In tal senso può richiamarsi anche la già citata Circolare del Min. dell'Interno 19 marzo 1924 n. 25286-1, in cui a p. 92 il Ministro statuisce che, nella scelta dei membri governativi delle Congregazioni di carità, salvo le incompatibilità previste dall'art. 11 della legge n. 6972/1890 (vedi *supra*), “*si dovrà tenere conto possibilmente, anche dell'elemento ecclesiastico, essendo intendimento del Governo che siano utilizzate tutte le capacità, al fine di un retto funzionamento dei servizi di assistenza e beneficenza*”. Tale affermazione, dalla portata applicativa limitata, stante il richiamato divieto di cui all'art. 11 della legge Crispi (che verrà formalmente superato solo dall'art. 2 del R.D.L. 14 aprile 1944 n. 125), costituì comunque un significativo indice dell'inversione di tendenza nei rapporti con la Chiesa che si ebbe in quegli anni.

⁴⁵ CAVALERI P., *op. ult. cit.*, pp. 118 ss., in particolare p. 129.

*normativa crispina*⁴⁶. In altre parole, la mediazione fra Stato e Chiesa che caratterizzò il periodo fascista non mise in discussione quel processo di “statalizzazione” dell’assistenza avviato con la legge Crispi, che subì, nel periodo in questione, soltanto un leggero ridimensionamento.

Semmai, soprattutto dopo il Concordato del 1929, si accentuò la spinta centralizzatrice in materia di assistenza che ebbe come conseguenza un aumento della legislazione in tale settore e un’espansione della spesa pubblica⁴⁷.

In questa direzione meritano certamente menzione il Testo Unico legge comunale e provinciale del 1934 che prevede ulteriori ipotesi di intervento obbligatorio degli enti locali (art. 91); nonché la l. 3 giugno 1937 n. 847 che, oltre a sostituire gli Enti comunali di assistenza (ECA) alle Congregazioni di carità agli effetti di qualsiasi disposizione legislativa/regolamentare e in qualsiasi convenzione⁴⁸, introdusse ulteriori elementi rilevanti ed incidenti sulla concezione delle funzioni pubbliche di assistenza.

Ci si riferisce, in particolare, alla previsione di un fondo annuale assegnato dallo Stato agli ECA a integrazione del loro bilancio (espressione del progressivo rafforzamento dell’assistenza legale/obbligatoria, sia pure ancora integrativa di quella privata⁴⁹); come pure all’assunzione di un nuovo parametro/presupposto per l’erogazione di interventi di assistenza pubblica - le cd. “*condizioni di particolare necessità*” (art. 1) in cui dovevano trovarsi i destinatari degli interventi - espressivo di un allentamento dalla precedente concezione della beneficenza (che presupponeva la condizione di povertà sebbene, come accennato, “relativa”), e di una prima affermazione, ancora *in nuce*, della concezione universalistica dell’assistenza⁵⁰.

⁴⁶ ID., *op. ult. cit.*, p. 136.

⁴⁷ Cfr. RANCI ORTIGOSA E., *Le politiche assistenziali*, cit. p. 384.

⁴⁸ Sul regime giuridico delle Congregazioni di carità durante il periodo fascista erano intervenuti i R.D. 4 febbraio 1923, n. 214 e 30 dicembre 1923, n. 2841, le leggi 17 giugno 1926 n. 1187 e 4 marzo 1928, n. 413. Soprattutto quest’ultimo intervento aveva accentuato i tratti autoritativi della disciplina dell’istituto in questione, poi attenuati dalla successiva legge del 1937.

⁴⁹ Sul tema si veda SARNO G., *Enti comunali di assistenza, Assistenza (prof. cost.)*, Dig. disc. pubbl., III, Torino, 1958, pp. 783 ss.

⁵⁰ In tal senso SARNO G., *op. ult. cit.*, il quale richiama anche il successivo art. 15 del d.l. 22 marzo 1945, n. 173, che distingue fra stato di “povertà” e di “bisogno”; a detta dello stesso Autore, come requisito distinto da quello di povertà, “*lo stato di bisogno deve essere inteso nel senso di impossibilità temporanea di procurarsi il necessario per sussistere secondo la propria condizione sociale, o nel senso di condizione di particolare necessità in una circostanza transitoria*”.

Ma il tratto più caratteristico del periodo in questione fu certamente rappresentato da un'ingente legislazione di settore⁵¹ che contribuì al proliferare di enti pubblici nazionali. Ciò, sicuramente riconducibile al tipico approccio categoriale/corporativo del regime, fu giustificato anche dalla crisi economica mondiale del tempo che limitò le risorse private della beneficenza e dell'assistenza.

Pur in assenza di strumenti di programmazione necessari per il coordinamento delle attività di soggetti eterogenei, fra tali enti nazionali (per esempio, l'Opera nazionale balilla o l'Opera nazionale per la protezione e l'assistenza della maternità e dell'infanzia, cd. ONMI), e il sistema delle I.P.A.B, si svilupparono forme di reciproca collaborazione, non sufficienti tuttavia a evitare che il sistema assistenziale di quegli anni fosse caratterizzato da un elevato grado di settorialità e disorganicità.

Per concludere, può dirsi tipico dei moduli di governo e delle politiche pubbliche dello Stato fascista intervenire, non solo sulle attività propriamente economiche, ma su tutto lo spettro delle attività di *welfare* (sanità, istruzione, tutela anziani e invalidi etc.).

Solitamente tale intervento ebbe come contraltare una significativa compressione delle libertà individuali, comprese quelle degli operatori economici la cui attività veniva completamente funzionalizzata alle esigenze del Regime.

Nel settore dell'assistenza, e con specifico riferimento al rapporto fra le autorità pubbliche e l'assistenza pubblica di origine privata (*rectius*, il sistema delle I.P.A.B.), sembrò aversi, almeno in via di principio, un approccio in parte diverso; tale peculiarità fu testimoniata dai diversi testi in cui si dava enfasi al rispetto della beneficenza privata e alla volontà dei fondatori delle istituzioni⁵².

Sia che tale attenzione fosse da ricondurre a un particolare *favor* verso il mondo cattolico dopo la riconciliazione del 1929, sia che rientrasse in una più ampia strategia finalizzata a "stimolare" la beneficenza di origine privata, in quanto ritenuta un importante strumento di consenso sociale, rimane il fatto che tali intenzioni raramente trovarono riscontro nella realtà fattuale.

Durante il Regime, infatti, il rapporto fra le autorità pubbliche e il sistema delle I.P.A.B. seguì un'impostazione simile a quella che aveva caratterizzato il periodo precedente (la volontà del fondatore/benefattore espressa nello statuto e/o nelle tavole di

⁵¹ Si pensi, ad esempio, alla legge in materia di protezione della maternità e dell'infanzia, l. 10 dicembre 1925 n. 2777, agli interventi a tutela degli illegittimi, dei migranti e dei lavoratori; cfr. DE SIERVO U., *op. ult. cit.*, p. 447.

⁵² In tal senso CAVALERI P. 1992 *op. ult. cit.*, p. 138 richiama le relazioni accompagnatorie del disegno di legge che poi portò alla l. 123 giugno 1935 n. 134, presentate alla Camera e al Senato.

fondazione, veniva rispettata fintantoché risultava adeguata all'interesse pubblico)⁵³. Anzi, proprio perché nel ventennio si registrò una sorta di “trasformazione” del concetto di interesse pubblico (o meglio, una sua “riduzione” che lo portò a coincidere con l'interesse superiore dello Stato fascista e corporativo), più frequenti furono i casi in cui tale interesse non coincise con la volontà dei fondatori “obbiettivata” negli statuti⁵⁴.

Anche assumendo una diversa prospettiva di indagine, che si concentra sulla situazione dei privati beneficiari della prestazioni, non pare scorretto parlare di “continuità” fra il regime e il periodo precedente⁵⁵; infatti, come nel primo periodo di vigenza della legge Crispi, l'intervento pubblico non fu diretto alla tutela dei bisogni sociali dell'individuo, ma risultò - in termini forse ancora più marcati rispetto al passato - strumentale agli interessi dello Stato e, in particolare, al fine del consolidamento dello stato totalitario. Del resto, i descritti strumenti giuridici, necessari per realizzare tale intervento assistenziale, pur risultando figure di per sé per neutre, non poterono, tuttavia, non risentire delle caratteristiche di fondo dello Stato sociale fascista.

Pertanto, il sistema dell'assistenza nel periodo fascista rimane caratterizzato, oltre che dalla discrezionalità e dalla settorialità delle prestazioni, dall'assenza di strumenti di programmazione e di coordinamento che - dato il moltiplicarsi dei soggetti attivi nel settore - produsse effetti ancor più problematici che in passato; nonostante ciò, non venne meno la prevalenza della beneficenza istituzionale o pubblica nei confronti dell'assistenza legale che per di più - con l'istituzione dei diversi enti nazionali cui vennero attribuite funzioni assistenziali - risultò meno capace di cogliere gli effettivi bisogni delle comunità locali⁵⁶.

Va da se, quindi, che il contributo fondamentale per il rafforzamento della effettività dei diritti sociali (nonché all'affermarsi di un servizio pubblico nel settore assistenziale) non può che essere riscontrato nel sistema costituzionale, post corporativo.

Tra i valori fondanti il sistema democratico repubblicano, rientra una insopprimibile e identitaria tutela della persona che va assicurata dai soggetti pubblici. In altri termini, e pur con tutte le sfumature/differenziazioni che caratterizzeranno i servizi sociali alla persona, la Costituzione rappresenta per questi servizi - così come per i servizi sanitari

⁵³ ID., *op. ult. cit.*, p. 139.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Probabilmente, da questo punto di vista la principale differenza è consistita in un primo “affrancamento” dallo “stato di povertà” come condizione necessaria per ottenere la prestazione, affiancato dallo “stato di bisogno” (cfr. *supra*).

⁵⁶ Cfr. CAVALERI P., *Assistenza sociale*, cit. p. 1195.

stante la previsione di cui all'art. 32⁵⁷ - un punto di non ritorno: il legislatore costituente ha infatti posto dei "limiti" alle scelte politiche future, individuando aspetti di cui il pubblico si deve, necessariamente, occupare.

3. La Costituzione e la nascita di un servizio pubblico socio-assistenziale.

Un cambiamento sostanziale (almeno in via di principio) si è avuto con l'entrata in vigore della Costituzione e con il passaggio da uno Stato liberale (di diritto e monoclasse) a uno Stato sociale e pluriclasse; senza voler riprendere argomenti ampiamente trattati in dottrina, non stupisce come le numerose disposizioni della Carta dedicate ai diritti sociali (e in particolare l'art. 38 Cost.) - da leggere alla luce del principio personalistico e pluralistico (art. 2) e di eguaglianza sostanziale (art. 3., co. 2) - nonché quelle che si occupano degli aspetti organizzativi del sistema assistenziale (art. 117), abbiano reso necessaria una modifica sostanziale dell'impostazione sopra descritta.

In particolare, e per citare solo alcune novità, le disposizioni costituzionali appena richiamate - pur non disconoscendo uno spazio, costituzionalmente garantito, per gli operatori privati di porre in essere attività assistenziale⁵⁸, anche nell'ottica di un effettivo pluralismo nella fornitura di prestazioni assistenziali⁵⁹ - fanno emergere, per la prima volta, un dovere giuridico del potere pubblico di intervenire al fine di rimuovere lo stato di bisogno e di indigenza dei cittadini⁶⁰.

⁵⁷ Cfr. ROVERSI MONACO F., BOTTARI C., *Art. 1*, in ROVERSI MONACO F., *Il sistema sanitario nazionale* (con il coordinamento di), Milano, 1979, p. 5.

⁵⁸ Occorre però osservare come nel settore in questione non si sia mai avuto un monopolio pubblico, nemmeno nel periodo fascista.

⁵⁹ L'art. 38. co. 5 prevede che "L'assistenza privata è libera".

⁶⁰ Il comma 1 dell'art. 38 della Costituzione riconosce il diritto di "ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale", mentre il successivo comma 3 prevede che "ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato". MAZZIOTTI DI CELSO M., *Assistenza*, cit., e *L'assistenza nella Costituzione*, in *Justitia*, 1979, p. 98, riconduce alla Costituzione, e in particolare all'art. 38, l'aver eliminato ogni dubbio circa la necessità dell'intervento pubblico in materia di assistenza in quanto non più considerata come obiettivo strumentale rispetto ai fini dello Stato (ordine pubblico) ma come diritto individuale; nella stessa direzione anche VIGNOCCHI G., *La riforma dell'assistenza e delle beneficenze: stato della produzione legislativa*, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1979, p. 38; CAVALERI P., *L'assistenza tra disciplina pubblica*, cit. p. 185 che, nel ricostruire l'iter legislativo dell'art. 38, afferma come la versione finale del co. 5 sia dettata dalla "volontà di imporre allo Stato il dovere (prima pressoché inesistente) di provvedere alle prestazioni assistenziali e previdenziali" e FERIOLI E., *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003, p. 20. La posizione degli Autori da ultimo richiamati non pare incompatibile con quella di FERRARI E., *I servizi sociali* cit., p. 8; tale Autore, infatti, nel far riferimento ad una "scarsa innovatività del testo costituzionale" (la critica riguarda sia l'art. 38 Cost. che sostanzialmente avrebbe recepito il preesistente sistema mutualistico-previdenziale, sia l'art. 117 Cost. che attribuiva alle regioni una beneficenza pubblica il cui contenuto sarebbe oscuro) sembrerebbe più che altro voler mettere in risalto la minor attenzione che l'assistenza ha avuto nella Costituzione e, di conseguenza, nella legislazione immediatamente successiva, rispetto al tema del lavoro.

Di tali profili si darà conto nei successivi paragrafi⁶¹, precisando sin d'ora come entrambi (libertà dei privati di esercitare attività assistenziale cd. privata e dovere delle istituzioni pubbliche di svolgere tali attività in modo conforme alle indicazioni costituzionali) abbiano ricevuto effettiva attuazione solo a partire dagli anni '70.

La principale ragione di ciò pare ravvisarsi nella mancata istituzione delle regioni a statuto ordinario; e ciò data la circostanza che, come noto, l'art. 117 della Costituzione (versione originaria) aveva allocato la competenza legislativa (concorrente) in materia di "beneficenza pubblica" proprio a livello regionale.

Pertanto, nonostante la centralità dell'individuo e del suo benessere assunta dalla Carta, i primi decenni post costituzione sono stati caratterizzati da interventi normativi ancora non di carattere generale, riguardanti profili specifici, seguendo quindi un'impostazione che non si discosta molto da quella dello Stato fascista⁶².

Infatti, dopo che nei primi anni post-bellici i principali interventi riguardarono coloro che erano stati colpiti dagli effetti della guerra⁶³, negli anni immediatamente successivi si manifesta, in modo ancora più intenso che nel precedente ventennio, il fenomeno della proliferazione di enti⁶⁴ finalizzati all'assistenza di determinate categorie di persone (ciechi⁶⁵, sordomuti⁶⁶, invalidi civili⁶⁷, fanciulli⁶⁸ etc.)⁶⁹. In tal modo si rafforzava l'assistenza "specificata", ma a scapito di una significativa contrazione dell'assistenza generica (svolta, a livello locale, dagli ECA che si sono visti spesso negare le risorse necessarie per un loro sviluppo)⁷⁰; d'altronde era abbastanza prevedibile, come effettivamente si è realizzato, che una tale espansione dell'assistenza specifica e settoriale,

⁶¹ Rispettivamente, par. 3.2 e 3.1.

⁶² L'attenzione di quegli anni si concentrò - oltre che sul tema della previdenza, vista anche la particolare attenzione riservata dalla Carta al tema del lavoro - su una serie di interventi finalizzati a risolvere i problemi sorti dalla guerra; cfr. FERRARI E., *op. ult. cit.*, pp. 9 - 10; CAVALERI P., *Assistenza sociale*, cit. p. 1188.

⁶³ Sul punto, si vedano FERRARI E., *op. ult. cit.*, p. 7; CATALDI A., *Dall'assistenza sociale ai servizi sociali. Le autonomie in attesa della legge quadro*, Roma, 1982, pp. 39 ss.

⁶⁴ In generale, sul tema della proliferazione di enti pubblici nel secondo dopoguerra, si veda SERRANI D., *Il potere per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Bologna, 1978.

⁶⁵ L. 9 agosto 1954, n. 632.

⁶⁶ La l. 21 agosto 1950, n. 698, riordina l'Ente nazionale per la protezione e l'assistenza dei sordomuti.

⁶⁷ La l. 23 aprile 1965, n. 458, dà vita all'Associazione nazionale mutilati e invalidi civili

⁶⁸ Il d.P.R. 20 luglio 1949, n. 659, istituisce L'Ente nazionale per la protezione morale del fanciullo.

⁶⁹ Per più ampi richiami a tali interventi settoriali si rinvia a CATALDI A., *op. ult. cit.*, pp. 44 ss.; si veda anche CAVALERI P., *op. ult. cit.*, pp. 1189 ss., che elenca le varie strutture (di livello centrale e locale, oltre che gli enti nazionali di assistenza) che compongono il sistema di assistenza fino all'attuazione del sistema regionale.

⁷⁰ Cfr. ROTELLI E., *Assistenza sociale*, cit. p. 794

per di più in assenza di qualunque strumento di programmazione in grado di evitare sprechi e sovrapposizioni, avrebbe comportato un eccessivo dispendio di risorse pubbliche⁷¹.

3.1. Il d.P.R. n. 9/1972 e il suo sguardo rivolto al passato.

A ulteriore testimonianza della sostanziale continuità con il passato che - nonostante le diverse disposizioni costituzionali che direttamente e indirettamente incidono sul settore assistenziale - ha contraddistinto la prima fase repubblicana, va ricordato come, fino a tutti gli anni '60, la normativa sulle I.P.A.B. non abbia subito alcuna significativa modifica. Va segnalata solamente una leggera restrizione dell'ambito soggettivo di applicazione della legge Crispi, non dovuta però a modifiche formali di tale disciplina, ma a provvedimenti adottati per altri scopi e riguardanti settori affini⁷², oppure a indirizzi giurisprudenziali che hanno ristretto l'interpretazione onnicomprensiva dell'art. 1 della l. n. 6972 del 1980 e, quindi, l'ambito applicativo della legge⁷³.

I primi mutamenti sostanziali e di sistema si sono registrati a partire dagli anni '70, sia pure seguendo linee in parte già tracciate in documenti di programmazione economica degli anni precedenti⁷⁴.

Ne son esempio significativo i trasferimenti di funzioni amministrative alle Regioni.

Invero, con i primi decreti di trasferimento (in particolare il d.P.R. 15 gennaio 1972, n. 9) non si è pervenuti a un pieno invero della nuova concezione universalistica e egualitaristica delle attività volte al benessere della persona, per quanto non possa negarsi come, con l'introduzione delle strutture regionali, il tema dell'assistenza abbia assunto un rilievo e un'importanza nel dibattito "politico" che, dall'adozione della Costituzione, non aveva più avuto⁷⁵.

Il d.P.R. 15 gennaio 1972 n. 9, emanato sulla base della delega avuta dal Parlamento con l'art. 17 della l. 16 maggio 1970 n. 281, è stato oggetto di numerose critiche da parte della dottrina⁷⁶.

Molte hanno riguardato vizi che potrebbero definirsi "strutturali"; in primo luogo la portata restrittiva dell'effettivo trasferimento di funzioni. Infatti, dopo che l'art. 1 comma 2

⁷¹ ID., *op. ult. cit.*, p. 812; CAVALERI P., *op. ult. cit.*, p. 1188.

⁷² Si pensi alla l. 12 febbraio 1968, n. 132 che, nel riconoscere come enti ospedalieri le istituzioni che "provvedono esclusivamente al ricovero e alla cura degli infermi", le sottrae, in parte, dall'applicazione della legge Crispi. Sul punto si veda *infra*, parte II.

⁷³ Sul punto si rinvia a CAVALERI P., *L'assistenza tra disciplina pubblica*, cit. p. 163-167.

⁷⁴ FERRARI E., *op. ult. cit.*, p. 11-12.

⁷⁵ Cfr. VIGNOCCHI G., *La riforma dell'assistenza*, cit. p. 39.

⁷⁶ Si veda al riguardo, FERIOLI E., *op. ult. cit.*, p. 33.

del d.P.R. n. 9 enunciava un trasferimento di “*Tutte le funzioni amministrative esercitate dagli organi centrali e periferici dello Stato in materia di beneficenza pubblica*” alle Regioni a statuto ordinario, i successivi commi elencavano in modo puntuale le (non numerose) funzioni oggetto di trasferimento⁷⁷, mentre i successivi art. 3 e 4 contenevano un’elencazione delle funzioni che dovevano rimanere allo Stato.

Tuttavia, il limite principale del decreto in questione è consistito nel rifarsi a una concezione “retro” della funzione e del ruolo costituzionale del settore dell’assistenza (in senso lato), ancora incentrata sulla distinzione fra “assistenza sociale” e “beneficenza (e assistenza) pubblica” che, di fatto, nient’altro è che la riproposizione della precedente distinzione fra “assistenza legale” e “beneficenza e assistenza pubblica” (vedi *supra*).

Tale posizione del legislatore ha certamente scontato la formulazione del testo costituzionale.

Invero, l’art. 38 attribuisce allo Stato - o a organi e istituti da questo predisposti o integrati - il compito di garantire il diritto all’assistenza sociale, mentre l’art. 117, prima della riforma del 2001, attribuiva alla competenza concorrente delle Regioni la beneficenza pubblica.

Ripercorrendo i lavori preparatori dell’Assemblea Costituente, si è osservato come l’intenzione del legislatore costituente fosse quella di rafforzare l’intervento diretto dello Stato in materia assistenziale (ossia quell’attività che nel periodo pre-repubblicano veniva definita beneficenza legale che la Costituzione definisce assistenza sociale) senza con ciò negare spazio di azione né alla beneficenza o assistenza istituzionale o pubblica, né alla beneficenza privata (vedi *supra*)⁷⁸.

Di guisa che non pare errato concludere che sia il legislatore costituente sia il legislatore ordinario del 1972, distinguendo la beneficenza (e l’assistenza) pubblica dall’attività assistenziale posta in essere direttamente da Stato (o da organi e istituti da questo predisposti o integrati), si sono posti in evidente continuità con la precedente concezione di assistenza (in senso lato e atecnico) sviluppatasi a partire dalla riforma Crispina.

⁷⁷ Cfr. STECCANELLA M., *La nozione di “beneficenza pubblica” nell’odierno quadro legislativo e giurisprudenziale*, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1979, p. 79.

⁷⁸ CAVALERI P., *op. ult. cit.*, pp. 183 ss.

Tuttavia, riprendendo il dibattito dottrinale dell'epoca, sembra che all'inizio degli anni '70 i tempi fossero già maturi per un approccio diverso; in ragione di ciò era lecito aspettarsi maggior coraggio dall'esecutivo nel d.P.R. n. 9 del 1972.

Non si fa riferimento, è bene ribadirlo, al fatto che assistenza sociale e beneficenza (o l'assistenza) pubblica siano state utilizzate come "materie" distinte, suscettibili di essere allocate, quanto a competenze amministrative, a diversi livelli di governo; quanto, piuttosto, alla mancata adesione a una concezione "moderna" della beneficenza pubblica, sicuramente più conforme a una lettura complessiva della testo costituzionale e, comunque, già rinvenibile nella letteratura, anche non giuridica, del tempo.

E tuttavia la scelta del Governo è stata pienamente avallata anche dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 139/1972 che, nel descrivere le caratteristiche della beneficenza pubblica - tenuta, come detto, distinta dall'assistenza sociale - si è evidentemente anch'essa rifatta a nozioni del passato.

La Consulta ha, invero, fatto rientrare nel concetto di assistenza sociale quelle prestazioni che, senza alcuna discrezionalità, vanno erogate a favore di categorie di soggetti individuati sulla base di criteri oggettivi⁷⁹; la beneficenza pubblica, invece, oltre a essere caratterizzata da discrezionalità, è stata considerata rivolta a individui che versino in stato di bisogno, a prescindere da particolari status o qualifiche⁸⁰.

Risulta evidente come il carattere discrezionale della beneficenza pubblica sia sintomatico di una concezione ancora "caritativa" della stessa, in perfetta continuità con un'impostazione che il testo costituzionale sembrava aver superato.

Emblematica in tal senso è la critica avanzata da un autorevole Autore secondo cui la Corte, con tale decisione, *"trovandosi di fronte a un sistema di assistenza consolidato da decenni e incardinato sulla legge Crispi del 1890, anziché partire dalla costituzione per*

⁷⁹ L'assistenza sociale "specie nei più recenti sviluppi della legislazione, è orientata nel senso di eliminare o ridurre entro limiti rigorosi, ancorandola all'accertamento di dati oggettivi, la discrezionalità degli organi od enti erogatori, così da rendere progressivamente concreto quel 'diritto' all'assistenza sociale, che il primo comma dell'art. 38 Cost. vuole sia attribuito ad ogni cittadino 'inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere'. Preminente è in essa la tipizzazione legislativa di determinate categorie di assistibili, per modo che le prestazioni rispettivamente previste abbiano a spettare a chiunque vi rientri, e per il sol fatto di rientrarvi. E, rispettivamente, anche le prestazioni sono, a loro volta, uniformemente stabilite alla stregua di valutazioni medie, configurandosi - tendenzialmente - come sostitutive od integrative di un reddito da lavoro mancante od insufficiente".

⁸⁰ La beneficenza pubblica è "caratterizzata essenzialmente - anche quando, come di regola, l'esercizio ne sia obbligatorio - dalla discrezionalità delle prestazioni, in denaro o in servizi, erogabili in favore di tutti coloro che - per qualsiasi causa ed a prescindere da particolari status e qualifiche - versino in condizione di bisogno: determinante è in essa la considerazione della concreta situazione del singolo individuo, la valutazione della personalità e delle condizioni di vita dell'assistibile, in relazione, peraltro, alle disponibilità materiali dell'ente od organo erogante".

verificare la validità della situazione ereditata dal passato, è partita da questa per interpretare la costituzione”⁸¹.

3.2. Il d.P.R. n. 616/1977: una nuova definizione di beneficenza pubblica come primo risultato di una “nuova politica assistenziale”...e come primo passo verso la sua riconducibilità nella nozione di pubblico servizio.

Portata sicuramente più prorompente e innovativa ha avuto il d.P.R. 24 luglio 1977, n. 616. Il d.P.R. in questione ha innanzitutto inciso sulla dimensione stessa dell’assistenza, sancendo il passaggio da un’assistenza per lo più caritativa, discrezionale e settoriale, rivolta ai poveri o a determinate categorie di individui, a un’assistenza doverosa e (sempre più) universale.

È tale intervento, infatti, che, oltre ad aver introdotto l’espressione “servizio sociale” (che però ha un significato meramente descrittivo e non definitorio, non costituendo una materia ma un “settore organico” comprensivo di più attività eterogenee⁸²), ha innovato il concetto di “beneficenza pubblica”, fornendone una definizione particolarmente ampia⁸³.

La ridefinizione della nozione di beneficenza pubblica contenuta nell’art. 22 del d.P.R. n. 616/1977 porterà, di lì a poco, la Corte Costituzionale (sentenza n. 174/1981) a ritenere superata la distinzione tra l’assistenza sociale e la beneficenza pubblica delineata nella precedente pronuncia del 1972. La definizione introdotta nel 1977 presenta, infatti, evidenti caratteri di rottura con il passato tali da renderla (più) simile all’attuale nozione di “servizio sociale” alla persona più che a quella crispina di beneficenza pubblica⁸⁴.

Essa è stata intesa come un primo risultato dell’affermarsi di una “*nuova politica sociale*”; in tale senso depongono, a detta della Consulta, l’“*ampliatio dei destinatari, che prescinde in taluni casi dallo stato di bisogno*”; la “*diversificazione delle prestazioni,*

⁸¹ In tal senso RESCIGNO G. U., *Profili costituzionali del trasferimento delle funzioni in materia di assistenza e beneficenza*, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1979, pp. 90 ss.

⁸² Con l’espressione servizi sociali si faceva riferimento a un settore comprendente materie fra loro molto diverse, fra cui polizia locale, urbana e rurale; beneficenza pubblica; assistenza sanitaria e ospedaliera; istruzione artigiana e professionale; assistenza scolastica; musei e biblioteche di enti locali.

⁸³ All’art. 22 viene definita come quell’insieme di “*attività che attengono, nel quadro della sicurezza sociale, alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti o a pagamento, o di prestazioni economiche, sia in denaro che in natura, a favore dei singoli, o di gruppi, qualunque sia il titolo in base al quale sono individuati i destinatari, anche quando si tratti di forme di assistenza, a categorie determinate, escluse soltanto le funzioni relative alle prestazioni economiche di natura previdenziale*”.

⁸⁴ Poco prima della pronuncia della Corte, BARETTONI ARLERI A., *La nozione*, cit. p. 61 osservava che con la “nuova” definizione di beneficenza pubblica viene compiuta importante opera di razionalizzazione e di riconduzione a unità che da tempo si imponeva nella materia, in quanto con essa “*si intende tutto il complesso dei servizi sociali*” ad esclusione dell’assistenza sanitaria e ospedaliera e della previdenza.

congiunta all'estendersi del carattere di non discrezionalità nella loro erogazione”, nonché la tendenza a superare” la tipizzazione degli interventi a seconda delle categorie individuate dall'attività lavorativa degli assistibili, facendosi invece riferimento ai diversi stadi della vita umana (infanzia, vecchiaia) che maggiormente richiedono la fruizione dei servizi sociali”⁸⁵.

Tale evoluzione legislativa (e la “lettura” che ne ha dato la Corte Costituzionale), sembrano prestarsi a riflessioni ulteriori.

Non pare scorretto affermare che è a partire da questo momento che viene meno uno degli elementi che impedivano di qualificare le attività assistenziali come servizio pubblico.

Per vero, se l'attività assistenziale riconducibile alla cd. beneficenza legale (ossia quella prevista dalla legge e posta in essere direttamente da soggetti pubblici) veniva identificata talvolta, seppur in termini spesso incidentali e non sistematici, come pubblico servizio, per l'attività rientrante nella beneficenza pubblica tale assimilazione non era possibile stante il carattere “discrezionale” della stessa⁸⁶.

Come noto, infatti, secondo la moderna concezione di servizio pubblico, è proprio la doverosità della prestazione “*il fattore che differenzia il servizio pubblico, il vero servizio pubblico, da un'attività anche oggettivamente analoga, ma che tale non possa essere considerata*”⁸⁷.

Occorre, tuttavia, specificare il corretto significato di tale carattere (la doverosità) per evitare di prestare il fianco ad eventuali obiezioni.

È ormai *communis opinio* come la doverosità della prestazione non comporti il sorgere automatico in capo al beneficiario di un diritto soggettivo alla prestazione: possono rimanere, infatti, valutazioni discrezionali in capo all'amministrazione volte ad accertare l'effettiva sussistenza delle condizioni cui è subordinata l'ammissione al servizio⁸⁸.

Ma il carattere della doverosità non comporta un vincolo “*esecutivo assoluto ed incondizionato*”, nemmeno per quanto attiene la predisposizione stessa del servizio:

⁸⁵ Corte cost. n. 174/1981.

⁸⁶ Il carattere discrezionale che ha contraddistinto la beneficenza pubblica fino al d.P.R. del 1977 pare strettamente connesso con una delle principali peculiarità del regime giuridico delle IPAB (ossia dei soggetti protagonisti della stessa), ovvero la necessità di rispettare la volontà dei fondatori.

⁸⁷ In tal senso A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 460-521, in particolare p. 472; ma sulla stessa linea anche POLICE A., *Sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 70; GIGLIONI F. *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di “servizio pubblico”*, in *Foro amm.*, 7-8, 1998, pp. 2269-2270 e CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993, pp. 55 ss.

⁸⁸ Sul punto, e più in generale sulle implicazioni della configurazione dei diritti sociali quali “diritti finanziariamente condizionati”, si veda *infra*, par. 3.4.

rimane, infatti, un margine di valutazione discrezionale, in capo all'amministrazione o al legislatore (secondo i rispettivi poteri), necessario per adattare condizioni, tempi e modalità di istituzione e organizzazione del servizio alla realtà concreta⁸⁹.

Nei casi in cui il legislatore lascia all'amministrazione tale giudizio valutativo sull'effettiva istituzione/attivazione del servizio, limitandosi a un'elencazione esemplificativa o all'indicazione di presupposti e finalità, si parla di servizio pubblico facoltativo⁹⁰.

Ragionando in astratto, in tali ipotesi le differenze fra un'attività assistenziale qualificabile come servizio pubblico (facoltativo) e un'attività (discrezionale) com'è stata, per decenni, la beneficenza pubblica, potrebbero sembrare molto sfumate, se non inesistenti. Infatti, la discrezionalità della beneficenza pubblica riguarda(va) il momento istitutivo dell'attività (e quindi la sua previsione nello statuto e/o nella tavola di fondazione), ma una volta che questa era prevista e che un potenziale beneficiario era in possesso dei requisiti richiesti, l'Istituzione aveva l'obbligo di erogare la prestazione.

In altre parole, l'affermazione di cui sopra, secondo cui il superamento del carattere discrezionale della beneficenza pubblica avrebbe fatto venire meno un elemento ostativo alla qualificazione di tutte le prestazioni assistenziali come servizio pubblico, sembrerebbe smentita dal fatto che siano pacificamente ammessi servizi pubblici in cui rimane in capo all'amministrazione un margine di scelta (discrezionale) sull'istituzione (o meno) del servizio.

Ma è proprio qui è il punto che consente di superare tali (possibili) obiezioni e che, quindi, conferma l'argomentazione che si sta provando a sviluppare.

In un caso (nella vecchia concezione di beneficenza pubblica) la valutazione sull'attivazione del servizio era lasciata ai fondatori dell'Istituzione sulla base di considerazioni di natura meramente caritativa e di liberalità; nell'altro (il servizio pubblico facoltativo) alla scelta discrezionale di una pubblica amministrazione le cui valutazioni (che possono essere indirizzate dallo stesso legislatore o comunque fondate su esigenze economiche, sociali e territoriali del caso concreto) possono essere oggetto di controllo giurisdizionale di legittimità sul corretto esercizio del potere discrezionale.

⁸⁹ Così CAIA G., *La disciplina dei pubblici servizi*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, p. 977.

⁹⁰ ID., *op. ult. cit.*, p. 979. A tale categoria di servizi pubblici si contrappongono i servizi pubblici obbligatori, che presuppongono che sia stato il legislatore a disporre la necessaria attivazione e predisposizione del servizio., dopo averne valutato l'importanza e la coesistenzialità alle esigenze della popolazione.

Per concludere, l'art. 22 del d.P.R. n. 616/1977 ha innovato il concetto di beneficenza pubblica, attribuendo all'aggettivo ("pubblico") un significato molto più pregnante rispetto al passato.

Per anni tale aggettivo si limitava a indicare un elemento formale rappresentato da un sistema di controlli e regole procedurali comunque non in grado, nemmeno se si fa riferimento agli istituti maggiormente invasivi come la trasformazione (vedi *supra*), di incidere su una sostanza che rimaneva privatistica.

Diversamente, con il D.P.R. del 1977, l'aggettivo "pubblico" ha acquistato un significato decisamente più pregnante, qualitativamente e non solo quantitativamente diverso rispetto al passato⁹¹.

È da tale momento che i servizi sociali si sono sviluppati seguendo coordinate simili a quelle dei servizi pubblici, per poi giungere con la legge n. 142/1990 alla disciplina delle loro modalità di gestione - seppur con alcuni distinguo - unitamente a quella degli altri servizi pubblici locali⁹². Se poi, le peculiarità che contraddistinguono i servizi sociali siano tali (o meno) da impedire la loro riconduzione alla più generale nozione del servizio pubblico, è discorso diverso cui verrà dedicato il paragrafo 5.

3.3. L'art. 38 comma 5 cost. e la pronuncia di incostituzionalità della legge Crispi: quali connessioni con il progressivo affermarsi della beneficenza come servizio pubblico?

Il d.P.R. n. 616/1977 rileva, seppur indirettamente, anche per un profilo ulteriore, relativo al rapporto fra il sistema delle IPAB (*rectius*, il regime giuridico previsto dalla legge Crispi del 1890) e l'art. 38, co. 5, della Costituzione. È a partire da questo decreto, infatti, che si mette in moto quel processo (di cui sono testimonianza le diverse ordinanze di rimessione alla Corte Costituzionale oltre che i dibattiti politici e accademici) che porterà, più di dieci anni dopo, alla dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 1 della legge 17 luglio 1890 n. 6972 ad opera sentenza n. 396 del 1988 della Corte Costituzionale e, conseguentemente, a un netto ridimensionamento del sistema delle Ipab.

Ma occorre procedere con ordine.

Si è già ricordato come prima dell'entrata in vigore della Costituzione potevano ravvisarsi tre diverse tipologie di attività assistenziali (in senso lato), in cui il rapporto fra pubblico e privato assumeva distinte sfaccettature:

⁹¹ In tal senso STECCANELLA M., *op. ult. cit.*, p. 81.

⁹² *Infra*, par. 8.1.

- la beneficenza o assistenza legale posta in essere direttamente da soggetti pubblici;
- la beneficenza o assistenza pubblica, che consisteva nella predisposizione di forme di controllo e di disciplina uniforme sulla beneficenza di origine privata e ispirata, quindi, a due principi fondamentali, quali il rispetto della volontà dei fondatori e i controlli giustificati dal fine pubblico dell'attività svolta in situazione di autonomia;
- la beneficenza *tout court* privata riguardante quelle iniziative private non rientranti nell'ambito di applicazione della legge Crispi⁹³.

Questo quadro non fu stravolto da legislatore Costituente il quale si “limitò” a rafforzare l'intervento diretto di soggetti pubblici (definito da quel momento assistenza sociale), introducendo per la prima volta un dovere giuridico in tal senso (vedi *supra*), nonché a riconoscere, dandogli garanzia costituzionale, la libertà di assistenza o beneficenza meramente privata attraverso la previsione di cui al co. 5 dell'art. 38.

Il rapporto fra quest'ultima previsione e il regime giuridico pubblicistico della legge Crispi (la quale, come già accennato, aveva finito per applicarsi a quasi tutte le iniziative assistenziali poste in essere in forma stabile⁹⁴), è stato, nel corso degli anni, oggetto di diverse interpretazioni, spesso molto distanti fra loro.

Senza alcuna pretesa di completezza, ma solo per rendere l'idea dell'incertezza del quadro, si pensi, da un lato, alla posizione che ha ritenuto immediatamente incompatibile con la libertà di assistenza costituzionalmente garantita, l'art. 1 della Legge Crispi⁹⁵ e dall'altro, a quella decisamente più “laica” che, di fatto, considerava coincidenti la beneficenza pubblica e la beneficenza *tout court* privata, ritenendo il sistema di controlli pubblici previsto dalla Crispi come implicitamente ricavabile dall'art. 38, co. 5, della

⁹³ Le dimensioni di questa terza tipologia di assistenza erano, in realtà, particolarmente ridotte data l'interpretazione onnicomprensiva data all'art. 1 della legge Crispi tale per cui quasi tutte le iniziative private in materia assistenziale rivolte ai poveri, venivano fatte rientrare nell'ambito di applicazione della legge. Ne rimanevano escluse, oltre le istituzioni che furono “attratte” da leggi adottate per altri fini (si è detto delle istituzioni ospedaliere fatte rientrare nell'ambito di applicazione della legge n. 132/1968), i comitati di soccorsi e le fondazioni di famiglia (stante la previsione di cui all'art. 2 della l. n. 6972/1890), nonché tutte le attività poste in essere rinunciando al conseguimento della personalità giuridica.

Lo spazio così ridotto che rimaneva per la beneficenza privata *tout court* è una delle motivazioni adottate dai ricorrenti nella questione di legittimità che portò alla sentenza n. 173/1981 della Consulta; come meglio si dirà, proprio per tale ragione venne prospettata l'incompatibilità del d.P.R. n. 9 del 1972 (e indirettamente della legge Crispi) con l'art. 38, co. 5, Cost.

⁹⁴ Si è detto nei precedenti paragrafi come, mentre all'art. 1 della legge Crispi (secondo cui “*Sono istituzioni di assistenza e beneficenza soggette alla presente legge le opere pie ed ogni altro ente morale che abbia in tutto od in parte per fine: a) di prestare assistenza ai poveri, tanto in stato di sanità quanto di malattia b) di procurarne l'educazione, l'istruzione, l'avviamento a qualche professione, arte o mestiere, od in qualsiasi altro modo il miglioramento morale ed economico*”), sia stata data un'interpretazione onnicomprensiva; al contrario, le ipotesi di esclusione elencate dall'art. 2 sono sempre state interpretate in termini restrittivi.

⁹⁵ Cfr. la posizione di AMORTH A., *Il «principio personalistico» e il «principio pluralistico»: fondamenti costituzionali della libertà della assistenza*, in *Quaderni di Iustitia*, 29, 1978, pp. 76 ss.

Costituzione, in quanto necessario a evitare che le attività private potessero porsi in contrasto con l'utilità sociale⁹⁶.

In termini simili è stato evidenziato come dalla legge Crispi non derivasse nessun monopolio pubblico dell'assistenza (e quindi alcuna violazione del principio costituzionale di libertà di assistenza privata); infatti, il carattere "pubblico" delle istituzioni⁹⁷, non solo non faceva venir meno il carattere privatistico delle relative attività, ma (in assenza di una disciplina più moderna e più attuale) poteva considerarsi quasi costituzionalmente necessitato in considerazione della rilevanza sociale/collettiva dell'attività assistenziale⁹⁸.

Ancora, c'è chi, partendo da una preliminare analisi dei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente, ha sostenuto che l'art. 38, co. 5, è stato introdotto per realizzare una sorta di "contrappeso" con la previsione di cui al comma 3⁹⁹, al fine di evitare che quest'ultima disposizione venisse "utilizzata/strumentalizzata" per legittimare un monopolio pubblico dell'assistenza¹⁰⁰.

Indipendentemente da quale di queste letture risulti la preferibile, pare significativo che fino all'adozione del d.P.R. n. 616/1977 non furono sollevate questioni di incostituzionalità della legge Crispi per contrasto con l'art. 38 co. 5 della Costituzione¹⁰¹.

La situazione cambia con tale d.P.R. che, non solo ha realizzato un vero e proprio capovolgimento di prospettiva nella distribuzione delle funzioni rispetto al d.P.R. del 1972¹⁰²; ma ha disposto, inoltre, il trasferimento ai Comuni singoli o associati delle

⁹⁶ RESCIGNO G. U., *Profili costituzionali*, cit. p. 101; l'Autore, infatti, sostiene che alla luce del complessivo quadro costituzionale, che "limita tutte le libertà individuali e prevede interventi differenziati di diversi organi a tutela di tali limiti; dichiara che la proprietà privata svolge una funzione sociale e può dunque essere limitata a questo scopo; sottopone le attività economiche ai penetranti limiti dell'art. 41", non sarebbe concepibile ammettere che un'attività rivolta al bene di altri, come quella assistenziale, possa risultare completamente scevra da controlli pubblici.

⁹⁷ Il carattere pubblico delle istituzioni non era previsto dalla stessa legge, ma si affermò nell'interpretazione prevalente per ragioni ricavabili dalle peculiarità dell'ordinamento del tempo. Era opinione diffusa, infatti, che, nel silenzio della legge, il carattere pubblico era deducibile sulla base di tre ragioni (in primo luogo perché nel secolo scorso la pubblicità era implicita nella concessione della personalità giuridica; in secondo luogo perché le istituzioni svolgevano attività rivolte al pubblico e, infine, perché non si sapeva come spiegare altrimenti il controllo pubblico su attività private di diritto pubblico se non in nome di un interesse o ragione pubblica). Nessuna di tali ragioni, tuttavia, era tale da far portare a escludere il carattere privatistico delle loro attività.

⁹⁸ FERRARI E., *La Corte e la legge Crispi: il nome e la "effettiva natura" delle istituzioni (e delle libertà) di assistenza*, in *Le Reg.* 1988, pp. 1331 -1367.

⁹⁹ "Ai compiti previsti in questo articolo provvedono organi ed istituti predisposti o integrati dallo Stato".

¹⁰⁰ Tale posizione è di CAVALERI P., *L'assistenza tra disciplina pubblica*, cit., pp. 183-188 il quale tuttavia, sembra ritenere "parziale" la tutela di libertà di assistenza privata così come è stata riconosciuta nei primi anni di vita della Costituzione (p. 160).

¹⁰¹ Cfr. RESCIGNO G. U., *op. ult., cit.*, p. 102.

¹⁰² L'art. 25, co. 1, ha previsto che "tutte le funzioni amministrative relative all'organizzazione ed alla erogazione dei servizi di assistenza e beneficenza, di cui ai precedenti articoli 22 e 23, sono attribuite ai comuni ai sensi dell'art. 118, primo comma, della Costituzione". Nel d.P.R. n. 616/1977, infatti, si riservano alla Stato solo alcune attribuzioni puntualmente elencate, mentre si trasferiscono a regioni e enti locali le

funzioni, del personale e dei beni delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza operanti nell'ambito regionale¹⁰³ (art. 25 co. 5)¹⁰⁴.

Il 14 dicembre 1978 il Tribunale di Milano, con ordinanza, ha sollevato una questione di legittimità costituzionale fra i cui motivi si è fatto riferimento anche al contrasto della Legge Crispi con l'art. 38 co. 5 della Costituzione; è questo "l'inizio della fine" del sistema delle IPAB¹⁰⁵.

Nel caso di specie, tuttavia, la Corte non ha dato peso al (possibile) contrasto con l'art. 38, ult. comma, dando invece rilievo a un ulteriore profilo fatto valere nell'ordinanza di rimessione; è stata dichiarata, infatti, l'illegittimità costituzionale dell'art. 25 co. 5 del d.P.R. n. 616/1977, e in via consequenziale di altri commi del medesimo articolo, per eccesso della delega rispetto alla legge 22 luglio 1975, n. 382 (Corte Cost. n. 173/1981)¹⁰⁶.

principali competenze amministrative relative all'organizzazione e gestione dei servizi sociali. Come osservato da FERIOLI E., *Diritti e servizi sociali*, cit. p. 36, "Le regioni ricevettero per la prima volta dallo Stato un complesso di attribuzioni amministrative piuttosto rilevante, atto a consentire un reale potere di organizzazione di servizi sociali a livello regionale e tale da fondare un primo embrionale sistema di assistenza sociale regionale". La stessa Autrice richiama una rilevante questione interpretativa relativa alla mancata attribuzione alle regioni di un potere di programmazione regionale in riferimento al settore della beneficenza pubblica, mentre in materia di assistenza sanitaria tale competenza regionale veniva espressamente riconosciuta dall'art. 32 co. 2 dello stesso d.P.R. In dottrina, tuttavia, è prevalsa la tesi in base alla quale la previsione del potere regionale di programmazione e organizzazione dei servizi e delle prestazioni avesse una portata generale e fosse applicabile anche alla materia della beneficenza pubblica.

¹⁰³ Diversamente per le IPAB di carattere interregionale gli articoli 113 ss. del d.P.R. n. 616 del 1977 hanno definito un assetto normativo differente, consistente in un sistema articolato di accertamento da cui deve emergere la naturapubblica o privata degli stessi, e il carattere fondazionale o associativo dell'organizzazione.

¹⁰⁴ Il d.P.R. in questione stabiliva anche che, ove entro il primo gennaio 1979 non fosse stata approvata una legge generale di riforma dell'assistenza pubblica, le regioni avrebbero potuto disciplinare direttamente i modi e le forme di attribuzione ai comuni dei beni e del personale necessari per l'esercizio delle funzioni amministrative trasferite. Furono diverse le ragioni di scontro politico che impedirono l'approvazione di tale riforma, nonostante la presentazione alle Camere di numerose proposte di legge (sugli ostacoli all'approvazione della legge quadro dell'assistenza, si veda MINISTERO DELL'INTERNO, *Integrazione dei servizi sociali e sanitari. Tendenze generali e situazioni locali*, Studio condotto dall'IRS, Roma, 1985, 23). In particolare, pare opportuno ricordare due decreti legge (d.l. 29 marzo 1979 n. 113 e d.l. 19 giugno 1979 n. 209), entrambi non convertiti, che nel riaffrontare la questione della IPAB, avevano assunto le posizioni di parte cattolica, totalmente opposta a quella dell'art. 25 del d.P.R. del 1977, prevedendo la trasformazione in enti di diritto privato ed escludendo dall'assetto organizzativo dei servizi assistenziali gran parte degli enti fino a quel momento ritenuti pubblici. Per una puntuale descrizione del contenuto di questi decreti, si rinvia a STORCHI G.P., *Gli indirizzi di riforma dell'assistenza: analisi del d.l. 29 marzo 1979*, n. 113, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1979, pp. 113 – 136 e MARCHIANÒ G., *Le proposte di legge quadro di riforma dell'assistenza e della beneficenza: brevi note di analisi comparativa*, entrambi in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano 1979; MOR G., *Verso una legge quadro sulla assistenza*, in *Le Reg.*, 1981, pp. 135 ss.

¹⁰⁵ Non si può fare a meno di notare come la circostanza che i ricorsi avverso la legge Crispi abbiano avuto inizio solo dal momento in cui la qualificazione in termini di IPAB comportava il trasferimento di beni e personale delle IPAB ai comuni (ai sensi dell'art. 25 co. 5 del d.P.R. n. 616/1977), avvalorò quelle tesi sopra riportate (Rescigno G.U., Ferrari E.) secondo cui il regime "pubblicistico" previsto dalla legge Crispi non era così invasivo da pregiudicare la natura privata delle Istituzioni delle relative attività.

¹⁰⁶ In dottrina si osserva come, a differenza del trasferimento di beni e personali delle IPAB ai comuni, la soppressione degli enti comunali di assistenza prevista dallo stesso d.P.R. n. 616/1977 non ha generato

Tale pronuncia ha, di fatto, “salvato” il sistema delle IPAB - posticipando quindi di alcuni anni il definitivo superamento della legge Crispi - che sarebbe stato superato dall’attuazione di tali previsioni (con l’unica eccezione delle istituzioni svolgenti in modo precipuo attività inerenti la sfera educativo-religiosa che, per espressa previsione¹⁰⁷, sarebbero rimaste le sole ad essere ancora sottoposte alla legge Crispi¹⁰⁸).

Come anticipato, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle richiamate previsioni del d.P.R. facendo leva esclusivamente sulla questione di metodo (l’eccesso di delega); alla questione “sostanziale” (la compatibilità fra la legge Crispi e la libertà di assistenza costituzionalmente garantita) vengono riservate solo alcune considerazioni prospettiche, ma non viene presa alcuna posizione netta al riguardo¹⁰⁹.

Per quanto in termini meno accentuati rispetto alla precedente sentenza n. 139/1972, nemmeno la pronuncia n. 173/1981 della Consulta è stata esente da critiche da parte della dottrina.

Una delle osservazioni più rilevanti è stata quella che ha sottolineato come tale sentenza presentasse un difetto di coordinamento con un’altra (di poco successiva): la n. 174 del 1981, che aveva “avallato” la nuova nozione di beneficenza pubblica contenuta nell’art. 22 del medesimo d.P.R. del 1977¹¹⁰.

Si tratta di una riflessione pienamente condivisibile. Infatti, da un lato, con la n. 174, si “consacra” l’avvio di una nuova politica sociale basata su una concezione moderna della beneficenza e dell’assistenza pubblica (vedi *supra* par. precedente); dall’altro, con la

particolare opposizione perché essi non avevano più una particolare rilevanza e perché già gravitavano nell’orbita delle amministrazioni comunali; cfr. STADERINI F., *Diritto degli enti locali*, Padova, 1999, p. 233 e FERIOLI E., *op. ult. cit.*, p. 38-39.

¹⁰⁷ Art. 25, co. 6, del d.P.R. n. 616/1977.

¹⁰⁸ Al pari delle IPAB sanitarie a carattere associativo le cui attività si fondano, a norma di statuto, su prestazioni volontarie e personali dei soci, che la legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, n. 833/1978 art. 45, aveva escluso dal trasferimento alle Regioni, prevedendo che rimanessero assoggettate alla legge Crispi.

¹⁰⁹ La Corte si limita ad affermare che “*dopo l’entrata in vigore della Costituzione repubblicana, intraprendere una riforma del sistema, come è configurato dalla legge Crispi, comporta che si faccia debito conto dei precetti contenuti negli artt. 18, 19, 33 e 38 della Carta costituzionale e che sia affrontato, alla luce dell’art. 38, ultimo comma, il tema del pluralismo delle istituzioni in relazione alle possibilità di pluralismo nelle istituzioni (XXIII proposizione normativa Commissione Giannini). Fin quando ciò non sia avvenuto, è necessario che in sede di trasferimento di funzioni amministrative alle regioni e di attribuzioni di altre funzioni agli enti locali si osservino i principi della legislazione statale vigente, come aveva in realtà fatto, su questo punto, il legislatore delegato del 1972. Anticipare in sede di legislazione delegata, senza un puntuale sostegno nella legge di delega, principi così innovatori di riforma (tali da comportare l’eliminazione generalizzata delle IPAB infraregionali) significa prendere una scorciatoia che la disciplina costituzionale della delegazione legislativa rende del tutto impraticabile*”.

In senso contrario DE SIERVO U., *Le trasformazioni della legislazione in tema di IPAB, in Giur. cost.*, 1985, pp. 269-315 il quale ha osservato come la ragione sostanziale che ha portato alla dichiarazione di incostituzionalità del trasferimento di funzioni, beni e personali ai Comuni previsto dal d.P.R. del 1977 sia stata proprio il problema della privatizzazione di parte delle Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza.

¹¹⁰ CAVALERI P., *L’assistenza tra disciplina pubblica*, cit. pp. 175 ss.

sentenza n. 173 si mantiene in vita la vecchia organizzazione delle IPAB, costruita in un contesto del tutto diverso in cui la beneficenza manteneva una sostanza privatistica e certamente inadeguata alla nuova concezione dell'assistenza sociale.

Negli anni successivi alle due pronunce dell'inizio degli anni '80, il centro propulsivo dei cambiamenti riguardanti il settore assistenziale si sposta dal livello statale a quello regionale, non solo in virtù della ridefinizione delle competenze in capo all'ente regionale e comunale realizzata dal d.P.R. del 1977, ma anche della soppressione di numerosi enti assistenziali nazionali.

In diverse Regioni, soprattutto del centro e del nord del Paese, si assiste a un generale riassetto del *welfare*: sistemi non più settoriali ma basati sulla nuova concezione egualitaria di assistenza¹¹¹, in cui, da un lato il rapporto fra soggetti pubblici e soggetti privati (di norma regolato da convenzioni¹¹²) assume tratti distinti rispetto al passato¹¹³ e, dall'altro, inizia ad essere effettivamente garantita la libera attività assistenziale dei privati di cui all'art. 38 ult. co. della Costituzione¹¹⁴.

Inoltre, inizia ad affermarsi nella giurisprudenza comune un'"interpretazione adeguatrice" dell'art. 1 della legge Crispi che, superando quella tradizione "radicale e onnicomprensiva", consente l'affermarsi di iniziative assistenziali a favore dei poveri cui viene garantito un riconoscimento giuridico non necessariamente connesso alla natura giuridica di IPAB¹¹⁵.

È questo il quadro complessivo, sebbene appena accennato, in cui si arriva alla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 17 luglio 1890, n. 6972, "nella parte in cui non prevede che le IPAB regionali infraregionali possano continuare a sussistere assumendo la personalità giuridica di diritto privato, qualora abbiano tuttora i requisiti di un'istituzione privata" (Corte Cost., n. 396/1988).

¹¹¹ FERIOLI E. *op. ult. cit.*, p. 45.

¹¹² Quanto alle prime previsioni che prevedevano convenzioni fra pubbliche amministrazioni e soggetti privati (scelti fra soggetti del terzo settore, soprattutto organizzazioni di volontariato, inseriti di norma in appositi albi o registri nazionali) per l'erogazione di servizi socio-assistenziali, si vedano: Regione Emilia Romagna, l. r. 12 gennaio 1985, n. 2, art. 20; Regione Umbria, l. r. 31 maggio 1982, n. 29 art. 26; Regione Piemonte, l. r. n. 20 del 23 agosto 1982, art. 13 relativa al solo volontariato; Regione Sardegna, l. r. 25 gennaio 1988, n. 4, articoli 7, 42 e 43; Regione Lombardia, l. r. 7 gennaio 1986, n. 1, art. 52 e 53 (le ultime due leggi richiamate prevedevano espressamente il diritto degli utenti di scelta del fornitore); cfr. in dottrina, FERIOLI E., *op. ult. cit.*, p. 51.

¹¹³ Infatti, mentre al mantello pubblicistico che ricopre un'attività privatistica si sostituiscono rapporti bilaterali riconducibili, a seconda dei casi concreti, al diritto privato (mere convenzioni, appalti) o al diritto pubblico (concessione di pubblico servizio, accordo di diritto pubblico etc.); tale argomento verrà ampiamente ripreso nei paragrafi successivi.

¹¹⁴ Si veda, ad esempio, Regione Lombardia, l. r., 7 gennaio n. 1986, n. 1, art. 4.

¹¹⁵ Le espressioni in corsivo sono di CAVALERI P., *op. ult. cit.*, pp. 179 ss., cui si rinvia anche per i riferimenti giurisprudenziali espressivi di tale tendenza.

Può risultare, a questo punto, opportuno soffermarsi brevemente sull'impianto motivazionale di tale decisione che, a fronte di diversi giudizi positivi per il pieno riconoscimento della libertà di assistenza privata, ha ricevuto anche commenti critici¹¹⁶.

La Corte è partita dal considerare l'impostazione di fondo della legge Crispi che nel disciplinare una serie di istituzioni dallo *"spessore storico del tutto peculiare"*, aveva previsto un "regime ambivalente" caratterizzato *"da una disciplina pubblicistica in funzione di controllo, con una notevole permanenza di elementi privatistici, il che conferisce ad esse una impronta assai peculiare rispetto agli altri enti pubblici"* e ispirato a *"due principi fondamentali, quali il rispetto della volontà dei fondatori e i controlli giustificati dal fine pubblico dell'attività svolta in situazione di autonomia"*.

Tale disciplina, anche a seguito delle evoluzioni descritte nei precedenti paragrafi, aveva finito per assoggettare *"non solo enti che, in quanto erogatori di servizi pubblici, avrebbero potuto aspirare a pieno titolo alla qualificazione di enti pubblici, anche se non fosse stato sancito il monopolio ora messo in discussione"*, ma pure *"organizzazioni espressive dell'autonomia dei privati che hanno conservato caratteri propri dell'organizzazione civile anche dopo la loro formale pubblicizzazione"*.

La Corte ha ritenuto tale quadro contrastante con il sopraggiunto art. 38 co. 5 della Costituzione, oltre che del principio personalistico che ispira nel suo complesso la Costituzione, in quanto non consentiva di assecondare *"le aspirazioni di quelle figure soggettive sorte nell'ambito dell'autonomia privata, di vedersi riconosciuta l'originaria natura"*.

Tale valutazione non è fatta in termini assoluti ma alla luce della "mutata situazione dei tempi"; la Corte, infatti, ha osservato come l'evoluzione degli apparati pubblici rendeva ormai possibile *"assunzione diretta da parte di questi di certe categorie di interessi"*, la cui

¹¹⁶ In termini critici verso la decisione di fondo presa in tale pronuncia, per le ragioni sopra richiamare volte a negare che la legge Crispi desse vita a un monopolio pubblico dell'assistenza e in base alla considerazione secondo cui per garantire l'assistenza privata non sia sufficiente applicare la disciplina di diritto privato alle istituzioni, FERRARI E., *La Corte e la legge Crispi*, cit., pp. 1331 ss. Mostra apprezzamento per la pronuncia in questione (che viene definita "coraggiosa") DE SIERVO U., *La tormentata fine delle I.p.a.b.*, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1757 – 1767 il quale manifesta, però, qualche perplessità per la mancata indicazione dei requisiti necessari per ottenere il riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato e all'accertamento in via giudiziale della stessa (in particolare, cfr. pp.1759-1761). Anche altra dottrina che sembra apprezzare la posizione di fondo assunta dalla Corte in questa pronuncia, non condivide alcuni passaggi della sentenza in questione. In particolare, la scelta della Consulta dell'esimersi dal dichiarare l'illegittimità costituzionale della norma impugnata con riferimento alle nuove istituzioni di assistenza in quanto per queste sarebbe già possibile il riconoscimento come enti privati sulla base dell'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato che aveva superato l'interpretazione onnicomprensiva dell'art. 1 della legge Crispi (in tal senso CAVALERI P., *op. ult. cit.*, p. 190-191 che ritiene troppo recente e ancora *in fieri* al momento della sentenza n. 396/1988 tale orientamento della giurisprudenza comune).

realizzazione, nel sistema della legge del 1890, era invece assicurata “*quasi esclusivamente dalla iniziativa dei privati, che veniva poi assoggettata al controllo pubblico*”.

La Corte Costituzionale non lo dice espressamente e, probabilmente, non ha in nessun modo ricadute sull’impianto motivazionale della sentenza in questione; viene tuttavia da chiedersi se, anche alla luce della moderna concezione di assistenza, l’inadeguatezza della legge Crispi non dovesse essere fatta valere anche dal modo (sicuramente involuto) in cui tale legge disciplinava il rapporto fra pubblico e privato nel settore dell’assistenza (una sorta di “mantello pubblicistico su attività sostanzialmente privatistiche”). E ciò anche in considerazione del fatto che, come ricordato, a livello regionale si erano sviluppati sistemi assistenziali che prevedevano forme più moderne di collaborazione fra pubblico e privato (ad es. la convenzione).

Al di là di tali riflessioni, resta il fatto che la sentenza n. 396/1988 ha portato a un significativo ridimensionamento del sistema delle IPAB; per vero, nonostante un definitivo superamento delle IPAB si avrà solo nel 2001(vedi *infra*, par. 8.1), è stato dai più osservato come la pronuncia del 1988 abbia di fatto impedito alla legge Crispi di festeggiare il suo centesimo compleanno dal momento che, a partire da tale pronuncia, il suo ambito di applicazione è risultato molto ridotto e quasi irrilevante.

3.4. Dai servizi sociali come “settore organico” alla definizione legislativa dei servizi sociali in senso stretto, passando per la definizione formale di E. Ferrari: peripezie di una nozione.

Si è accennato come il d.P.R. n. 616/1977 abbia introdotto l’espressione servizio sociale per indicare un “settore organico” - cui era dedicato il Titolo III del decreto - composto da materie fra loro variegate nelle quali erano ricomprese dalla polizia locale urbana e rurale alla beneficenza pubblica.

Inizialmente, nemmeno nelle ricostruzioni della dottrina si riuscì ad attribuire a tale nozione un significato pregnante e ben definito; partendo dalla categoria dei diritti sociali, si qualificavano come servizi sociali quelle attività che davano attuazione ai diritti sociali.

Tuttavia, tale impostazione finiva per “scaricare” sui servizi sociali tutte le incertezze e la genericità che caratterizzano la nozione di diritto sociale¹¹⁷; quest’ultima, infatti, è nozione¹¹⁸ cui non corrisponde sempre una posizione di diritto soggettivo del cittadino ma

¹¹⁷ FERRARI E., *I servizi sociali*, cit., pp. 70 ss.

¹¹⁸ Cfr., per tutti, PEZZINI B., *La decisione sui dritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001; SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e*

che può sfociare in situazioni giuridiche meno significative, quali l'interesse legittimo o un mero interesse di fatto¹¹⁹.

Per tali ragioni, l'elaborazione di una definizione "formale" di servizio sociale che fa riferimento a tutti quei servizi che compongono la nozione di 'welfare state'¹²⁰ e in cui rientrano tutte quelle 'prestazioni sociali la cui previsione legislativa risponde agli obiettivi di fondo voluti dalla Carta costituzionale in tema di promozione del benessere fisico e psichico della persona'¹²¹ (oltre all'assistenza sociale, dunque, pure la sanità, la scuola, la formazione professionale, la previdenza sociale etc.), ha sicuramente avuto un ruolo decisivo nel percorso di "emancipazione" di tale nozione da quella di diritto sociale e

tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto, Torino, 2000; LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in ROMBOLI R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, pp. 96 ss.; BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997; ID., *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989, pp. 28 ss.; CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, pp. 755 ss.; MAZZIOTTI DI CELSO M., *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964, p. 802 ss.

¹¹⁹ I diritti sociali infatti, nonostante il riconoscimento forte in sede costituzionale, hanno subito un "processo di dequotazione" che la dottrina ha descritto attraverso la loro qualificazione come diritti finanziariamente condizionati; sull'argomento si veda MERUSI F., *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985, p. 54; ID., 1990, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, in part. pp. 28 ss.; MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali: livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008, in part., pp. 56 ss. e pp. 79 ss. Con particolare riferimento al diritto alla salute, FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, pp. 215 ss. Sulla distinzione fra diritti sociali "condizionati" e "incondizionati", BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, cit., pp. 30 ss. Il motore di questo processo è stato rinvenuto non solo nel rispetto di esigenze economico-finanziarie, che la crisi fiscale dello Stato sociale ha fatto sì che venisse considerato esso stesso un valore di pari grado dei diritti sociali anziché mero "strumento" (cfr. BIN R., *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano 1992, p. 110); ma anche nella considerazione delle norme relative ai diritti sociali come meramente programmatiche (cfr. FERRARA R., *op. ult. cit.*, pp. 215 ss. e MOLASCHI V. *op. ult. cit.*, p. 58-59). Del resto, autorevole dottrina ha sottolineato la diversa e meno pregnante "valenza" delle disposizioni costituzionali sui diritti sociali rispetto a quelle relative alle libertà civili e politiche (GIANNINI M.S., *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Il Politico*, 1977, pp. 205-227). In breve, tale processo di dequotazione è consistito nel far dipendere la natura delle pretese individuali dal "se" e, eventualmente, dal "come" il legislatore disciplina i compiti di prestazione, potendosi quindi configurare un interesse di fatto o al più un interesse legittimo. In dottrina, del resto, si osserva come la Corte Costituzionale abbia assunto un atteggiamento passivo rispetto alle scelte del legislatore nell'attuazione dei diritti di prestazione: attraverso il richiamo alla "gradualità" di tali diritti e alla necessaria considerazione dei limiti finanziari posti dal bilancio, ha di fatto avallato le scelte del legislatore, purché rispettose del giudizio di ragionevolezza (BIN R., *op. ult. cit.*, pp. 107 ss.). Solo con riguardo al "contenuto essenziale" del diritto la Corte ha riconosciuto la natura precettiva delle disposizioni costituzionali, ritenendole idonee a fondare diritti soggettivi perfetti, immediatamente efficaci nei rapporti con la pubblica amministrazione a prescindere dall'intervento del legislatore; tale evoluzione ha però riguardato soprattutto gli art. 32 e 34 Cost, e solo marginalmente l'art. 38: è ancora incerto, quindi, se anche con riguardo al diritto all'assistenza si possa configurare una soglia di tutela rappresentata dal contenuto essenziale del diritto. Sul punto, oltre alle considerazioni che si faranno al par. 3.4, si rinvia a MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione*, cit., in particolare p. 67 ss., FREGO LUPPI S., *Servizi sociali*, in particolare p. 70 ss. e alla dottrina ivi citata.

¹²⁰ L'insieme di queste politiche sociali viene di norma denotato con l'espressione "Stato del benessere o Welfare state" o ancora - nel recente dibattito italiano - "Stato sociale". Essa ricomprende tutte "le politiche sociali connesse al processo di modernizzazione tramite le quali lo stato fornisce ai propri cittadini protezione contro i rischi e bisogni prestabiliti- sotto forma di assistenza, assicurazione o sicurezza sociale - introducendo, fra l'altro, specifici diritti sociali e doveri di contribuzione finanziaria"; cfr. FERRERA M. (a cura di), *Le politiche sociali*, Bologna, 2012, p. 16.

¹²¹ Tale definizione "formale" di servizio sociale (in senso ampio) è di FERRARI E., *I servizi sociali*, cit., p. 273.

dalle incertezze che hanno caratterizzato quest'ultima sin dal momento dell'entrata in vigore della Costituzione. Per vero, è stato osservato come è solo a partire dall'elaborazione formale di servizio sociale di E. Ferrari che i diritti sociali “*non esauriscono la nozione di servizi sociali, ma in quanto specificazione dei suddetti principi, ne definiscono le coordinate di fondo, integrate e sviluppate da scelte di diritto positivo*”¹²².

Questo processo di “rafforzamento” e specificazione del contenuto della nozione di servizio sociale è proseguito con il terzo decreto di trasferimento di funzioni dallo Stato alle regioni, il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, adottato in attuazione del capo I della legge 15 marzo 1997, n. 59, cd. “Legge Bassanini”.

L'art. 128 di questo decreto, infatti, “supera” il concetto di assistenza introducendo una nozione di servizio sociale che è ancora oggi quella di riferimento in quanto richiamata dall'art. 1 co. 2 della legge quadro n. 328/2000; alla luce di tale definizione per servizi sociali si intendono “*tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti ed a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia*”.

Da questo momento sorge la necessità di tenere distinta la nozione di *servizio sociale in senso ampio* ricomprendente tutte le attività poste in essere per raggiungere gli obiettivi di fondo voluti dalla Costituzione secondo l'impostazione di Ferrari, da quella di *servizio sociale in senso stretto* che si riferisce ai soli *servizi assistenziali alla persona*, una categoria residuale (tutto ciò che non è sanitario, previdenziale, etc.) che completa il progetto di eguaglianza sostanziale della Costituzione¹²³.

Due sono le caratteristiche su cui tale definizione è basata: la presenza di una *situazione di bisogno* e il *carattere personale degli interventi*, non rivolti cioè alla indifferenziata generalità dei cittadini. Ne deriva una nozione che, per quanto residuale e flessibile (caratterizzata cioè con un elevato tasso di resilienza), possiede una sufficiente capacità discrezionale. Se, infatti, è pacifico che essa ricomprende attività quali l'assistenza agli anziani, ai minori in stato di bisogno, ai disabili, ai soggetti affetti da dipendenza, agli

¹²² Così MOLASCHI V., *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Dir. eco.*, 2004, pp. 95-112, in particolare p. 97.

¹²³ Cfr. PIOGGIA A., *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014, pp. 149 ss.

indigenti, più controversa la riconducibilità di altre attività, quali quella dei nido o la residenza sociale.

Mentre con riguardo a quest'ultima si discute sulla presenza o meno del carattere personale dell'intervento assistenziale, per gli asili nido la questione è ancora più incerta perché coinvolge uno dei profili più controversi della nozione in questione, concernente la (necessaria) presenza di una situazione di bisogno.

La Corte Costituzionale, infatti, ha sottolineato come dalla definizione di servizio sociale in questione sopra richiamata emergerebbe la non sufficienza dello svolgimento di una prestazione, o la mera erogazione di reddito, a una categoria di soggetti per il generale miglioramento delle condizioni socio-economiche e la promozione dei diritti sociali. Per aversi servizio sociale ai sensi della definizione in questione, sarebbe, invece, richiesta la condizione che i soggetti beneficiari siano svantaggiati, ossia che versino in condizioni di difficoltà economiche, di emarginazione sociale o di minorazioni fisiche; laddove, invece, si tratti di un'attività anche di interesse pubblico e afferente ad ambiti di carattere "sociale", quale appunto la tutela della famiglia o la gestione di asili, ma destinata a soggetti indifferenziati, ci si collocherebbe al di fuori del settore in questione¹²⁴.

Così intesi, i servizi sociali sono espressione di un sistema di sicurezza sociale che si attiva solo dopo che si è verificato un peggioramento della condizione di vita dei cittadini rinunciando, così, a prevenire il verificarsi della situazione di bisogno.

Va osservato, tuttavia, come molte regioni, soprattutto dopo la riforma costituzionale del 2001 che ha attribuito loro potestà legislativa esclusiva sull'intera materia dei servizi sociali, hanno in parte "smussato" una lettura così restrittiva della situazione di bisogno; al di là di alcuni casi in cui tale requisito pare completamente "scavalcato"¹²⁵, altre hanno dato rilievo alla "funzione di prevenzione" dei servizi sociali includendo nel sistema

¹²⁴ Si veda sul punto Corte cost. n. 287/2004 (p. 9-14), secondo cui proprio per l'assenza di un nesso funzionale con una situazione di disagio o di bisogno, non può essere considerato servizio sociale una provvidenza monetaria, di carattere indennitario e transitorio a beneficio delle madri (tale decisione si basa sulla formulazione dell'art. 1 co. 1 della l. n. 328/2000 e dell'art. 128 del d.lgs. n. 112/1998). Si veda sul punto anche Cons. Stato, Sez. V, 03 luglio 2003, n. 4003, per cui non è servizio sociale un servizio di asilo-nido. In dottrina, si rinvia alle considerazioni di BIN R., PITRUZZELLA G., DONATI D., *Lineamenti di diritto pubblici per i servizi sociali*, Torino, 2014, p. 258 e CAMELI R., *La categoria giuridica dei servizi sociali tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2006, pp. 908 ss. Tale condivisibile posizione, in linea con la definizione di servizio sociale contenuta nel d.lgs. n. 112/1998 (e ora nella legge quadro sui servizi sociali n. 328/2000), talvolta conduce a esiti discutibili; nella sentenza da ultimo citata, ad esempio, il Consiglio di Stato sopra cit., afferma che il servizio di asilo nido, in quanto non qualificabile come servizio sociale ma come servizio educativo "non rientra (...) nel divieto di aggiudicarne l'appalto con il sistema di offerte al massimo ribasso".

¹²⁵ Così pare fare la legge della Regione Lombardia n. 3/2008 che include nella nozione di servizio sociale anche gli interventi generalizzati per l'infanzia; cfr. anche Regione Friuli Venezia Giulia, art. 44, l. r. n. 6/2006.

integrato quelle prestazioni che, per quanto non necessarie a rimediare a una situazione di bisogno, risultano funzionali a prevenirla¹²⁶.

Il sintagma “situazione di bisogno” si presta a ulteriori riflessioni relative alla natura e alla dimensione dello stesso; infatti, la definizione di servizio sociale contenuta nella d.lgs. n. 112/1998 conferma espressamente alcuni risultati per certi versi già desunti¹²⁷ dalla (precedente) definizione di “beneficenza pubblica” contenuta nel d.P.R. n. 616/1977: il venire meno di collegamento immediato e diretto fra uno stato di scarsa disponibilità di risorse materiali e il diritto a ricevere prestazioni assistenziali.

Se per anni l’attività delle IPAB è stata rivolta a soggetti che si trovavano in stato di povertà, con la definizione di beneficenza pubblica del 1977 e con quella di servizio sociale del 1998, l’attività assistenziale è rivolta a chi - per ragioni obiettive che chiunque può trovarsi ad affrontare nel corso della vita (la solitudine, la non autosufficienza dell’anziano, per esempio) - si trova in una situazione di bisogno.

Ovviamente, la scarsa disponibilità di risorse non rimane priva di conseguenze nell’accesso alle prestazioni sociali, ma viene tenuta in considerazione in termini diversi rispetto al passato; essa, infatti, può essere una delle cause da cui ha origine quella situazione di bisogno “obiettiva” che può dare diritto a ricevere prestazioni assistenziali. Inoltre, come meglio si dirà *infra*, la scarsità di risorse può rilevare a valle del bisogno, giustificando i meccanismi di precedenza “di chi ha di meno” nell’accesso ai servizi, necessari in un sistema che deve fare i conti con la scarsità di risorse.

Ma vi sono ulteriori riflessioni possono farsi derivare dalla definizione di servizio sociale introdotta dall’art. 128 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.

In primo luogo, essa ha un evidente carattere residuale in quanto include tutte le attività assistenziali - escluse quelle previdenziali, quelle assicurate dal sistema sanitario e quelle riguardanti l’amministrazione della giustizia (in primis, quelle carcerarie) - prestate a chi si trova in stato di bisogno.

¹²⁶ Regione Marche, l. r. n. 32/2014, art. 2; Regione Liguria, l. r. n. 12/2006, art. 2; Regione Friuli Venezia Giulia, l. r. n. 6/2006; Regione Piemonte, l. r. n. 2/2004, art. 1, co. 2.

¹²⁷ Cfr. BARETTONI ARLERI A., *La nozione e la disciplina*, cit. p. 59 ss., il quale, commentando la definizione di beneficenza pubblica contenuta nel d.P.R. del 1977, osserva come si sia “*fortemente attenuato il tratto, un tempo del tutto assorbente, della condizione economica dei soggetti destinatari dell’attività, per evolvere, almeno tendenzialmente, in quello della loro condizione sociale. Questo è il riflesso dell’evoluzione della sicurezza sociale nel nostro ordinamento, della generalizzazione della legittimazione alle prestazioni dei servizi sociali essenziali indipendentemente da una stretta correlazione tra stato di bisogno e condizione economica, (...) un superamento del concetto di stato di bisogno come primaria esigenza di sussistenza*”. Si vedano sul punto anche le considerazioni svolte nel precedente paragrafo.

In secondo luogo, non si distingue fra le attività che, in virtù della titolarità in capo a un soggetto pubblico, possono essere qualificate come servizio pubblico e quelle meramente private poste in essere nel solo esercizio della libertà di assistenza (art. 38 ult. co. Costituzione) e della libera iniziativa economica (art. 41 Costituzione). La definizione di servizio sociale introdotta dal legislatore ricomprende, infatti, tutto ciò che in passato veniva indicato con le espressioni assistenza sociale, assistenza privata e beneficenza pubblica¹²⁸. Del resto, nel decreto legislativo del 1998, il legislatore statale sembra muovere da una concezione diversa da quella del d.P.R. n. 616/1977 (incentrato solo su attività pubbliche e/o prestate da soggetti pubblici), che va nel senso di una forte sinergia tra soggetti pubblici e soggetti privati operanti nel settore, in particolare *no profit*¹²⁹; è stato correttamente osservato come con tale provvedimento, per la prima volta nella legislazione statale in materia di servizi sociali, compare “*il riconoscimento di un modello organico e sistematico di Welfare mix*”¹³⁰.

Tanto che nel d.lgs. n. 112/1998, il legislatore statale, dopo aver precisato l’ambito e il contenuto dei servizi sociali e le competenze trasferite a regioni e enti locali, e dopo aver elencato le competenze residue che sarebbero rimaste allo stato, all’art. 132 prevede che “*sono trasferiti alle regioni, che provvederanno al successivo conferimento alle province, ai comuni ed agli altri enti locali nell’ambito delle rispettive competenze, le funzioni e i compiti relativi alla promozione ed al coordinamento operativo dei soggetti e delle strutture che agiscono nell’ambito dei “servizi sociali”, con particolare riguardo a: a) la cooperazione sociale; b) le istituzioni di pubblica assistenza e beneficenza (IPAB); c) il volontariato*”.

In terzo luogo, la nuova nozione di servizio sociale, può essere considerata espressione di una lettura costituzionalmente aggiornata della materia in questione.

Non solo perché, l’apertura ai privati, e soprattutto al settore *no profit*, appare conforme ai principi di pluralismo, solidarietà (e poi anche sussidiarietà orizzontale) che informano la Costituzione; ma anche perché l’accoglimento di una nozione sempre più universale e non categoriale, così come il riferimento alla situazione di bisogno come unica condizione necessaria per fare richiesta di accesso alle prestazioni, sembrano il frutto di una rilettura della materia dell’assistenza sociale (e nello specifico degli art. 38 e 117 della

¹²⁸ FERRARI E., *Commentario al decreto legislativo 31 marzo 1988, n. 112*, in *Le Reg.*, 1988, p. 893, osserva come “*il sistema, o meglio secondo l’espressione oggi più ricorrente, le reti dei servizi sociali, è necessariamente composta da elementi pubblici ed elementi privati*”.

¹²⁹ ID., *op. ult. cit.*, p. 894.

¹³⁰ FERIOLI E., *Diritti e servizi sociali*, cit. p. 68.

Costituzione che ad essa fanno espresso riferimento) alla luce degli art. 2 e 3 della stessa Carta e dei principi di solidarietà e eguaglianza sostanziale in essi contenuti.

Ma vi è un ulteriore profilo che sembra confermare come il legislatore del 1998, nell'intervenire sulla materia in questione, si sia mosso "tenendo sempre a mente" il testo costituzionale.

Si è accennato come, già dopo il d.P.R. n. 616/1977, si fossero affermati a livello regionale sistemi di assistenza sociale nei quali si potevano rinvenire, seppur all'inizio in forma embrionale, i tratti caratterizzanti la concezione di servizio sociale solo più tardi fatta propria dal legislatore statale con il decreto legislativo del 1998 (impostazione universalistica e egualitaria, centralità dello stato di bisogno e dell'appartenenza a una determinata categoria, espresso riconoscimento della libertà di assistenza privata, costituzionalmente garantita e creazione di una "rete" nella quale coinvolgere il settore privato, soprattutto quello sociale).

Sebbene tali dinamiche affermatesi a livello regionale portarono a un effettivo incremento del *plafond* di tutela dei diritti sociali dei cittadini, esso non può essere considerato perfettamente in linea con i principi egualitaristici e redistributivi su cui si fonda il modello di Stato sociale delineato dalla Costituzione.

Sono rimaste, infatti, forti disomogeneità fra le regioni del Nord e quelle dell'Italia meridionale: mentre nelle prime il tema dell'assistenza sociale è stato oggetto di grande attenzione politica, sfociata nei "moderni" sistemi regionali di assistenza sociale di cui si diceva, in quasi tutte le regioni del sud questo non è avvenuto. Da qui l'affermarsi di forti diseguaglianze nella tutela dei diritti di cittadinanza fra le varie aree del Paese¹³¹.

La principale responsabilità di siffatta situazione non può che essere attribuita all'inerzia del legislatore statale che, in virtù della vecchia competenza legislativa concorrente in materia ex art. 117 Cost., ante riforma, avrebbe potuto/dovuto quantomeno individuare i principi cardini della materia; tra di essi i livelli essenziali di prestazione che avrebbero dovuto essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

¹³¹ Così GUIGLIA G., *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Padova, 2005, pp. 117-118; FINOCCHI GERSI R., *La legge quadro sui servizi sociali e la riforma del titolo V*, in ALBANESE A., MARZUOLI C. (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003, p. 24; SARACENO C., *Il welfare state italiano tra occupazionalismo e territorialismo. Limiti e prospettive di cambiamenti possibili*, in AA.VV., *Regionalismo, federalismo e welfare state. Atti del convegno di Roma, 9-10 maggio 1996*, Milano, 1997, p. 26; FERIOLI E. *op. ult. cit.*, p. 61 ss. Si rinvia a quest'ultima opera, pp. 43, per un'accurata descrizione sulla legislazione regionale di riforma dell'assistenza sociale a partire dal primo decreto di trasferimento di funzioni alle regioni fino alla riforma del Titolo V della Costituzione. Su come quello della diseguaglianza fra le varie aree del paese sia un problema ancora irrisolto, cfr. MOLITERNI A., *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 89 ss.

Di tale criticità è sembrato consapevole il legislatore nel terzo decreto di trasferimento di funzioni dallo Stato alle regioni; infatti, l'art. 129 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, prevede che rimanga allo Stato la determinazione degli standard dei servizi sociali da ritenersi essenziali in funzione di adeguati livelli delle condizioni di vita.

Si è trattato di una “scelta epocale”¹³² quanto mai opportuna se si considera che il d.lgs. n. 112/1998 ha rafforzato il processo di decentramento a livello locale delle funzioni amministrative rispetto al precedente decreto di trasferimento; tale soluzione è stata poi ripresa e rielaborata dalla riforma del Titolo V della Costituzione che, come noto, ha inserito fra le competenze esclusive dello stato la “*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*” (art. 117 co. 2 lett. m).

A tali novità, tuttavia, non è seguita un'effettiva omogeneizzazione della tutela del diritto all'assistenza; infatti, il legislatore statale non ha fino a ora fatto in modo di assicurare il livello di tutela “essenziale” su tutto il territorio nazionale.

Facendo riferimento a interventi normativi che nei prossimi paragrafi verranno ripresi, va ricordato come l'art. 22 della legge quadro n. 328/2000 non fissa il contenuto effettivo delle prestazioni che devono costituire i livelli essenziali delle prestazioni socio-assistenziali (cd. *Liveas*), limitandosi a elencarle e rimandando alla pianificazione nazionale e regionale la determinazione dei requisiti specifici; l'unico atto di pianificazione è il “*Piano nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2001-2003 (a norma dell'Art. 18, comma 2 della legge 8 novembre 2000, n. 328)*” nel quale sono stati individuati i livelli essenziali con riguardo a:

- un insieme di principi generali, ispiratori della legge quadro e alla base della programmazione delle politiche sociali;
- una griglia articolata su tre dimensioni (1. le aree di intervento, 2. le tipologie di servizi e prestazioni, 3. le direttrici per l'innovazione nella costruzione della rete degli interventi e dei servizi).

Si tratta, tuttavia, di previsioni che garantiscono una tutela molto più ridotta rispetto a quanto fanno i *Lea* nel settore sanitario (che individuano un quadro ben definito di prestazioni), in quanto perlopiù inidonee a far sorgere in capo ai cittadini situazioni

¹³² Cfr. GUIGLIA *op. ult. cit.*, p. 126.

giuridiche pretensive di diritto soggettivo; infatti non vengono chiarificati né la tipologia dei servizi, né le prestazioni necessarie che devono essere garantite ai cittadini¹³³.

Non si tratta tuttavia di un caso o di una dimenticanza, ma di una precisa scelta politica: i successivi tentativi di formulazione del *Liveas* socio-assistenziali non sono andati a buon fine proprio perché il legislatore ha rinunciato a individuarli, ritenendo di non essere in grado assumersi il relativo onere finanziario.

4. Una riforma molto auspicata: la legge quadro n. 328/2000.

Dopo una lunga attesa, l'8 novembre del 2000 è stata approvata la legge quadro di riforma dell'assistenza sociale.

Il profilo principale che di tale intervento va preliminarmente evidenziato è il ritardo nella sua adozione.

In primo luogo, infatti, la presenza di un quadro normativo di riferimento di livello statale, per quanto fatto di norme di principio come la competenza legislativa concorrente in materia imponeva, avrebbe certamente "alleggerito" il ruolo e l'importanza della legislazione regionale e, quindi, consentito quantomeno di attenuare le disomogeneità territoriali che caratterizzarono gli anni '80 e '90 (*vedi supra*). Invece, le contrapposizioni ideologiche e culturali, prima ancora che politiche, che da sempre hanno caratterizzato le discussioni parlamentari sulla materia in questione, hanno portato al fallimento dei diversi disegni di legge di riforma dell'assistenza presentati.

Ma l'adozione della legge quadro sull'assistenza sociale, avvenuta solo l'8 novembre del 2000, può considerarsi "fuori tempo massimo", anche perché approvata appena un anno prima della riforma dell'art. 117 della Costituzione che, come noto, ha modificato la competenza legislativa delle regioni in materia, da "concorrente" a residuale; di guisa che sembra venuto meno l'obbligo delle regioni di conformare i successivi interventi legislativi

¹³³ Cfr. BIN R., PITRUZZELLA G., DONATI D., *Lineamenti*, cit., pp. 266 ss.; sul tema, si veda anche, PIOGGIA A., *op. ult. cit.*, pp. 67 ss.; MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione*, cit., pp. 155 ss.; BALBONI E., *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Dai diritti sociali alla coesione economico sociale e territoriale*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, pp. 27 ss.; FREGO LUPPI S., *op. ult. cit.*, pp. 70 ss.

sulla materia alle disposizioni della legge quadro in questione, a eccezione di quelle previsioni riconducibili a materie sui cui lo stato mantiene una competenza legislativa¹³⁴.

Tuttavia, per quanto grave tale ritardo, sarebbe ingiusto non riconoscere gli importanti meriti della l. n. 328/2000 con riguardo ai mutamenti che hanno caratterizzato il sistema assistenziale italiano nell'ultimo quindicennio.

Infatti, i principi cardine su cui è basato il testo legislativo in questione, sono stati in buona parte ripresi dalle successive leggi regionali di riforma dell'assistenza, anche nell'incertezza dell'esistenza uno specifico obbligo giuridico.

A essi occorre, quindi, fare necessariamente riferimento nelle successive parti di questo lavoro (rinviando comunque alla dottrina che si è soffermata sul tale legge quadro per più ampi approfondimenti)¹³⁵.

4.1. Il principio dell'“universalismo selettivo”.

Uno dei principi su cui si è basata la riforma dell'assistenza è il principio di universalità dei servizi alla persona.

Tale principio è previsto espressamente dall'art. co. 2 della legge del 2000, ma facilmente ricavabile anche dall'art. 1 co. 1 che, fra le finalità del sistema integrato, richiama quella di “*garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza*”, di prevenire, eliminare o ridurre “*le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia*”.

In negativo, tale principio va inteso come netto rifiuto sia di una concezione “*residuale o minimalista del welfare State*” che si rivolge solo a soggetti marginali¹³⁶, sia di una concezione “*categoriale*” - che ha per lungo tempo caratterizzato l'esperienza italiana - riguardante solo categorie determinate di individui; in positivo, il principio universalistico fa sì che il sistema integrato sia rivolto a tutti coloro (cittadini e non, cfr. art. 2 co. 1, legge n. 328/2000)¹³⁷ che vengono a trovarsi in una di quelle situazioni di

¹³⁴ La questione, alquanto complessa e controversa, verrà ripresa più volte nel corso della ricerca; in particolare par. 4.2 e 8 ss.

¹³⁵ V. la dottrina citata nelle note seguenti.

¹³⁶ Volendo riprendere l'espressione utilizzata dal D.P.R. 3 maggio 2001, “*Piano Sociale Nazionale 2001-2003*”, adottato a norma dell'art. 18 della legge n. 328/2000, “*la rete non si rivolge solo agli ultimi o ai penultimi*”.

¹³⁷ Ai sensi dell'art. 2 co. 1, “*hanno diritto di usufruire delle prestazioni e dei servizi del sistema integrato di interventi e servizi sociali i cittadini italiani e, nel rispetto degli accordi internazionali, con le modalità e nei*

bisogno, anche transeunte, che chiunque può essere costretto ad affrontare nel corso della vita.

Tale principio, inoltre, trovava già riscontro nella definizione di servizio sociale contenuta nell'art. 128 del d.lgs. n. 112/1998 e fatta propria anche dalla legge quadro del 2000 attraverso l'espresso richiamo contenuto all'art. 1 co. 2¹³⁸; con tale definizione, da leggere insieme al primo comma dell'art. 1 (secondo cui il sistema integrato consta di *“interventi per garantire la qualità della vita, pari opportunità, non discriminazione e diritti di cittadinanza, previene, elimina o riduce le condizioni di disabilità, di bisogno e di disagio individuale e familiare, derivanti da inadeguatezza di reddito, difficoltà sociali e condizioni di non autonomia”*), la legge quadro *“completa”* il processo di estensione dell'ambito oggettivo degli interventi socio-assistenziali, in quanto il bene oggetto di tutela non consiste più soltanto nel mero sostentamento, ma si arricchisce di ulteriori contenuti quali il sostegno alle responsabilità familiari, la tutela materno-infantile, le misure di sole politiche di inclusione etc.¹³⁹.

Il principio universalistico (e quindi l'intera legge quadro che a tale principio si ispira), deve considerarsi attuazione allo specifico settore in questione del principio personalistico ricavabile dall'art. 2 della Costituzione¹⁴⁰, nonché del principio di eguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 co. 2 (entrambi, insieme all'art. 38, espressamente richiamati dall'art. 1 della legge quadro). Quali attività, viene da domandarsi, più di quelle rivolte a *“rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita”*¹⁴¹ possono essere considerate necessarie al fine di *“rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che (...) impediscono il pieno sviluppo della persona umana (...)”*?¹⁴²

Strettamente connessa ai caratteri universalistici ed egualitaristici del sistema integrato delineato dalla legge quadro, è l'individuazione di alcuni interventi che costituiscono livelli essenziali delle prestazioni prevista dagli art. 9 e 22 della legge quadro

limiti definiti dalle leggi regionali, anche i cittadini di Stati appartenenti all'Unione europea ed i loro familiari, nonché gli stranieri, individuati ai sensi dell'articolo 41 del testo unico di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286”.

¹³⁸ Cfr. FINOCCHI GERSI R., *La legge quadro sui servizi sociali*, p. 23 ss.

¹³⁹ Cfr. FERIOLI E., *op. utl. cit.*, p. 22.

¹⁴⁰ *Ibidem*

¹⁴¹ Art. 128 del d.lgs n. 112/1998.

¹⁴² Cfr. MATTIONI A., *La legge quadro 328/2000: legge di attuazione di principi costituzionali*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, pp. 3 ss.

(in continuità con quanto previsto dall'art. 129 del d. lgs. n. 112/1998, sopra richiamato). La previsione di livelli essenziali e uniformi di prestazione da garantire su tutto il territorio nazionale conferma, infatti, come la selezione dei destinatari delle prestazioni non dipende dall'appartenenza ad una determinata categoria, ma da esigenze (*rectius*, situazioni di bisogno) che la vita può mettere di fronte a ogni individuo (sulla mancata individuazione delle specifiche prestazioni che costituiscono i livelli essenziali delle prestazioni, si rinvia a quanto detto al precedente paragrafo).

La legge quadro introduce un criterio di selettività ulteriore rispetto alla situazione di bisogno, che ha portato a definire l'universalismo del sistema integrato assistenziale come "selettivo" o "razionalizzato"¹⁴³.

Infatti, l'art. 2 c. 3 della legge quadro attribuisce la priorità nell'accesso alle prestazioni erogate dal sistema integrato ai "*soggetti in condizioni di povertà o con limitato reddito o con incapacità totale o parziale di provvedere alle proprie esigenze per inabilità di ordine fisico e psichico, con difficoltà di inserimento nella vita sociale attiva e nel mercato del lavoro, nonché i soggetti sottoposti a provvedimenti dell'autorità giudiziaria che rendono necessari interventi assistenziali*". In altre parole, tutti i soggetti in situazione di bisogno possono accedere alle prestazioni, ma verrà data precedenza ai soggetti meno abbienti e ad altri soggetti rispetto ai quali l'intervento socio-assistenziale è ritenuto necessario.

Tale impostazione (che trova fondamento anche nel testo costituzionale¹⁴⁴ e che, dal punto di vista sociologico, viene considerata come l'integrazione di teorie universalistiche

¹⁴³ V. *supra*, par. 3.4. Tale profilo ha costituito, per una lunga fase, un elemento di differenziazione fra il sistema socio-assistenziale e quello sanitario, caratterizzato invece da un universalismo "puro o assoluto". I problemi di rientro da disavanzo del bilancio pubblico, resi più stringenti dopo gli interventi dell'Unione europea in risposta alla crisi finanziaria iniziata nel 2008, e conseguenti "tagli alla sanità pubblica" hanno portato a una progressiva riduzione delle prestazioni totalmente a carico della finanza pubblica. Invero, sempre più prestazioni sanitarie sono oggi subordinate al pagamento di un ticket per tutti quei cittadini che hanno un reddito superiore a quello risultante dai relativi indicatori. Anche il servizio sanitario, pertanto, si sta sempre più avvicinando a un modello di universalismo cd. "selettivo". Sul punto significative sono le riflessioni di BALANDI G.G., *L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Lav. dir.*, 2, 2015, pp. 291-306, il quale osserva come la rimodulazione della "partecipazione alla spesa sanitaria", unita alla lunghezza delle liste d'attesa e alla differenza di qualità e ampiezza delle prestazioni tra regione e regione, costituisce un cocktail tale da garantire l'universalismo solo per "i servizi urgenti, quelli essenziali e per le patologie croniche più gravi" mentre "l'eguaglianza di condizioni di accesso e trattamento è gravemente contraddetta nell'esperienza quotidiana della tutela sanitaria in Italia. In altre parole (...) una evoluzione che contraddice il principio ispiratore originario: sotto la spinta di quella cosiddetta modernità che pretende l'aziendalizzazione risolutrice quasi taumaturgica di ogni problema, siamo ritornati ad accessi discriminati alla tutela della salute, come ai tempi del medico della mutua".

¹⁴⁴ Osserva correttamente MATTIONI A., *op. ult. cit.*, pp. 7 ss., come sia l'art. 32 della Costituzione ("la Repubblica (...) garantisce cure gratuite agli indigenti") sia l'art. 38 ("Ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all'assistenza sociale") offrono una

e utilitaristiche¹⁴⁵) per un verso fa sì che assuma particolare rilievo, un istituto, quale l'ISEE (“*Indicatore della situazione economica equivalente*”) che è stato di recente oggetto di un regolamento di riforma (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 5 dicembre 2013, n. 159¹⁴⁶); infatti, la situazione economica del potenziale beneficiario della prestazione rileva non solo per stabilire la priorità nell'accesso ai servizi forniti dal sistema integrato, ma anche per la determinazione della quota di compartecipazione ai costi del servizio¹⁴⁷.

Per altro verso, l'universalismo selettivo è strettamente connesso ad un altro principio su cui si basa il sistema integrato, quello della programmazione. Di tale principio, e di come esso si relazioni con quello dell'universalismo selettivo, si darà conto nel paragrafo che segue.

4.2. La programmazione come metodo di governo del sistema integrato.

Il principio della programmazione svolge un ruolo decisivo nella “tenuta” del sistema integrato delineato dalla legge quadro n. 328/2000, in quanto consente la coesistenza degli altri elementi che lo caratterizzano secondo quanto previsto da tale legge; a tal riguardo va sottolineato come l'art. 3 co. 1 faccia riferimento al “metodo della programmazione”¹⁴⁸ che è qualcosa di diverso (perché riguarda il modo d'essere e di funzionare del sistema nel suo complesso) dalla programmazione intesa come obiettivo, cioè come modo d'essere della funzione pubblica¹⁴⁹.

serie di indicazioni “*che consentono un'articolazione dell'universalità dei servizi che non preclude né la riduzione delle prestazioni offerte né la partecipazione differenziata a sostegno della loro erogazione*”. Nel senso che lo Stato sociale che emerge dalla Costituzione è uno stato necessariamente parsimonioso e, quindi, selettivo nella garanzia dei diritti, CORSO G., *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997, p. 31 e MOLASCHI V., *Sulla nozione di servizi sociali*, cit., p. 107. Si v. anche *supra*, par. 3.4.

¹⁴⁵ Cfr. GUIGLIA G., *Il diritto all'assistenza sociale*, cit., p. 190-191.

¹⁴⁶ L'aggiornamento delle modalità di determinazione e i campi di applicazione dell'ISEE erano stati previsti dall'art. 5 del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214.

¹⁴⁷ Interessante MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, p. 106, nella parte in cui sembra trovare - nelle previsioni che dispongono la compartecipazione degli utenti alle spese del servizio - conferma dell'idea secondo cui il dovere di solidarietà sociale ricavabile dalla Costituzione non sarebbe unidirezionale, bensì biunivoco.

¹⁴⁸ Si veda, sul tema, SABBIONI P., *Principi per la programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, pp. 106 ss.; PIOGGIA A., *op. ult. cit.*, pp. 183 ss.

¹⁴⁹ Su tale distinzione si veda SABBIONI P., *op. ult. cit.*, p. 141

Viene da se, quindi, che trattando della programmazione e del suo ruolo all'interno nel governo del sistema integrato, si dovrà fare riferimento ai principali "tratti caratterizzanti" di tale sistema.

Date tali premesse, il punto di partenza può essere rintracciato nell'esatta individuazione del significato di "sistema integrato", espressione fatta propria dalla legge n. 328/2000 già nel titolo ("*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*"); essa ha una pluralità di significati che può convenire tenere fra loro distinti, facendo riferimento a un tipo di integrazione che riguarda profili "soggettivi" e una integrazione che attiene a profili "oggettivi".

Quanto all'integrazione soggettiva, essa sta a indicare, in primo luogo, la partecipazione di più livelli di governo alla costruzione del sistema integrato ("integrazione soggettiva verticale").

Fra i principi generali l'art. 1 co. 3 fa riferimento al fatto che "*la programmazione e l'organizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali compete agli enti locali, alle regioni ed allo Stato ai sensi del decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, e della presente legge, secondo i principi di sussidiarietà, cooperazione*", mentre gli art. 6 ss. individuano le funzioni che spettano rispettivamente a comuni, province, regioni e stato relativamente alla *governance* dei servizi sociali.

Un coinvolgimento dei (diversi) di livelli di governo si ha in tutte le fasi di cui il sistema si compone, ma in modo particolare nella fase della programmazione che dovrebbe, pertanto, essere improntata dal rispetto dei principi di "*concertazione e cooperazione*"¹⁵⁰. Come accaduto anche in altri settori (soprattutto dopo che, a partire dagli anni '70, il processo di decentramento delle funzioni a favore degli enti locali ha portato a una moltiplicazione dei centri di produzione diretta di decisioni e di erogazione di servizi), anche nel settore assistenziale si è resa necessaria la previsione di diversi strumenti di programmazione di competenza dei diversi soggetti pubblici coinvolti: piano nazionale e piani regionali ex art. 18, piani di zona dei comuni ex art. 19 (alle - ex- province l'art. 7 riconosce non una vera e propria titolarità della funzione programmatica¹⁵¹, ma soltanto

¹⁵⁰ Art. 3, co. 2, lett. b. Il successivo comma prevede che la cooperazione fra i diversi livelli di governo possa avvenire anche attraverso il ricorso ai diversi accordi previsti dall'art. 2 comma 201 della legge 23 dicembre 1996, n. 662.

¹⁵¹ Cfr. SABBIONI P. *op. ult. cit.*, p. 143.

una funzione di “concorso” alla programmazione e di partecipazione alla definizione dei piani di zona¹⁵²).

Tale pluralità di strumenti di programmazione è stato uno dei profili più criticati della legge n. 328/2000, poiché da più parti considerato come un possibile ostacolo alla coerenza e all’omogeneità nelle scelte pubbliche¹⁵³.

Non è mancato tuttavia chi, in senso contrario, ha osservato come la “*tendenziale specializzazione dei diversi livelli di programmazione*” (in cui quella statale attiene ai livelli essenziali, quella regionale alle strategie dell’integrazione e i comuni definiscono operativamente la rete dei servizi e degli interventi sul territorio), dovrebbe escludere quelle farraginosità e sovrapposizioni tipiche della “programmazione a cascata”¹⁵⁴.

Sembra parimenti esprimersi in termini favorevoli all’impostazione seguita dalla legge quadro chi osserva come “*la programmazione come metodo di governo risulta idonea a garantire che si instaurino, tra livelli di governo indipendenti, rapporti capaci di unificare i diversi interventi salvaguardando l’esigenza costituzionale che il concorso di più enti per un fine unitario sia reso possibile nel rispetto della reciproca indipendenza*”¹⁵⁵.

Su tali profili ha chiaramente inciso la riforma del Titolo V della Costituzione posta in essere con la legge costituzionale n. 3/2001 che, riformando l’art. 117, ha modificato la competenza legislativa sulla materia da concorrente a esclusiva delle regioni.

Per vero, come già accennato, gli effetti di tale novità sono stati molto meno prorompenti di quelli che era lecito immaginarsi.

Dopo la riforma costituzionale, il dibattito su quale incidenza questa avrebbe prodotto sulla materia dei servizi sociali in generale (e sul sistema di pianificazione previsto dalla l. 328/2000 in particolare) si è sviluppato sotto diversi punti vista.

¹⁵² La funzione di “concorso” /degli enti territoriali) alla programmazione (regionale) era già stata prevista, in generale, dall’art. 11 del d.P.R. n. 616/1977; sulla difficoltà di individuare meccanismi di concorso alla programmazione, si veda SATTA F., *Art. 11*, in CAPACCIOLI E., SATTA F., *Commento al decreto 616 (D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616)*, Milano, 1989, p. 41

¹⁵³ POLICE A., *Regioni ed enti locali nell’assunzione e gestione dei servizi sociali: prove di sussidiarietà*, in *Rapporto sulla situazione del Servizio sociale*, a cura dell’EISS, Roma, 2001, p. 239; in senso analogo PREZIOSO A., 2000, *Legge quadro sui servizi sociali*, in *Studi Zancan*, n. 6, p. 6.

¹⁵⁴ SABBIONI P. *op. ult. cit.*, p. 147; lo stesso Autore osserva come a caratterizzare la programmazione dei servizi sociali, l’art. 3, co. 1, impone il metodo dell’operatività per progetti “*tesi a definire, non solo gli assi prioritari del programma, ma altresì le misure previste per la correlativa attuazione*”, che viene utilizzato in altri contesti in cui comunque il presupposto è sempre “*la limitatezza delle risorse erogabili*” e per fini “*la necessità del loro impiego per la soddisfazione di effettivi bisogni che possono essere apprezzati per lo più nelle sedi ove gli stessi si rendono evidenti, la coerenza tra i progetti e gli obiettivi della programmazione*”.

¹⁵⁵ MATTIONI A., *La legge quadro*, cit., p. 17.

Non solo si è posto il tema (a monte) della stessa sussistenza di un vincolo per le regioni di “costruire” sistemi regionali basati sul metodo/principio della programmazione¹⁵⁶; ma ci si è da più parti interrogati, se i compiti che la legge quadro attribuisce alla competenza dello Stato (art. 9), nonché se i contenuti del Piano nazionale (art. 18), siano ancor conformi alla nuova ripartizione di competenze legislative in materia¹⁵⁷.

Ad esempio, si è dibattuto su quale fosse l’effettiva incidenza sulla *governance* della materia dell’art. 117 Cost. lett. m, nuovo testo, che attribuisce alla competenza esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale.

In particolare ci si è chiesti se i “livelli essenziali” dovessero essere interpretati restrittivamente, nel senso di legittimare un intervento dello Stato limitato all’individuazione dei “contenuti” (essenziali) della prestazione; o se, diversamente, fosse possibile un’interpretazione più estensiva tale da consentire un intervento dello Stato anche sui “profili organizzativi”. Non vi è dubbio, infatti, che in taluni casi anche i profili “organizzativi” risultano strettamente connessi al contenuto dei livelli essenziali delle prestazioni e, quindi, all’eguale godimento dei diritti sociali su tutto il territorio nazionale (si pensi alla definizione dei requisiti per le autorizzazioni o per l’accreditamento delle strutture residenziali e semiresidenziali che, infatti, la legge quadro n. 328/2000, art. 9, attribuiva preliminarmente allo Stato, prevedendo un intervento successivo di regioni e comuni, sulla base delle previsioni statali)¹⁵⁸.

¹⁵⁶ In altre parole, ci si è chiesti se – anche dopo che legge 328/2000 era destinata a dismettere la sua natura giuridica di legge quadro - il metodo della programmazione fosse vincolante per le regioni anche in presenza di una sopravvenuta legislazione regionale. Nel senso che la programmazione come metodo di governo dei servizi sociali alla persona sia “suggerita” dalla Costituzione, e che quindi debba “sopravvivere” a prescindere da un vincolo giuridico per le regioni rinvenibile nella legge n. 328/2000, MATTIONI A., *op. ult. cit.*, pp. 15 ss.; più in generale, su come il principio della programmazione sia direttamente ricavabile dal testo costituzionale, cfr. TUCCI M., *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, 2003, pp. 61 ss.

¹⁵⁷ Per tutti, FINOCCHI GERSI R., *La legge quadro*, cit. p. 70 ss.

¹⁵⁸ Si veda sul punto FINOCCHI GERSI R., *op. ult. cit.*, p. 74 e ALBANESE A., *Diritto all’assistenza e servizi sociali*, cit. p. 108 ss. la quale, non solo con riguardo al profilo in questione, fornisce un’interpretazione del concetto di “livello essenziale” strettamente incentrata sui principi fondamentali contenuti nella prima parte della costituzione, in particolare quello di eguaglianza sostanziale. La stessa Autrice osserva come la questione della legittimità di un intervento statale sui profili organizzativi, ancorché strettamente connessi a quelli “contenutistici” dei livelli essenziali delle prestazioni da garantire su tutto il territorio nazionale, sia una questione molto controversa che richiede un difficile bilanciamento fra il rischio di ingerenze indebite della normativa statale in un ambito che la Costituzione affida alle Regioni e la necessità di assicurare un trattamento uniforme su tutto il territorio nazionale. Inevitabile, quindi, che in dottrina si siano registrate posizioni controverse.

Si tratta di profili ampiamente dibattuti nei primi anni successivi all'entrata in vigore della legge quadro e, soprattutto, alla riforma costituzionale del 2001 che, tuttavia, hanno via via perso centralità nel dibattito scientifico; ciò in considerazione del fatto che, come ricordato, la diversa ripartizione della competenza legislativa in materia non ha prodotto quegli "scossoni" che era lecito aspettarsi¹⁵⁹. In altre parole, nel settore dei servizi sociali sembra esser prevalso un rapporto poco o nulla conflittuale fra il livello di governo regionale e quello statale; tuttavia, più che da una "governance condivisa", ciò è parso dipendere principalmente dalla minor attenzione che, da sempre, è stata dedicata a tale settore rispetto ad altri, anche affini, quale quello sanitario.

Ciò pare trovare conferma, da un lato, nell'atteggiamento della maggior parte dei legislatori regionali che, anche in assenza di un vincolo giuridico, hanno continuato a fare riferimento all'impostazione della legge n. 328/2000, spesso espressamente richiamata; dall'altro, dall'inerzia del livello di governo nazionale che, dopo il Piano nazionale del 2001-2003, non è più intervenuto nemmeno per definire il contenuto dei livelli essenziali delle prestazioni.

Diversa, per quanto connessa, è la questione relativa alla possibilità di individuare nella "tutela della concorrenza" un strumento ulteriore (rispetto alla determinazione dei livelli essenziali) per legittimare un intervento del legislatore statale sulla regolamentazione dei servizi sociali (profilo che riguarda, soprattutto, l'individuazione delle *modalità di gestione* dei servizi sociali)¹⁶⁰.

Tornando al tema dell'integrazione, sempre nel tentativo di definirne il significato con riguardo al suo profilo soggettivo, è ravvisabile, in secondo luogo, anche una variante "orizzontale" che si riferisce alle diverse disposizioni della legge quadro che vanno nel senso di favorire l'operatività di operatori privati - soprattutto del terzo settore - nelle varie fasi di cui il sistema integrato si compone¹⁶¹.

La legge quadro, infatti, in continuità sul punto con il d.lgs. n. 112/1998 e più in generale con la concezione di *welfare* che anche a livello dottrinale si era affermata in

¹⁵⁹ Come del resto testimoniato anche dall'esiguo numero di pronunce della Corte Costituzionale riguardanti conflitti fra Stato e regioni in materia di servizi sociali alla persona.

¹⁶⁰ Il tema verrà affrontato successivamente, nello specifico al par. 8.2

¹⁶¹ A tal riguardo, in coerenza con la legge 328/2000, il *Piano Nazionale Sociale 2001-2003* parla di promozione di un "*Welfare delle responsabilità*", ovvero di un *Welfare* che può essere definito plurale, perché costruito e sorretto da responsabilità condivise, in una logica di sistema allargato di governo, che valorizzi il federalismo solidale (non solo i diversi livelli di governo e gli operatori privati, *in primis* quelli del privato sociale) ma anche, più in generale, le comunità locali, le famiglie, le persone, le Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza sono considerati "soggetti attivi delle politiche sociali".

quegli anni, non è orientata solamente verso un *welfare* sempre più municipale¹⁶²; ma anche nel senso di favorire una sempre più attiva partecipazione degli operatori privati nelle diverse fasi di costruzione del sistema (resa necessaria anche dalla crisi economica e finanziaria dello Stato sociale che impone di far ricorso anche a risorse private¹⁶³).

Del resto, nel periodo storico in cui fu approvata la legge quadro, era molto diffusa - sia nel dibattito accademico che politico - l'idea che il decentramento territoriale dovesse essere accompagnato da forme di aperture ai privati¹⁶⁴, in particolare al terzo settore, nell'esplicamento dei doveri di solidarietà imposti dal testo costituzionale, cui si è fatto riferimento attraverso le note espressioni di *welfare mix* o *welfare society*¹⁶⁵.

Queste tematiche verranno riprese in seguito, quando si tratterà del principio di sussidiarietà orizzontale nel settore dell'assistenza sociale e di come esso incida sul rapporto fra una necessaria presenza e responsabilità dei soggetti pubblici e la maggiore "apertura" ai privati rinvenibile nella legge quadro del 2000¹⁶⁶.

In questo contesto è sufficiente sottolineare come sia proprio il metodo della programmazione, così come da tempo accade nel settore sanitario¹⁶⁷, a rendere possibile l'inserimento di operatori privati nella fase operativa (*rectius*, nella filiera di fornitura dei servizi) nel sistema pubblico di erogazione di prestazioni sociali; solo la programmazione come metodo di governo consente, infatti, la pluralità di operatori (pubblici e privati) nell'erogazione di prestazioni per conto e a carico del sistema pubblico¹⁶⁸, sia per quanto

¹⁶² In quanto sia le competenze operative - *rectius*, l'erogazione del servizio - sia la "regia" delle azioni dei diversi attori rimangono allocate a livello di governo più vicino alla popolazione Non sono mancate, tuttavia, critiche alla legge quadro proprio su tale profilo; è stato sottolineato, infatti, come essa attribuisca nuovamente competenze in materia allo Stato ponendosi così in contrasto con la legge n. 59/1997 che aveva maggiormente valorizzato il ruolo delle autonomie; in tal senso, FRANCHI SCARSELLI G., *Una lettura critica della legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in *San. pubbl.*, 2000, p. 1427.

¹⁶³ In realtà, come dovrebbe essersi evinto dai primi paragrafi di questa ricerca, l'utilizzo di risorse private per il raggiungimento di finalità pubbliche (o di interesse generale) è stata una costante delle politiche pubbliche in materia di assistenza. La stessa introduzione del principio della libertà di assistenza privata all'art. 38 della Costituzione, sembra esser stata finalizzata principalmente a favorire/incentivare l'apporto di risorse private nel settore (cfr. CAVALERI P., *L'assistenza tra disciplina pubblica*, cit., pp. 147 ss.

¹⁶⁴ Sullo stretto collegamento fra sussidiarietà orizzontale e verticale, cfr. ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 120, secondo cui tale legame non riguarda la coincidenza di contenuti, quanto piuttosto "l'interrelazione delle rispettive modalità e sfere di applicazione e di realizzazione, che conferma e rinforza il compito dei pubblici poteri ai fini della garanzia dei diritti sociali, e fra questi ultimi in particolare del diritto all'assistenza".

¹⁶⁵ Quest'ultima espressione è di ANTONIMI L., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: dal Welfare State alla Welfare Society*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1999, p. 99 ss.; sul passaggio dal *Welfare State* al *Welfare Mix* in una prospettiva sociologica, FAZZI L., *La privatizzazione dei servizi socioassistenziali in Italia: primi effetti di una riforma "ibrida"*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1996, pp. 55 ss.

¹⁶⁶ Si rinvia a quella parte del lavoro, in particolare par. 6.1, la descrizione del ruolo che tale legge riconosce ai soggetti privati sia nella fase di programmazione sia in quella di erogazione dei servizi.

¹⁶⁷ *Infra*, parte II, par. 2 ss.

¹⁶⁸ Cfr. TUCCI M., *op. ult. cit.*, pp. 61 ss.

attiene al controllo della spesa, sia relativamente alla soddisfazione dei bisogni degli individui (in termini, cioè, di coordinamento dell'offerta e di sua corrispondenza alla domanda).

Da ciò consegue come anche un altro principio cardine della legge quadro, che verrà ripreso nei successivi paragrafi, quello della libera scelta dell'utente al momento di individuare il soggetto (pubblico o privato) da cui ricevere la prestazione, sia strettamente collegato al metodo della programmazione; non sembra casuale, quindi, che tale principio venga affermato, in via generale, nell'art. 3 della legge n. 328/2000 (co. 4), dedicato proprio al principio di programmazione¹⁶⁹.

Come anticipato, all'espressione "sistema integrato" può attribuirsi un significato ulteriore, che ne mette in risalto una valenza "oggettiva", in quanto relativa all'oggetto delle prestazioni fornite dal sistema stesso.

Fra gli obiettivi della programmazione, l'art. 3 richiama, infatti, il "*coordinamento e l'integrazione con gli interventi sanitari e dell'istruzione nonché con le politiche attive di formazione, di avviamento e di reinserimento al lavoro*". In dottrina si è osservato come la scelta dell'integrazione fra competenze amministrative diverse non sia un dato meramente organizzativo, volto soltanto a migliorare l'efficienza dei servizi erogati, ma "*una scelta conseguente e strettamente correlata alla stessa concezione adottata di servizi sociali*"¹⁷⁰.

Con riguardo al rapporto fra l'attività socio-assistenziale e le prestazioni sociali alla cui erogazione sono finalizzati gli altri settori richiamati, il metodo della programmazione consente di evitare non solo sovrapposizioni fra le rispettive prestazioni, ma anche lacune nella tutela dei diritti sociali, garantendo un sistema di *welfare* che, per quanto possibile, sia in grado di affrontare nel modo più completo e onnicomprensivo le situazioni di bisogno in cui chiunque può venirsi a trovare nel corso della vita.

Tali profili verranno più approfonditamente ripresi nel capitolo dedicato al processo di integrazione socio-sanitaria, che fra tutte le possibili integrazioni (oggettive) di attività, è quello sui cui si è maggiormente concentrata l'attenzione dei *policy makers*.

In questa parte del lavoro è sufficiente osservare come il principio della programmazione, pur caratterizzando le politiche e le strutture di *governance* anche di altri

¹⁶⁹ Art. 3 co. 4 l. n. 328/2000 "*I comuni, le regioni e lo Stato promuovono azioni per favorire la pluralità di offerta dei servizi garantendo il diritto di scelta fra gli stessi servizi e per consentire, in via sperimentale, su richiesta degli interessati, l'eventuale scelta di servizi sociali in alternativa alle prestazioni economiche, ad esclusione di quelle di cui all'articolo 24, comma 1, lettera a), numeri 1) e 2), della presente legge, nonché delle pensioni sociali di cui all'articolo 26 della legge 30 aprile 1969, n. 153, e successive modificazioni, e degli assegni erogati ai sensi dell'articolo 3, comma 6, della legge 8 agosto 1995, n. 335*".

¹⁷⁰ ALBANESE A., *op. ult. cit.* p. 139.

settori del welfare (sanità, educazione, formazione professionale etc.), assuma in quello socio-assistenziale una rilevanza particolare. Infatti, il carattere “residuale” di tale settore e delle relative attività (già tipico del periodo crispino e oggi ricavabile già dalla stessa definizione di servizio sociale fatta propria dalla legge quadro), rende ancor più decisiva la presenza di strumenti di coordinamento con gli altri interventi di *welfare*¹⁷¹.

Ma sembra ravvisarsi un’ulteriore ragione per cui la “residualità” dell’assistenza sociale faccia sì che il governo del settore attraverso il metodo della programmazione risulti ancor più indispensabile.

Tale carattere dell’assistenza, infatti, implica una necessaria eterogeneità sia delle attività oggetto dei servizi, sia dei fini cui esse sono rivolte¹⁷².

Del resto, tale eterogeneità da sempre caratterizza il settore in questione, solo che in un primo momento essa trovava espressione nel carattere settoriale e categoriale dell’assistenza (e forse contribuiva a rendere “necessario” tale carattere); con il passaggio alla concezione moderna di servizio sociale, l’eterogeneità delle relative prestazioni non viene meno, ma sembra manifestarsi in forma diversa.

In altri termini, tale carattere delle prestazioni sociali non incide più sui profili “esterni” della nozione/categoria del servizio sociale; tale espressione identifica, infatti, tutte le prestazioni rivolte ad affrontare situazioni di bisogno diverse da quelle di cui si occupa il settore sanitario, quello dell’istruzione etc. Ma incide su quelli interni, facendo sì che non sempre sia agevole identificare un regime giuridico unitario per tutte quelle prestazioni, fra loro differenti per oggetto e per fini, ma comunque riconducibili alla nozione di servizio sociale in senso stretto¹⁷³; allo stesso modo, non sempre le soluzioni organizzative o funzionali preferibili per un tipo di servizio lo sono anche per un altro: si pensi, ad esempio, alle differenze fra assistenza agli anziani e tossicodipendenza.

In tale contesto, il metodo della programmazione risulta necessario per dare coerenza e omogeneità a tali differenze e, in ultima istanza, quale garanzia di effettiva rispondenza del sistema assistenziale ai bisogni degli individui; serve, cioè, ad assicurare che l’eterogeneità delle prestazioni che normalmente vengono ricomprese fra i servizi sociali rappresenti un valore aggiunto nel senso di maggiore corrispondenza ai bisogni

¹⁷¹ In tal senso PIOGGIA A. *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., pp. 183 ss.

¹⁷² Fermo restando l’obbiettivo di fondo di affrontare le situazioni di bisogno e, quindi, di dare attuazione agli obiettivi di eguaglianza sostanziale e solidarietà imposti dalla Costituzione, sono evidenti le differenze fra l’assistenza agli anziani, alle famiglie, ai minori, ai poveri, ai portatori di disabilità, ai tossicodipendenti etc.

¹⁷³ ALBANESE A., *op. ult. cit.* p. 141.

dell'individuo, e non un fattore che, al contrario, contribuisca ad affievolire la tutela dei diritti sociali.

Per concludere questa rapida disamina di come il principio della programmazione incida sulla *governance* dei servizi sociali, va detto qualcosa sui già accennati legami tra tale principio e l'altro principio esaminato in precedenza, quello dell'universalismo selettivo.

Come già accennato, tali principi non si muovono su binari paralleli, ma sono legati da un'evidente strumentalità: la stretta relazione fra mezzo (programmazione), fine (interventi non frammentari che siano effettivamente tali da assicurare la garanzia dei livelli essenziali delle prestazioni di chiunque si trovi in stato di bisogno) e modalità di perseguimento del fine (che deve essere tale da assicurare il controllo della spesa e una sua distribuzione ragionevole, efficiente, efficace etc.), è evidente. Infatti, la programmazione, se svolta in modo accurato e collaborativo dai diversi livelli di governo coinvolti, consente di massimizzare il rapporto fra le risorse investite e la tutela dei diritti sociali.

Il metodo della programmazione può essere definito, pertanto, come il "collante" dei principali principi e istituti su cui si basa la legge quadro n. 328/2000, fatto proprio anche in tutti gli ordinamenti regionali di settore.

Da ultimo, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ne ha ricordato un fine ulteriore. Proprio con riguardo al settore dei servizi sociali, è stata osservata la rilevanza della programmazione quale "*strumento fondamentale per garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, la concorrenza nel mercato e, per tali vie, prevenire la corruzione e garantire il corretto funzionamento della macchina amministrativa*"¹⁷⁴.

5. Servizi sociali e servizi pubblici: elementi di differenziazione in punto di categorie giuridiche.

Nei precedenti paragrafi, dedicati ai principi dell'universalismo selettivo e della programmazione, si è cercato di fare riferimento anche agli altri tratti caratterizzanti il sistema integrato delineato legge quadro n. 328/2000; ciò in ragione del fatto che la legge quadro, anche dopo la riforma del Titolo V, continua a essere un riferimento per i legislatori regionali.

¹⁷⁴ Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) documento di consultazione del 6 luglio 2015, "*Linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*".

Nei successivi paragrafi di questo capitolo si vedrà quali sono state e quali siano tutt'ora le soluzioni predisposte dal legislatore per regolare il rapporto fra il soggetto (pubblico) titolare del servizio e i privati che vengono “coinvolti” nell'erogazione di servizi socio-assistenziali per conto (e in parte a carico) del sistema integrato; tale problematica verrà poi analizzata (nei successivi capitoli) anche nel contesto della regolamentazione di diritto europeo.

Prima di procedere in tale direzione è necessario, però, affrontare altri due temi, cui peraltro si è già fatto riferimento: da un lato, la (controversa) riconducibilità alla categoria del servizio pubblico delle prestazioni assistenziali rientranti fra i compiti di un soggetto pubblico.

Dall'altro, occorre analizzare un altro principio cardine della l. n. 328/2000 (ma che centrale importanza riveste anche nelle leggi regionali che a essa fanno riferimento), ossia quello di sussidiarietà orizzontale; ciò allo scopo di verificare la sua effettiva incidenza sulla *governance* dei servizi sociali¹⁷⁵.

5.1. Le prestazioni assistenziali come servizio pubblico.

Si è già dato conto di come la nuova definizione di beneficenza pubblica introdotta nel 1977 abbia comportato il superamento del carattere discrezionale della stessa e, di conseguenza, il superamento della distinzione fra beneficenza e assistenza.

Si è data una lettura di questo processo come un “avvicinamento” dell'attività assistenza, connessa a funzioni pubbliche, alla categoria del servizio pubblico; nozione che, nel frattempo, si andava evolvendo e specificando¹⁷⁶, ma che aveva ormai trovato pieno riconoscimento come categoria giuridica¹⁷⁷.

Nella stessa direzione sono certamente andate quelle previsioni legislative che hanno disciplinato i modelli organizzativi per la gestione dei servizi pubblici locali, ricomprendendo fra questi non solo i classici servizi pubblici locali a “*contenuto economico-produttivo*”¹⁷⁸, ma anche i servizi privi di rilevanza imprenditoriale, fra cui i

¹⁷⁵ *Infra*, par. 6.

¹⁷⁶ La bibliografia sulla nozione di servizio pubblico è sterminata; si rinvia per tutti a VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 2008; CAIA G., *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, pp. 923 ss.; FERRARI E., *I servizi sociali*, cit., pp. 108 ss; MERUSI F., *Servizio pubblico (voce)*, in *Nov. Dig. It.*, XVI, 1970, pp. 215 ss.; POTOTSHING U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964 e alla bibliografia ivi richiamata.

¹⁷⁷ Si v. sul punto FERRARI E., *op. ult. cit.*, pp. 147 ss.

¹⁷⁸ L'espressione in corsivo, che verrà più volte utilizzata nel corso del testo, è ripresa da CAIA G., *La disciplina dei pubblici servizi*, cit.

servizi alla persona¹⁷⁹; tali interventi vanno letti congiuntamente ai decreti di trasferimento di funzioni alle regioni del 1977 e del 1998 con cui si è provveduto all'attribuzione delle funzioni amministrative in capo ai comuni e all'introduzione della definizione di servizio sociale in senso stretto ad opera del d.lgs. n. 112/1998, poi fatta propria dalla legge quadro del 2000.

Tale acquisizione non intende, tuttavia, dare per risolta una questione alquanto controversa in dottrina; e cioè, se in chiave di inquadramento giuridico, servizio pubblico e servizio sociale possano essere considerati unitariamente o vadano tenuti distinti.

Infatti, a chi si orienta nel senso di ricondurre i servizi sociali alla “*composita ma unitaria*”¹⁸⁰ categoria del servizio del pubblico servizio¹⁸¹, si contrappone chi ritiene che le peculiarità che caratterizzano i servizi sociali siano tali da richiedere una considerazione separata rispetto ai servizi pubblici “classici” (quelli cioè tradizionalmente considerati a “contenuto economico-produttivo”, quali energia, trasporti, acqua, rifiuti etc.)¹⁸².

In questo paragrafo ci si limiterà dare conto delle diverse posizioni, corredandole eventualmente da alcune riflessioni critiche, nella consapevolezza che prendere una posizione sul punto richiederebbe approfondimenti ulteriori e specifici.

a. I destinatari delle prestazioni.

La prima peculiarità dei servizi sociali in senso stretto che potrebbe portare a differenziarli dai servizi pubblici riguarda i destinatari dei relativi interventi.

Come noto, elemento necessario del servizio pubblico - oltre al trattarsi di attività messa a disposizione del pubblico, cioè, a soddisfare i bisogni della collettività¹⁸³ - è che

¹⁷⁹ *Infra*, par. 8 ss. Interessante l'osservazione di GUIGLIA G., *Il diritto all'assistenza sociale*, cit., p. 120, secondo cui le leggi n. 142 e 241 del 1990, mutando il rapporto tra cittadino e PA, hanno favorito l'accentuazione del carattere protensivo delle prestazioni sociali.

¹⁸⁰ CAIA G. *op. ult. cit.*, p. 975.

¹⁸¹ *Ibidem*. In tal senso anche VILLATA R., *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 3, 2003, p. 506. Simile sembra la posizione di ROMANO A., *Profili della concessione*, cit. p. 470 secondo cui, riferendosi all'istruzione e alla sanità, non potrebbe certo negarsi la qualifica di servizio pubblico, pur se “*in essi non sono rilevabili tutti i tratti caratteristici individuabili*” nei servizi pubblici a contenuto economico produttivo; nello stesso senso sembrano orientarsi POLICE A., GIULIETTI W., *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. pubbl. app.*, 4, 2004, pp. 831 ss, che, se da un lato riconoscono che i servizi sociali dovrebbero essere ricondotti nella nozione di servizio pubblico, osservano come “*Quella dei servizi sociali dovrebbe così costituire una categoria unitaria, l'unica a potersi contrapporre a quella dei servizi di rilevanza economica, nel senso di consentire gestioni in deroga alla disciplina posta a tutela della concorrenza*”. Si rinvia a tale lavoro anche per gli interessanti richiami ai tentativi inizialmente fatti dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese di sviluppare una nozione di servizio sociale come specie a se stante dal servizio pubblico.

¹⁸² Le diverse posizioni della dottrina, che non riguardano solo l'assistenza sociale ma tutti i servizi sociali in senso ampio (sanità, istruzione etc.) saranno richiamate nel corso della trattazione.

¹⁸³ *Ex multis*, ROMANO A., *op. ult. cit.*, p. 468; CAIA G., *Funzione pubblica e servizio pubblico*, cit., pp. 945 ss.; POLICE A., *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 79 ss.; GIGLIONI F., *Osservazioni sulla evoluzione*, cit., pp. 2265 ss.

esso sia rivolto a un’*“indifferenziata generalità dei cittadini, a prescindere dalla loro particolare condizione”*¹⁸⁴.

Tale requisito potrebbe sembrare non presente nei servizi sociali che, come noto, sono rivolti solo a coloro i quali si trovano in una particolare condizione di bisogno; in realtà così non è.

Per un verso, va osservato come il *carattere universale* (inteso come servizio rivolto *in concreto* a tutti i cittadini) non sia elemento qualificante della nozione di pubblico servizio; non si esclude cioè che determinate prestazioni possano essere messe a disposizione di una fascia ristretta¹⁸⁵ (purché ciò avvenga nel rispetto dei principi fondamentali che disciplinano l’attività legislativa e/o amministrativa), senza che ciò costituisca fattore ostativo alla qualificazione come “servizio pubblico”.

Per altro verso, i servizi sociali solo in concreto non si rivolgono a un’indifferenziata generalità di cittadini; ragionando in astratto, invece, tale condizione è presente anche per queste attività.

Sul punto occorre riprendere quanto detto a proposito del settore dell’assistenza; con riferimento a esso, si è detto del superamento del suo carattere “categoriale” nel senso di un “universalismo selettivo”, in virtù del quale nessun rilievo ha, oramai, l’appartenenza a una determinata categoria¹⁸⁶.

Ciò è stato realizzato introducendo come requisito necessario d’accesso, una particolare condizione e cioè la situazione di bisogno, intesa come momento di difficoltà in cui qualunque cittadino potrebbe venirsi a trovare nel corso della vita.

Si può affermare, pertanto, che anche i servizi sociali, almeno in astratto, si rivolgono a tutti i cittadini perché la situazione di bisogno non è legata all’appartenenza a una determinata categoria, ma alle vicissitudini che chiunque potrebbe trovarsi ad affrontare nel corso della vita.

b. Non economicità relativa e capacità di vivere nel mercato.

Una seconda peculiarità dei servizi sociali che ha tradizionalmente contribuito a una loro considerazione separata dai servizi pubblici, è rinvenuta nella loro “non economicità”,

¹⁸⁴ Corte cost. n. 325/2010

¹⁸⁵ Questa affermazione, trova spesso riscontro nella giurisprudenza amministrativa; si veda, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2012, n. 6488, p. 17), secondo cui “*La natura di servizio pubblico non è esclusa dal fatto che il porto turistico non è utilizzato da una collettività indifferenziata, ma da una fascia ristretta di utenti, atteso che si tratta comunque di un servizio rivolto ad un numero indeterminato di soggetti, verso corrispettivo*”.

¹⁸⁶ V. *supra*, par. 3.4.

intesa come loro elevato “costo unitario” tale da rendere difficoltosa una loro gestione secondo criteri di remuneratività.

Causa principale di tale non economicità è il carattere non industriale e non standardizzato delle prestazioni socio-assistenziali.

Tale profilo dipende dal loro carattere personale, anche se il loro grado di non economicità è variabile fra i diversi servizi che presentano un carattere personale. In altri termini, se i servizi che non presentano carattere personale - in quanto diretti a soddisfare esigenze degli utenti piuttosto omogenee sotto il profilo qualitativo¹⁸⁷ - avranno a oggetto prestazioni sostanzialmente standardizzate e quindi suscettibili di produzione industriale¹⁸⁸, non è, tuttavia, completamente vero il contrario.

Vi sono servizi, come alcune attività che compongono il servizio sanitario¹⁸⁹, che per quanto consistenti in prestazioni professionalizzate e personali tali da richiedere un certo grado di “individualizzazione”, sono suscettibili - grazie soprattutto alle evoluzioni della tecnica - di un sempre più elevato livello di standardizzazione. Questo non li rende remunerativi come i servizi industriali, ma certamente attenua la loro non economicità.

Diversamente, i servizi socio-assistenziali (ma lo stesso vale per quelli socio-sanitari) - sebbene anche per queste prestazioni sia sempre più avvertita l’esigenza di individuare standard operativi che garantiscano maggiore certezza e prevedibilità sia con riguardo all’*an* che al contenuto della prestazione¹⁹⁰ - continuano a contraddistinguersi per prestazioni non solo personali, ma anche personalizzate, che richiedono, cioè, uno specifico “adattamento” alla situazione di bisogno del singolo¹⁹¹, anche per quanto attiene alle modalità (tecniche) di erogazione¹⁹².

¹⁸⁷ SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2012, p.163.

¹⁸⁸ *Ibidem*; si veda anche MOLAASCHI V., *op. ult. cit.*, p. 110-111 che distingue fra la connotazione personale della solidarietà nei servizi sociali in senso lato, e quella “universalizzante” dei servizi pubblici in cui il rapporto personale appare “marginale quando non del tutto assente”.

¹⁸⁹ *Contra* ALBANESE A., *Diritto all’assistenza*, cit., p. 137.

¹⁹⁰ *ID.*, *op. ult. cit.*, p. 142 ss. che ricollega questa esigenza di maggiore “standardizzazione” delle prestazioni, da un lato alla necessità di ridurre l’ampia discrezionalità che, anche dopo l’entrata in vigore della Costituzione, ha caratterizzato le decisioni dell’amministrazione pubblica su tale materia, costituendo una delle principali ragioni della considerazione del diritto all’assistenza (come di altri diritti sociali) come diritto “minore” la cui tutela è soggetta ad ampi margini di incertezza; dall’altro, all’esigenza - ricavabile dall’art. 3 e dall’art. 117, co. 2, lett. m, Cost. - di garantire l’uniformità delle prestazioni a livello nazionale.

¹⁹¹ PIOGGIA A., *op. ult. cit.*, pp. 171 ss.; cfr. anche ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 137 che, non solo considera questo carattere dei servizi sociali una delle cause che ha portato a considerare l’assistenza un settore “secondario”; ma sarebbe anche una delle ragioni che rende necessario il processo di integrazione con altre tipologie di prestazioni.

¹⁹² Come noto, nei servizi sociali il livello di utilizzo di strumenti tecnologici è molto ridotto, rimanendo assolutamente prevalente l’attività “personale” degli operatori sanitari. Si tratta, nella terminologia organizzativa, di servizi *labour intensive* (v. *infra*, cap. III, par. 5 ss.).

Tale non economicità dei servizi socio-assistenziali potrebbe portare a concludere nel senso della loro esclusione quale categoria giuridica del servizio pubblico in quanto fra i caratteri necessari per qualificare un'attività come servizio pubblico viene ormai pacificamente inclusa anche la capacità di “vivere nel mercato”¹⁹³, cioè di ricorrere a moduli gestionali tali da assicurare la copertura dei costi e di un margine per gli investimenti da realizzare attraverso le entrate e, quindi, il rispetto di vincoli di economicità¹⁹⁴.

Se tale capacità di vivere sul mercato del servizio pubblico viene intesa in modo “assoluto” (“nel senso che i suoi prodotti devono essere acquistati dagli utenti, e che il suo equilibrio finanziario deve essere raggiunto mediante l'acquisizione dei relativi corrispettivi”¹⁹⁵), la conclusione di cui sopra appare inevitabile. Infatti, i servizi socio-assistenziali erogati dal sistema pubblico (così come quasi tutti i servizi sociali in senso lato), a causa del loro elevato costo unitario (*supra*) e della volontà politica di “superare” i fallimenti del mercato garantendo l'accesso anche a coloro che non sarebbero in grado di sopportare il loro costo, non sono normalmente forniti al prezzo corrispondente al loro effettivo costo. In altre parole, la partecipazione dell'utente ai costi del servizio mediante il pagamento di una tariffa (normalmente prevista), non è mai totale; di una parte dei costi si fa carico il soggetto pubblico titolare del servizio o, comunque, responsabile del relativo finanziamento.

Tuttavia, il ragionamento da seguire pare più articolato e dovrebbe portare a escludere che la non economicità che caratterizza la gestione dei servizi sociali sia

¹⁹³ L'espressione è ripresa da ROMANO A., *op. ult. cit.*, p. 469.

¹⁹⁴ Si veda, per tutti, CAIA G., *La disciplina dei pubblici servizi*, cit., p. 959 il quale correttamente osserva come il rispetto del principio di economicità nella gestione dei servizi pubblici non trovi conferma in un'unica previsione generale, ma lo si ricavi da una serie di specifiche riferite a specifiche categorie di servizi che costituiscono “elementi sintomatici” di tale principio; fra queste, merita menzione l'art. 43 Cost. che ha portato la Corte Costituzionale ad affermare che “*tutti i servizi pubblici essenziali devono essere organizzati e gestiti in forma di impresa*” (con le note sentenze pronunciate sul finire degli anni '80, n. 303 e 1104 del 1988). In dottrina si vedano anche GALGANO F., *Rapporti Economici*, art. 41-44, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Tomo II, Bologna/Roma, 1982; PIOGGIA A., *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato: un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1995, pp. 567 ss.; CORSO G., *La gestione dei servizi locali*, cit., pp. 21 ss.

Oltre alle previsioni richiamate da Caia come indici sintomatici del necessario rispetto di un principio di economicità nella gestione e nell'organizzazione dei servizi pubblici (e a quelle successivamente introdotte dello stesso tenore, per tutti cfr. art. 4 co. 5 legge 14 settembre 2011, n. 148), potrebbe oggi sembrare opportuno un richiamo al (nuovo) art. 97 co. Cost., secondo cui “*Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico*”.

¹⁹⁵ ROMANO A., *op. ult. cit.*, p. 469.

incompatibile con il rispetto dell'opposto principio (e quindi ostativa a una considerazione unitaria di servizi pubblici e sociali).

In primo luogo, va osservato come una capacità di vivere sul mercato intesa in senso assoluto non appartiene nemmeno ai servizi pubblici a contenuto economico-produttivo, per quanto nella gestione di tali servizi la maggior parte dei costi vengano recuperati dai corrispettivi degli utenti¹⁹⁶; l'istituto di matrice europea, ormai pienamente assimilato nel nostro ordinamento, dell'obbligo di servizio pubblico e della relativa compensazione corrisposta da un soggetto pubblico¹⁹⁷, serve proprio a "veicolare" l'intervento pubblico in risposta a eventuali fallimenti del mercato¹⁹⁸ (intesi come inadeguatezza del mercato alla stregua di una valutazione di carattere politico che fissa degli obiettivi estranei alla logica del mercato)¹⁹⁹.

In secondo luogo, la non economicità che caratterizza l'erogazione dei servizi sociali, non sembra escludere a priori il rispetto di vincoli di economicità e quindi la capacità del servizio di stare sul mercato; ciò in quanto il rispetto di tali vincoli venga valutato dal punto di vista di chi eroga il servizio (e non dal punto di vista del "sistema" nel suo complesso). Infatti, chi normalmente dovrebbe farsi carico di tale non economicità non è il soggetto che gestisce e organizza il servizio, ma l'amministrazione titolare del servizio che *"si deve porre come utente collettivo garantendo la copertura integrale dei costi"*²⁰⁰.

L'ente pubblico, cioè, interviene facendosi (finanziariamente) carico della finalizzazione sociale del servizio, sgravando di questi costi la struttura che gestisce il servizio che, anche nei sempre più rari casi in cui non è prevista alcuna partecipazione ai

¹⁹⁶ Lo stesso Autore da ultimo richiamato, dopo aver chiarito cosa intende per capacità di vivere sul mercato, precisa come talvolta essa sia presente solo in parte perché *"nella gestione dei servizi pubblici è frequente la presenza di vari fattori che possano distorcere la pura logica imprenditoriale, a cominciare dagli oneri sociali che possono essere addossati al gestore, e dai prezzi che per analoghe ragioni possono essergli imposti"*. L'Autore parla di "imprenditorialità almeno tendenziale o anche solo potenziale" anche se precisa come il fatto *"che il gestore del servizio pubblico debba trovare nel mercato un recupero dei suoi costi, anche se talvolta esso non sia totale, è un dato che di per sé non esclude, e che anzi, d'altra parte sollecita, un suo orientamento al mercato che viceversa sia completo"*.

¹⁹⁷ V. *infra*, cap. II, par. 1.2 e 6.

¹⁹⁸ Chiaramente rimangono delle differenze fra i servizi pubblici a contenuto economico-produttivo e i servizi sociali. In primo luogo, mentre nei primi l'assunzione degli oneri di erogazione antieconomica è funzionale all'espletamento della libera concorrenza, nei servizi sociali tale assunzione ha una finalità prettamente "sociale" anche in considerazione del fatto che, normalmente, in tali settori le regole della concorrenza non operano proprio perché gestiti secondo logiche pubblicistiche/solidaristiche. Tali profili verranno approfonditi nei successivi paragrafi, in particolare par. 8.3.

¹⁹⁹ Cfr. TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui "nuovi" servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2002, p. 954. In termini simili anche BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI e G.GRECO (diretto da) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, pp. 1797 ss.

²⁰⁰ CAIA G., *La disciplina dei pubblici servizi*, cit. 959 ma in termini simili e con specifico riferimento ai servizi sociali, cfr. anche CAIA G., *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *San. pubbl. priv.*, 4, 2004, pp. 355 -372.

costi dell'utente, deve rispettare l'equilibrio di bilancio fra costi e ricavi (nei quali rientrano appunto, oltre alle tariffe corrisposte dagli utenti, la parte di costi di cui si fa carico l'Amministrazione titolare del servizio).

Quanto detto dovrebbe valere sia nel caso in cui l'erogatore del servizio sia un soggetto privato, sia che si tratti di soggetto pubblico e a prescindere dalla sua forma giuridica²⁰¹, purché si tratti di soggetto distinto²⁰² da quello tenuto a "finanziarie" il servizio.

Di modo che pare possibile concludere nel senso che per il soggetto (pubblico o privato che sia) incaricato di erogare prestazioni assistenziali, *"il servizio pubblico ancorché sociale presenta rilievo economico in senso relativo"*²⁰³.

Se così intesa, la capacità dei servizi pubblici di stare sul mercato, di essere sottoposti a vincoli di economicità, da autorevole dottrina ritenuta "tipizzante" per i servizi pubblici tanto quanto il principio di legalità per gli atti amministrativi²⁰⁴, sembrerebbe riguardare sia i servizi pubblici sia i servizi sociali²⁰⁵. E, quindi, si dovrebbe concludere nel senso che la non economicità dei servizi sociali non costituisce un elemento ostativo alla unitaria considerazione di servizi pubblici e servizi sociali.

c. Carattere personale delle prestazioni e distinto inquadramento costituzionale.

²⁰¹ Cfr. GIGLIONI F., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per considerare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, p. 377, nota 115. Tale ragionamento pare trovare conferma nei dati normativi. L'art. 23 co. 3 della legge n. 142/1990 che conteneva la disciplina dell'istituzione (come di vedrà, uno dei moduli organizzativi previsti dal legislatore del 1990 per la gestione dei servizi sociali), prevede l'obbligo per la stessa di informare l'"attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti". L'art. 6 del d.lgs. 4 maggio 2001 n. 2007 prevede che l'Azienda di servizi alla persona (un'altra struttura pubblica che potrebbe gestire l'erogazione di servizi assistenziali, vedi *infra*, par. 8.1) "non ha fini di lucro, ha personalità giuridica di diritto pubblico, autonomia statutaria, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica ed opera con criteri imprenditoriali. Essa informa la propria attività di gestione a criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, in questi compresi i trasferimenti".

²⁰² La gestione in economia, infatti, è assolutamente residuale anche per i servizi sociali. Durante la vigenza dell'art. 113-bis del d.lgs. n. 267/2000 (vedi *infra*, par. 8.1), essa era ammessa quando "per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non sia opportuno procedere ad affidamento ai soggetti di cui al comma 1". Come noto, dopo la pronuncia di illegittimità costituzionale n. 272/2004, tale profilo viene normato a livello di legislazione regionale, nella quale non sembrano ravvisarsi ipotesi di gestione in economia dei servizi sociali. In ogni caso, anche qualora vi fosse coincidenza fra chi paga e chi eroga il servizio, un obbligo di equilibrio di bilancio lo si potrebbe ricavare dagli art. 81 e 97 della costituzione; cfr. MERUSI F., *I servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p. 29.

²⁰³ CAIA G., *I servizi sociali*, cit., p. 366; il tema verrà ripreso al par. 8.3.

²⁰⁴ MERUSI F., op. utl. cit., p. 31.

²⁰⁵ Si è espresso nel senso che il principio di economicità debba caratterizzare anche la gestione e l'organizzazione dei servizi sociali, CAIA G., *La disciplina dei pubblici servizi*, cit., p. 975-976 e p. 983.

La terza peculiarità dei servizi sociali in senso ampio (comprese, quindi, la sanità, l'istruzione etc.) che li differenzia dai servizi pubblici (ordinari), è il carattere "personale" dei relativi interventi.

Mentre i servizi pubblici a contenuto economico-produttivo hanno carattere industriale e standardizzato, tutti i servizi sociali in senso lato (ma particolarmente quelli socio-assistenziali) sono rivolti "al volto della persona"²⁰⁶ e non genericamente e/o indifferenziatamente al cittadino nella dimensione di utente/consumatore²⁰⁷. Il servizio sociale, dunque, si collega funzionalmente, più a una dimensione "esistenziale" ovvero latamente sociale, piuttosto che giuridico-normativa, della cittadinanza²⁰⁸.

Il carattere personale dei servizi sociali, oltre che essere una delle cause della loro non economicità (cfr. *supra*), potrebbe rilevare quale elemento ostativo alla riconducibilità di tali attività alla categoria del servizio pubblico sotto due diversi profili.

In primo luogo, dal punto di vista della natura dell'attività oggetto del servizio, rispetto alla quale, però, è stato correttamente osservato come "*non si rintracciano elementi differenziali dal momento che anche i servizi sociali come quelli pubblici sono erogati secondo prestazioni perlopiù immateriali piuttosto che per provvedimenti autoritativi*"²⁰⁹.

In secondo luogo, va osservato come il carattere personale dei servizi sociali si ricolleggi a un diverso inquadramento costituzionale di tali servizi rispetto ai servizi pubblici; per quanto "*i servizi sociali, e soprattutto la disciplina che li caratterizza, non si individuano né soltanto sulla base delle disposizioni costituzionali, né soltanto della legislazione ordinaria*"²¹⁰, tale diverso inquadramento costituzionale non può che incidere sul regime giuridico di tali servizi. Secondo autorevole dottrina, ciò porterebbe a ritenere

²⁰⁶ L'espressione prende spunto da FRACCHIA F., *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2004, p. 63.

²⁰⁷ Sul tema, fra i tanti, si vedano fra i tanti BERLINGÒ V., *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, 2012, p. 143 ss.; ALBANESE A., *Diritto all'assistenza*, cit., pp. 137 ss.; MOLASCHI V., *Sulla nozione di servizi sociali*, cit., pp. 95 ss.; FRACCHIA F., *op. ult. cit.*, pp. 41 ss.; FERRARI E., *I servizi sociali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo - Diritto amministrativo Speciale*, I, Milano, 2003, p. 598; PASTORI G., *Pubblico e privato nei servizi sociali*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A. (a cura di), PASTORI G., *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, pp. 75 ss.

²⁰⁸ Si rinvia in generale a GAMBINO G., *Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione*, in *Cittadinanza europea*, 2, 2013, pp. 5-58; SPOTO G., *La cittadinanza e la riscoperta della persona nel diritto privato europeo*, in *Contratto impresa*, 2, 2013, p. 697-713.

²⁰⁹ GIGLONI F., *op. ult. cit.*, p. 377.

²¹⁰ Così FERRARI E., *I servizi sociali*, cit., p. 275, ripreso anche da MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione*, cit., p. 43.

più opportuna una diversa considerazione dogmatica in termini di categorie giuridiche distinte²¹¹.

Effettivamente le coordinate costituzionali di servizi pubblici e servizi sociali per alcuni aspetti si intrecciano, ma per altri si muovono in direzioni diverse, dando alle rispettive attività una diversa collocazione costituzionale. Se i valori espressi dagli articoli 2 e 3 della Cost., sono immanenti all'operare sia dei servizi pubblici sia dei servizi sociali, *“la necessità di garantire a tutti i cittadini (compresi quelli in stato di bisogno)*

²¹¹ Non può che farsi riferimento, innanzitutto, a FERRARI E., *op. ult. cit.*, p. 173-176 secondo cui nei servizi sociali (in senso ampio, quindi non solo assistenza ma anche sanità, istruzione etc.) e altre attività come i servizi radiotelevisivi, le coordinate costituzionali *“proprie del servizio pubblico si intrecciano con altre coordinate costituzionali”*, avendosi una dislocazione completamente diversa di accenti e interessi (nel caso dei servizi sociali la necessità di garantire a tutti i cittadini determinate condizioni di vita e più in generale il ruolo fondamentale riconosciuto alla persona). Sempre secondo l'Autore (p. 91-92), i servizi sociali costituiscono *“un'area di attività della pubblica amministrazione che presentano caratteri propri”* che troverebbero espressione in tre elementi tipizzanti la categoria (la sussistenza di regole comuni nei servizi sociali viene sottolineata anche da CORSO G., *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, cit., p. 30-31, senza che però tale constatazione porti a un espresso pronunciamento nel senso della necessità di distinguere servizi sociali e servizi pubblici). Tali elementi sono, in primo luogo, il riconoscimento ai privati di una *“situazione giuridica soggettiva a tutela di un determinato bisogno che l'ordinamento medesimo vale come essenziale della persona”*; in secondo luogo, l'obbligo per i soggetti esponenziali della collettività di predisporre gli apparati necessari e di svolgere le attività corrispondenti al soddisfacimento di tali bisogni; infine, la libertà garantita ai privati di intraprendere tali attività, sia all'interno sia all'esterno del sistema pubblico ai privati. Con riguardo a tale ultimo profilo, ossia che i servizi sociali a differenza di servizi pubblici a contenuto economico-produttivo non siano suscettibili di essere monopolizzati dai poteri pubblici, Ferrari osserva che *“estendere la figura (del servizio pubblico) anche a quelle attività che, proprio per dettato costituzionale, non possono essere trasferite o riservate agli enti pubblici, significa ridurre la categoria alle attività per le quali è previsto un qualunque intervento pubblico. In questo modo per un verso la figura diventa estremamente generica, per altro verso si preclude la possibilità di una più attenta e precisa analisi di altri tipi di attività e del loro statuto giuridico”* (p. 173). Le posizioni dell'Autore sono riprese per lunghi tratti da MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, p. 39 – 44 la quale, specifica ulteriormente i tratti che differenziano servizi pubblici e servizi sociali, ritenuti *“suscettibili di un diverso inquadramento”* (p. 56). In particolare, l'Autrice da un lato osserva come mentre nei servizi pubblici si sia affermato il contratto di utenza e una configurazione del rapporto fra prestatore e utente in chiave pubblicistica, nei servizi sociali *“tale rapporto implica il riferimento a “un quadro pubblicistico” che “richiede di distinguere fra il momento della costituzione della relazione giuridica tra soggetto erogatore ed utenti da quello successivo alla sua instaurazione”*. Dall'altro, sottolinea alcune differenze fra servizi pubblici e servizi sociali al momento dell'assunzione del servizio da parte di un soggetto pubblico. Infatti, mentre nei servizi pubblici tale assunzione (dalla quale deriva la doverosità del servizio) è *“il frutto della valutazione di una determinata situazione di bisogno operata dal soggetto pubblico”* con un ineliminabile livello di *“storicità”*, nei servizi sociali *“la doverosità dell'assunzione è sancita dalle stesse disposizioni costituzionali, che hanno già effettuato a monte la valutazione della necessità dei medesimi, in virtù delle finalità di promozione della persona cui sono rivolte”* (p. 57). In senso contrario all'assimilazione fra servizi pubblici e servizi sociali anche GIGLIONI F., *Osservazioni sulla evoluzione*, cit., p. 2274, il quale nel distinguere fra servizi pubblici e servizi sociali, sembra dare particolare rilievo soprattutto al secondo dei tre elementi tipizzanti i servizi sociali individuati da Ferrari; infatti osserva come *“l'esclusione dei servizi sociali si giustifica col fatto che la costituzione ha riservato loro una disciplina autonoma, avendoli assunti sin dalla fonte principale quale servizi caratterizzanti il nostro ordinamento e dando loro così una disciplina più rigida. Il loro rilievo costituzionale fa assumere a tali servizi un carattere di maggiore stabilità, vista la loro importanza, facendo venire meno, invece, un tratto peculiare dei servizi pubblici, che è la loro mutevolezza ed eterogeneità”*. Peraltro, continua l'Autore *“si tratta di distinzione di non poco conto, dal momento che mentre nei servizi pubblici si sviluppano tendenze gestionali che rafforzano l'intervento dei privati, si vede che nei servizi sociali il ruolo esercitato dai pubblici poteri nel momento gestorio o è esclusivo o conformativo anche sotto il profilo del riconoscimento delle prestazioni erogate dai privati (è il caso dell'accreditamento nei servizi sanitari). Questa maggiore rigidità giustifica l'esclusione di questi servizi dai servizi pubblici”*.

determinate condizioni di vita”, “*la promozione del benessere fisico e psichico della persona*”, ricavabile da altre disposizioni costituzionali, costituisce l’obiettivo di fondo indicato dalla Costituzione al quale ricondurre la peculiarità dei servizi sociali²¹².

Le disposizioni della Costituzione sui diritti sociali, in effetti, sembrano fornire ai servizi sociali una “copertura” costituzionale più forte rispetto a quella garantita agli altri servizi pubblici²¹³. Un intervento del legislatore che “trasformi” i diritti sociali riconosciuti dalla Carta in servizi sociali rimane comunque indispensabile, ma esso presenta elementi di discrezionalità meno marcati rispetto ai servizi pubblici²¹⁴.

In altre parole, il legislatore nella scelta (discrezionale) di quali prestazioni sono necessarie/doverose per concretizzare i diritti previsti dalla Costituzione, trova nella Carta stesse indicazioni (più) precise quando questa operazione è compiuta in materia di servizi sociali; con riguardo ai servizi pubblici, invece, delle indicazioni sono presenti, ma meno stringenti e, di conseguenza, più marcata è la loro “storicità”²¹⁵, vale a dire la determinazione contestuale e situazionale del loro contenuto.

Ma pare ancor possibile osservare come i valori costituzionali sono riferiti in un caso alla collettività (servizi pubblici) e comunque hanno punti rilevanti di contatto con l’interesse generale molto maggiori (persino di rilievo strategico: per esempio le comunicazioni o l’energia); nei servizi sociali, gli interessi di riferimento apparentemente si devalutano, scendono dal piedistallo dell’interesse generale, ma in ciò si “umanizzano” e si rendono più immediatamente concreti e visibili in ragione della loro latente “personalizzazione”.

I servizi pubblici partono dalla dimensione generale per soddisfare gli interessi di ognuno e di tutti (*top down*); i servizi sociali tracciano una traiettoria opposta: si rivolgono al bisogno specifico della persona (*bottom up*). Ma il punto di incontro (la casa comune) sono appunto i diritti fondamentali, i valori e i principi generali incastonati e tutelati dalla Costituzione per la cui realizzazione essi costituiscono strumenti privilegiati.

Diversità di struttura e di funzione ma comune piattaforma di valori di riferimento, dunque, tra servizi pubblici e servizi sociali; diversità che certamente ne segnano differenziazioni di funzionamento e di regolazione giuridica. Che esse, però, siano tali da

²¹² Le parti in corsivo sono di FERRARI E., *op. ult. cit.*, rispettivamente p. 176 e 273.

²¹³ In termini simili si è espressa, come visto, MOLASCHI V. *op. ult. cit.* p. 56-57.

²¹⁴ *Ibidem*.

²¹⁵ Fa riferimento al concetto di “storicità” con riguardo al servizio universale, considerato un’evoluzione della nozione di servizio pubblico, CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale, evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, *Dir. pub.*, 1998, p. 194; cfr. anche MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, p. 57.

impedire o quantomeno sconsigliare la considerazione di servizi pubblici e servizi sociali come unica categoria giuridica è discorso diverso sul quale, come detto, non si vuole prendere posizione in questo contesto; anche perché ulteriori indicazioni in tal senso potrebbero ricavarsi dall'analisi di come servizi pubblico a contenuto economico-produttivo e servizi sociali, sono considerati e qualificati nell'ordinamento eurounitario.

Per concludere, preme precisare che nei casi in cui - nel proseguo del lavoro - gli operatori privati che erogano servizi sociali per conto (e in parte a spese) del sistema pubblico saranno qualificati come “erogatori di pubblico servizio” o altre espressioni simili, non si danno per superate le controversie dottrinali sul punto esistenti e di cui si è provato a dare conto.

6. Sussidiarietà orizzontale e servizi sociali: profili storici e di inquadramento.

La legge n. 328/2000 - e altri interventi legislativi a essa contestuali, fra cui anzitutto la già citata l. 15 marzo 1997, n. 59, che per prima menziona il principio di sussidiarietà²¹⁶ - si inseriscono in quel “processo di socializzazione dei poteri pubblici”²¹⁷ rispetto al quale il principio di sussidiarietà - sia nella sua dimensione verticale sia in quella orizzontale - costituisce uno dei principali protagonisti. In altri termini, assumendo una prospettiva ancora più ampia che considera nel suo complesso l'evoluzione del rapporto fra Stato e cittadini, fra autorità e libertà, il principio di sussidiarietà è tra i principali protagonisti di quel processo descritto in dottrina come passaggio dal “paradigma panpubblicistico” al “paradigma sussidiario”²¹⁸.

Per quanto il principio di sussidiarietà si caratterizzi per la pluralità di possibili significati (“*principio ambiguo, con almeno trenta diversi significati, programma, formula*”

²¹⁶ L'art. 2 co. 2 dispone che “sono conferite alle regioni e agli enti locali, nell'osservanza del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 4, comma 3, lettera a), della presente legge, anche ai sensi dell'articolo 3 della legge 8 giugno 1990, n. 142, tutte le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità, nonché tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzabili nei rispettivi territori in atto esercitati da qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici”; il menzionato art. 4, co. 3, lett. a non definisce il principio di sussidiarietà ma si limita a prevedere che “i conferimenti di funzioni di cui ai commi 1 e 2 avvengono nell'osservanza dei seguenti principi fondamentali: a. il principio di sussidiarietà, con l'attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l'esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l'assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati”.

²¹⁷ RIDOLA P., *Il principio di sussidiarietà e la forma di stato di democrazia pluralista*, in CERVATI A., PANUNZIO S.P., RIDOLA P. (a cura di), *Studi sulla riforma costituzionale*, Torino, 2001, pp. 193 ss.

²¹⁸ L'espressione, che verrà meglio chiarita nel corso del testo, è di DONATI D., *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Bologna, 2013, pp. 273 ss.

magica, alibi, mito, epitome della confusione, foglia di fico” secondo autorevole dottrina²¹⁹), sembra potersi individuare un significato “minimo”, comune a tutte le diverse sfaccettature che questo principio può assumere nella realtà normativa, intendendolo quale “criterio in base al quale un tipo di azione (o una specifica azione) spetta prioritariamente ad un determinato soggetto di livello inferiore rispetto ad un altro e può essere svolto in tutto o in parte da un altro soggetto, al posto o ad integrazione del primo, se e solo se il risultato di tale sostituzione è migliore (o si prevede migliore) di quello che si avrebbe o si è avuto senza tale sostituzione”²²⁰.

Il nucleo essenziale della sussidiarietà pare rinvenibile, quindi, nell’idea che *“una società, un’organizzazione o un’istituzione di ordine superiore a un’altra, non debba interferire nell’attività di quest’ultima, a essa inferiore, limitandola nelle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità, e aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune”²²¹.*

Elaborato nella filosofia aristotelica e cattolica²²², esso fu poi sviluppato nella dottrina sociale della Chiesa e nei testi ecclesiali²²³ come rimprovero allo Stato liberale che, nell’affermare il primato del potere temporale dello Stato, tendeva a mortificare il ruolo degli enti intermedi, quali la famiglia, il comune, l’associazionismo diffuso etc.²²⁴.

Nella sua accezione essenziale e originaria, nella sussidiarietà si possono intravedere due significati, individualmente considerabili per quanto strettamente connessi: uno negativo - nella parte in cui limita l’azione delle organizzazioni di governo maggiori - da cui si può evincere l’intima connessione fra tale principio e la libertà e la dignità

²¹⁹ Così CASSESE S., *L’aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea*, in *Foro it.*, V, 1995, pp. 373 ss.; cfr. sul punto anche GRIMALDI L., *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Bari, 2006.

²²⁰ Tale definizione è di RESCIGNO G. U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002 pp. 4-49, in part. p. 14; una definizione simile, seppur formulata in termini diversi, si ritrova in D’ATENA A., *Sussidiarietà e autonomie funzionali*, in *L’Italia verso il «federalismo»*, Milano, 2001, p. 321.

²²¹ FROSINI T. E., *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enc. dir.*, Annali II, Milano, 2008, pp. 1133 ss.

²²² Si fa riferimento alla filosofia di Tommaso d’Aquino che riprende e rielabora il pensiero aristotelico, ma non solo; per altri riferimenti cfr. MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005, p. 119.

²²³ Già nell’enciclica *Rerum novarum* di Leone XIII del 1891 vi sono impliciti riferimenti alla sussidiarietà, ma è solo con la enciclica *Quadragesimo anno* di Pio XI che tale principio assume a pietra angolare della dottrina sociale della Chiesa.

²²⁴ Cfr. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, pp. 51 – 84; CONSITO M., *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009, pp. 67 ss.; DONATI D., *Il paradigma sussidiario*, cit.; FROSINI T. E., *Sussidiarietà*, cit.; GRIMALDI L., *Il principio di sussidiarietà*, cit.; MASSA PINTO I., *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003; MALTONI A., *op. ult. cit.*, pp. 119 ss.

dell'uomo; e uno positivo - laddove “*consente e in qualche misura impone, alle organizzazioni di governo maggiori, di livello superiore di intervenire con la propria azione in favore e a sostegno delle organizzazioni minori*”²²⁵.

Nell'ordinamento giuridico nazionale, esso trovò un iniziale riconoscimento nella IX dichiarazione della carta del Lavoro del Gran Consiglio del Fascismo del 1927²²⁶.

Non è stato, invece, espressamente inserito nella Costituzione della Repubblica italiana del 1948; tuttavia, per quanto non fu nemmeno discusso l'ordine del giorno che - pur senza menzionarlo espressamente - vi faceva evidentemente riferimento, si ritiene esser stato tenuto in considerazione dai Padri costituenti²²⁷.

Il principio di sussidiarietà orizzontale è poi stato al centro del dibattito politico costituzionale in seno alla Commissione bicamerale per le riforme costituzionali presieduta dall'On. D'Alema e istituita con la legge costituzionale 24 gennaio n. 1.

Prima che i lavori di tale Commissione si concludessero in un nulla di fatto, erano state elaborate due distinte formulazioni del principio in questione: una prima²²⁸ ritenuta espressiva “*del più estremo individualismo liberista*”²²⁹; la seconda formulazione, chiaramente espressione di un compromesso, più rispettosa del significato originario della sussidiarietà orizzontale così come sviluppatosi nella dottrina sociale della Chiesa cattolica ma che, quanto a difficoltà di comprensione, non aveva nulla da invidiare a quella introdotta qualche anno dopo²³⁰.

Come noto, infatti, con la legge cost. n. 3/2001, il principio di sussidiarietà è stato introdotto in Costituzione in tre contesti, cui corrispondono due diversi significati: la

²²⁵ CERULLI IRELLI V., *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. XII, 2004, p. 1-6

²²⁶ Si afferma che “*l'intervento dello Stato nella produzione economica ha luogo soltanto quando manchi o sia insufficiente l'iniziativa privata o quando siano in giuoco interessi politici dello Stato. Tale intervento può assumere la forma del controllo, dell'incoraggiamento o della gestione diretta*”.

²²⁷ Sul punto, CERULLI IRELLI V., CAMELI R., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea costituente*, in *www.astrid-online.it*; in parte diversamente, GRIMALDI L., *op. ult. cit.*, p. 148 che parla di diffidenza mostrata nei confronti di tale principio nel corso del dibattito dell'Assemblea Costituente.

²²⁸ Art. 56 “*Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato, in base al principio di sussidiarietà e di differenziazione, nel rispetto delle autonomie funzionali, riconosciute dalla legge. La titolarità delle funzioni spetta agli enti più vicini agli interessi dei cittadini, secondo il criterio di omogeneità e di adeguatezza delle strutture organizzative rispetto alle funzioni medesime*”.

²²⁹ MASSA PINTO I., *op. ult. cit.*, cit. p. 60.

²³⁰ Art. 56 “*Nel rispetto delle attività che possono essere adeguatamente svolte dall'autonoma iniziativa dei cittadini, anche attraverso le formazioni sociali, le funzioni pubbliche sono attribuite a Comuni, Province, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà e differenziazione. La titolarità delle funzioni compete rispettivamente ai Comuni, alle Province, alle Regioni e allo Stato, secondo i criteri di omogeneità e adeguatezza. La legge garantisce le autonomie funzionali*”.

sussidiarietà di cui agli l'art. 118 co. 1²³¹ e l'art. 120²³² viene definita "verticale" e riguarda il rapporto fra soggetti istituzionali di diverso livello²³³.

L'art. 118 co. 4, invece, nel prevedere che "*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*", fa riferimento alla sussidiarietà nella sua accezione "orizzontale" che è quella che più interessa ai fini di questo scritto.

Le due accezioni della sussidiarietà, per quanto non assimilabili, sono legate da un evidente rapporto di presupposizione (quantomeno fattuale): favorire l'attività dei cittadini è possibile fintantoché il principale centro di esercizio delle funzioni amministrative sia l'ambito locale, risultando altrimenti alquanto complesso l'istaurarsi di quel rapporto di collaborazione fra pubblico e privato su cui la sussidiarietà orizzontale è basata.

Già prima dell'adozione della riforma costituzionale del 2001, si poteva intuire - come si evince oltre che dal lavoro della Commissione Bicamerale (*supra*) anche dai lavori parlamentari che precedettero la legge cost. n. 3/2001 e dal dibattito dottrinale di quegli anni²³⁴ - che la dimensione "orizzontale" della sussidiarietà avrebbe presentato molti più problemi applicativi di quella verticale.

Con ciò non si vuole né esprimere alcun giudizio di maggior rilevanza dell'una sull'altra, né sottacere le tanto complesse quanto interessanti "questioni" che hanno caratterizzato l'esistenza dell'art. 118 co. della Costituzione e del principio di sussidiarietà verticale, ancora non tutte risolte e oggetto di un nuovo intervento di riforma costituzionale.

È innegabile, tuttavia, che i tratti controversi (e quindi oscuri) della sussidiarietà nella sua accezione orizzontale siano decisamente maggiori, perché manca una posizione comune su profili centrali quali significato, contenuto, ambito d'applicazione soggettivo e

²³¹ Secondo cui la distribuzione delle funzioni amministrative tra i livelli di governo e i relativi enti in cui si articola la repubblica, deve avvenire secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

²³² L'art. 120 richiama la sussidiarietà come principio che, unitamente alla leale collaborazione, deve essere seguito nell'esercizio dei poteri sostituitivi del Governo nei confronti degli enti territoriali, e rispettato dal legislatore nel disciplinare tali poteri.

²³³ Nel caso dei richiamati articoli costituzionali, il rapporto fra lo Stato e gli altri enti dotati di autonomia che compongono la Repubblica; ma l'accezione verticale della sussidiarietà, tipica degli ordinamenti con una dimensione federale, è rintracciabile anche nei trattati europei. Cfr. GRIMALDI L., *op. ult. cit.*, cit. pp. 79 ss. che ravvisa nell'ordinamento europeo anche l'accezione orizzontale del principio in questione.

²³⁴ Cfr. BIN R., *La sussidiarietà "orizzontale": alla ricerca dei soggetti privati*, in *Ist. feder.*, 1, 1999, p. 5-8; BALANDI G.G., «Pubblico», «privato» e principio di sussidiarietà nel sistema del Welfare State, *Riv., giur., lav. prev. soci.*, 2, 1999, pp. 213- 222.

oggettivo, finalità di tale principio²³⁵; tale incertezza non caratterizza solo il dibattito dottrinale ma, con le dovute proporzioni, è forse ancora maggiore in giurisprudenza.

Il ché, ovviamente, ha fatto sì che, almeno finora, esso abbia avuto un'incidenza sicuramente più ridotta di quella che avrebbe potuto avere.

Si ritiene, pertanto, che, se la sussidiarietà orizzontale continuerà a essere utilizzata come formula “*bon à tour faire*”, una sorta di uno “*slogan*” dall’ “*elevato tasso di equivocità, di imprecisione e di ambivalenza*”²³⁶ che “*asseconda*” piuttosto che “*orientare*” le scelte dei poteri pubblici, essa non acquisterà quella pregnanza di regola giuridica (oltre che politica) auspicata in dottrina²³⁷.

Per quanto non manchino validi tentativi in tal senso²³⁸, sarebbe certamente utile e interessante provare a individuare un significato ben definito del principio di sussidiarietà orizzontale, ma ciò costituirebbe una deviazione non opportuna ai fini di questa ricerca; pertanto, nei par. 6 e 6.1 ci si limiterà a dare conto dei profili più controversi nei limiti in cui ciò risulti necessario a chiarire come tale principio incida (o potrebbe incidere) nello specifico settore dei servizi sociali alla persona.

6.1. Un principio dai confini (troppo) incerti. Un tentativo (minimo) di sistematizzazione.

Uno dei pochi “punti fermi” sul principio in questione, che poi è forse la causa di tutti i mali in quanto lo connota di un elevato tasso di politicità, è che esso - e in ciò si differenzia dalla sussidiarietà verticale - attiene al rapporto fra pubblico e privato; oltre a questo, è difficile individuare profili non controversi.

Certamente non aiuta a fare chiarezza la formulazione fatta propria dall’art. 118 co. 4 della Costituzione di guisa che nel caso di specie risulta piuttosto arduo partire dalla Costituzione per interpretare la legge (*top-down*), ma pare necessario il processo opposto (*botton-up*) che porti a definire il significato della disposizione costituzionale partendo

²³⁵ In termini simili, DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 21.

²³⁶ Le parole in corsivo sono riprese da BIN R., *op. ult. cit.*, pp. 5 ss.

²³⁷ Si veda il commento di GIGLIONI F., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 12, 2009, pp. 2909- 2918, relativo alla pronuncia del Consiglio di Stato Sez. V del 6 ottobre 2009 n. 6094, in cui il giudice amministrativo aveva affermato come quello in questione fosse un “*principio - non solo politico ma giuridico di primario rilievo nell’ordinamento nazionale e sicuramente invocabile innanzi al giudice amministrativo come parametro di proporzionalità e ragionevolezza ma solo ai fini - di determinazione dei confini fra sfera pubblica e sfera privata*”.

²³⁸ Da ultimo, si veda il lavoro di DONATI D., *Il paradigma sussidiario*, cit., *passim*.

dall'analisi delle norme di primo grado o, comunque, da come tale principio "vive" nella realtà concreta²³⁹.

A tale conclusione sembrano, inoltre, condurre da un lato la natura di "criterio procedurale" (e non sostanziale) della sussidiarietà orizzontale, che indica, cioè, "come muoversi" e non (verso) "dove muoversi"²⁴⁰.

Dall'altro, il fatto che ad essere incerta è la stessa concezione di partenza da cui avviarsi per interpretare il principio di sussidiarietà orizzontale, così come recepito dal nostro ordinamento: se quella mercantilistica di matrice liberale che, in sostanza, concepisce tale principio come teso a favorire una maggior apertura al mercato; ovvero quella propria del pensiero cattolico (e in specie della dottrina sociale della Chiesa) secondo cui la sussidiarietà orizzontale implica *favor* per l'individuo e per i "corpi intermedi".

Tale incertezza di fondo non può che riversarsi sugli ulteriori profili del concetto in questione, generando quell'incertezza cui si accennava.

a. *"Concezione negativa" e "concezione positiva" della sussidiarietà orizzontale.*

In primo luogo, quanto al profilo che si potrebbe definire "strutturale", c'è chi valorizza la valenza "negativa" della sussidiarietà all'insegna di uno "Stato minimo" in cui il pubblico si astiene dall'intervenire nei settori in cui l'attività privata è sufficiente a rispondere alle esigenze della società²⁴¹; e chi, diversamente, sottolinea come la Costituzione avrebbe posto l'accento sulla componente "positiva" del principio, relativa

²³⁹ In tal senso RESCIGNO G.U., *Principio di sussidiarietà*, cit.; cfr. anche DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 21.

²⁴⁰ RESCIGNO G. U. *op. ult. cit.* p. 14.

²⁴¹ Questa posizione, in termini abbastanza estremi, è rinvenibile soprattutto negli esponenti parlamentari dei partiti di destra sia durante i lavori della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali presieduta dall'On. D'Alema, sia durante i lavori che portarono alla leg. cost. n. 3/2001. Certamente più equilibrate e articolate sono le posizioni di quella dottrina che, alla luce di tale principio, ritiene legittimo l'intervento del pubblico solo nel caso in cui il privato non "sia in grado di dare adeguata copertura"; così D'ATENA A., *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 6, 2008, pp. 5009 – 5012; lo stesso Autore, in un'altra opera (D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, pp. 13 – 33, osserva a p. 29 come "la sussidiarietà è lungi dall'evocare scenari di privatizzazione selvaggia. Essa, infatti, non esige un generalizzato arretramento del pubblico, ma – più semplicemente – ne funzionalizza interventi, ammettendoli per tutto ciò per cui il privato non basti (...) E, quindi, sotto questo profilo, riaffermandone la necessità". Simile pare la posizione di SALERNO G. C., *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010, in part. pp. 43 ss. Nella stessa direzione si vedano anche alcuni passaggi dell'atto di segnalazione adottato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato il 28 dicembre 2006 (AS 375 - *Affidamento di servizi pubblici locali aventi rilevanza economica secondo modalità c.d. in house e ad alcuni contenuti della legge delega in materia di tali servizi*, in B.U. n. 50 del 2.1.2007, p. 74) e Consiglio Stato Sez. V., 25 agosto 2008 n. 4080. Per quanto meno incentrata sui profili di mercato, ma comunque nella direzione di uno Stato che "riduce" il suo ruolo a favore dei privati, simile è la posizione di MALTONI A., *op. ult. cit.*, che riconduce al principio di sussidiarietà orizzontale il conferimento ai privati di potestà pubbliche, in part. pp. 119 ss.

*“alla necessità di un intervento di sostegno da parte dei poteri pubblici delle iniziative private autonome, svolte nell’interesse generale”*²⁴².

In effetti, su tale profilo il testo dell’art. 118 co. 4 della Costituzione, sembra abbastanza indicativo: specie se paragonato con quello di una proposta poi emendata²⁴³, contiene una formulazione della sussidiarietà orizzontale che non dovrebbe comportare *“la restrizione della sfera pubblica a vantaggio del mercato, poiché non pone pubblico e privato in opposizione antinomica ma piuttosto (...) in un rapporto di integrazione del secondo al primo”*²⁴⁴ (vedi *infra*).

D’altronde, le interpretazioni dell’art. 118 co. 4 e della sussidiarietà orizzontale che vanno nella direzione dello “Stato minimo”, oltre che non trovare particolare conferma a livello normativo²⁴⁵, sembrano difficilmente raccordabili *“con i principi fondamentali della Costituzione che delineano una forma di Stato in cui il compito pubblico di tutela dei*

²⁴² In tal senso ALBANESE A., *Diritto all’assistenza*, cit., pp. 111 ss. e ID., *Il principio di sussidiarietà orizzontale*, cit. L’Autrice, pur riconoscendo come anche nella valenza “positiva” della sussidiarietà sia riconosciuta la *“sfera dell’intervento sociale e individuale”* (p. 119), sottolinea come sia nella previsione costituzionale, sia nelle altre disposizioni legislative che fanno riferimento a tale principio (art. 4 l. n. 59/1997, art. 2 l. n. 265/1999 poi trasfuso nell’art. 3 T.U. n. 267/2000 e, infine, l. n. 328/2000), non venga mai affermata *“la valenza negativa del principio stesso, quella che prescrive un dovere di astensione dei soggetti pubblici a favore di quelli privati. Né si può ritenere che valga ad evocare automaticamente tale dovere la mera enunciazione del principio, essendo questo sempre richiamato in contesti normativi in cui il riferimento al principio di sussidiarietà si accompagna alla concreta attribuzione agli enti di funzioni e competenze, delle quali non sono mai forniti confini o meccanismi limitativi”* (p. 77 dell’opera da ultimo citata). Inoltre l’Autrice mette in evidenza le differenze fra la formulazione dell’art. 118, co. 4, con altre formulazioni del principio di sussidiarietà orizzontale che erano state sviluppate nell’ambito dei lavori della Commissione bicamerale per le riforme costituzionali presieduta dall’On. D’Alema, esplicitamente rivolte ad affermare la sottrazione alla sfera pubblica delle *“attività che si assumeva potessero (dovessero) essere svolte autonomamente dai soggetti privati”*. Fra le numerose critiche a tali formulazioni del principio di sussidiarietà orizzontale, è sufficiente il richiamo a BALANDI G. G. *op. ult. cit.*, pp. 213 ss. Nella stessa direzione, MASSO PINTO I., *op. ult. cit.*, che a p. 62 sottolinea come il significato che traspare dal testo dell’art. 118 co. 4 della Costituzione, a differenza di altre formulazioni poi non approvate, sembra riferirsi *“alla sola accezione amministrativa “orizzontale”, finalizzata a prescrivere come Comuni, Province, regioni e Stato (...) devono esercitare le funzioni loro assegnate. L’accezione amministrativa, a differenza di quella costituzionale, non comporta affatto la restrizione della sfera pubblica a vantaggio del mercato, poiché non pone pubblico/privato in opposizione antinomica ma piuttosto (...) in un rapporto di integrazione del secondo al primo”*.

²⁴³ Il progetto di legge costituzionale n. 3931-AC-XIII legisl. e n. 2583-AS di cui alla proposta della cd. Bicamerale, prevedeva che *“Le funzioni che non possono essere più adeguatamente svolte dalla autonomia dei privati sono ripartite tra le Comunità locali, organizzate in Comuni e Province, le Regioni e lo Stato (...)”* (art. 56).

²⁴⁴ Così MASSA PINTO I., *op. ult. cit.*, p. 62 che distingue fra sussidiarietà orizzontale costituzionale (che incide appunto sul rapporto pubblico/privato) e sussidiarietà orizzontale amministrativa, quella introdotta in Costituzione, che riguarda le modalità con cui le funzioni amministrative devono essere svolte.

²⁴⁵ Anche se non mancano utilizzi della sussidiarietà orizzontale che sembrano andare nella direzione di una riduzione del ruolo della sfera pubblica; in tal senso pare potersi leggere l’art. 23-bis della legge 6 agosto 2008, n. 133 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 che riconduceva alla sussidiarietà orizzontale la liberalizzazione dei servizi pubblici.

*diritti sociali non può essere considerato come residuale, né come puramente eventuale*²⁴⁶.

È evidente, infatti, anche alla luce della collocazione del principio nel Titolo V della Costituzione²⁴⁷, come l'introduzione del principio di sussidiarietà orizzontale non possa mettere in discussione la prevalenza della responsabilità pubblica nello svolgimento dei compiti indicati dalla Costituzione (la tutela dei diritti sociali per quanto qui di interesse)²⁴⁸.

Ciò detto, si ritiene tuttavia che una valenza “negativa” - seppur diversa per dimensioni rispetto a quella sopra richiamata che porterebbe ad un netto arretramento del pubblico a favore del privato - sia immanente al concetto stesso di sussidiarietà e, di conseguenza rintracciabile anche nella formulazione del principio fatta propria dall'art. 118 co. 4 della Costituzione con la riforma del Titolo V del 2001.

Tale principio, infatti, è stato utilizzato dalla giurisprudenza per porre dei limiti al legislatore nel pubblicizzare soggetti espressione di autonomia privata (che vi ha quindi ricavato un divieto di pubblicizzazione sotto il profilo soggettivo); in particolare, la sentenza n. 300 e 301 della Corte Costituzionale e il parere del Consiglio di Stato, 1 luglio 2002, n. 1354 (sez. cons. atti normativi)²⁴⁹ a proposito delle cd. fondazioni bancarie, hanno affermato ben *“precisi limiti al legislatore nella determinazione di misure di compromissione dell'autonomia degli enti, in quanto espressione di originarie manifestazioni di autonomia privata e perciò protetti nel loro ambito dai principi dell'art. 118, ult. co. Cost”*²⁵⁰.

Peraltro, la Corte Costituzionale aveva già stabilito limiti ben precisi alla possibilità per il legislatore di trasformare soggetti privati in enti pubblici: si pensi alla citata pronuncia n. 396/1988 in materia di IPAB che aveva dichiarato l'illegittimità delle legge

²⁴⁶ ALBANESE A., *Diritto all'assistenza*, cit., p. 119.

²⁴⁷ MASSA PINTO I., *op. ult. cit.*, p. 52 ss.; tale argomentazione, che fa riferimento alla collocazione dell'art. 118 all'interno del testo costituzionale, è, per la verità, spesso criticata in dottrina.

²⁴⁸ Cfr. ALBANESE A., *op. ult. cit.*, pp. 119 ss.

²⁴⁹ Su tali pronunce, fra i tanti, FROSINI T. E., *op. ult. cit.*; VECCHIO G., *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, in MAGNANI C. (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino, 2007, pp. 84 ss; BALBONI E., *Sussidiarietà, libertà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, in *Giur. cost.*, 5, 2003, pp. 3149 -3168; CLARICH M. – PIRANESCHI, *Le fondazioni di origine bancaria tra sussidiarietà e tentazioni neostataliste*, www.astrid-online.it, 2003.

²⁵⁰ CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, p. 5 il quale osserva come ad analoghe conclusioni possa giungersi a proposito delle *“c.d. autonomia funzionale (camere di commercio, università, degli studi, ordini professionali, ecc.), enti espressione di autogoverno di comunità di settore, nati in genere dall'autonoma iniziativa delle comunità stesse, e successivamente pubblicizzati, ma comunque rappresentativi degli interessi di riferimento”*.

Crispi del 1890²⁵¹. Sebbene, tale decisione abbia trovato il suo principale fondamento nella previsione di cui all'art. 38 co. 5 della Costituzione che sancisce la libertà di assistenza privata, non è mancato chi abbia sottolineato come essa potrebbe aver anticipato il principio di sussidiarietà orizzontale²⁵².

Ma una valenza “negativa” (intesa come obbligo per il pubblico di lasciare spazio al settore privato) del principio di sussidiarietà orizzontale così come fatto proprio dal nostro ordinamento, pare aversi anche con riguardo ad aspetti cd. “funzionali” (riguardanti cioè l'attività e non i soggetti).

Ciò non nel senso di considerare meramente eventuale l'intervento dei pubblici poteri o, comunque, subordinato alla non idoneità dell'iniziativa privata; ma come divieto per i soggetti pubblici di “sostituzione” di attività dei privati con attività della pubblica amministrazione, sempre che i privati rispettino determinati criteri di carattere generale²⁵³. “Divieto di sostituzione”, infatti, è cosa ben diversa dal “divieto di affiancare” un'attività pubblica a quella privata; che poi, se l'attività pubblica non fosse tale da possedere un *quid pluris* rispetto a quella privata, la sua stessa presenza sarebbe immotivata e, quindi, potrebbe ritenersi contraria al principio di sussidiarietà orizzontale perché, di fatto, finirebbe solo per “sfavorire” l'attività di privati “protetta” dall'art. 118 ult. co..

Tali casi potrebbero essere risolti (nel senso della illegittimità dell'attività pubblica) sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale ma, oltre a trattarsi di ipotesi residuali, non sono certamente queste quelle che esaltano la portata “innovativa” di tale principio; infatti, trattasi di casi già affrontabili alla luce dei principi contenuti negli art. 3, 97 (e ora anche 81) della Costituzione²⁵⁴.

²⁵¹ V. *supra*, par. 3.3.

²⁵² BALBONI E., *op. ult. cit.*, pp. 3149 ss. Diversi Autori, infatti, ritengono che il principio di sussidiarietà fosse già ricavabile da alcune previsioni contenute nel testo costituzionale nella versione precedente alla riforma del 2001, in primis l'art. 2 Cost.; in tal senso, *ex multis*, ALBANESE A., *op. ult. cit.*, pp. 119 ss; *contra*, GRIMALDI L. *op. ult. cit.*, pp. 145 ss.

²⁵³ È la posizione di CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, p. 1 ss., secondo cui, restando escluso “*dal contesto della norma il significato più esteso del principio di sussidiarietà orizzontale*” che impone al pubblico di ritirarsi da determinati interventi di carattere amministrativo laddove questi possono essere più proficuamente realizzati dall'iniziativa privata, “*laddove l'iniziativa autonoma dei privati (...) si concretizza, se essa risponde a criteri di efficienza e di efficacia (...) non può essere soppressa o sostituita da una iniziativa pubblica con il medesimo oggetto*”; su quali siano tali criteri di efficacia e di efficienza (o, che dir si voglia, le condizioni di carattere generale) che i cittadini devono rispettare nello svolgimento dell'attività di interesse generale per rimanere sotto la “protezione” del principio di sussidiarietà orizzontale si tornerà a breve.

²⁵⁴ In senso contrario a quanto sostenuto, sembra doversi leggere un passaggio di Cons. Stato, Sez. cons. atti normativi, 1 luglio 2002, n. 1354, nella parte in cui si afferma che con il principio di cui all'art. 118 ult. co., “*si dà attuazione ad un principio economico anch'esso strettamente legato a tali premesse ideologiche, nel senso che appare meno necessario impiegare risorse pubbliche là dove operano, o sono in grado di operare, i privati, mediante il ricorso a forme di autofinanziamento e/o incremento delle risorse che provengono dall'apporto disinteressato dei singoli*”. Lo stesso sembra doversi dire per Tar Puglia, Bari, Sez. III, 8 ottobre 2009, n. 2373, in cui si afferma che “*il Comune, prima di decidere se assumere direttamente un*

Pertanto, per sintetizzare, per quanto una valenza negativa del principio di sussidiarietà orizzontale non possa essere disconosciuta tanto con riguardo ai profili soggettivi che relativamente ai profili funzionali, nell'ordinamento italiano sembra essere prevalsa una valenza positiva del principio, intesa come dovere per i soggetti pubblici di favorire l'autonoma iniziativa privata rivolta al perseguimento di interessi generali, al fine di instaurare, con il settore privato, un rapporto di collaborazione²⁵⁵ che sia funzionale anche a sopperire all'incapacità (innanzitutto finanziaria) dello Stato di farsi carico di tutte le esigenze emergenti nella società²⁵⁶. Rapporto di collaborazione che, come si dirà, potrà esprimersi in forme di raccordo riguardanti sia lo svolgimento di funzioni amministrative (incidendo così, in modo abbastanza diretto, sia sull'attività che sull'organizzazione amministrativa)²⁵⁷; sia quelle attività frutto di libera iniziativa dei privati, rivolte al perseguimento di interessi generali (interessi che, esulando dai compiti che un'amministrazione ha deciso di fare propri, non dovrebbero essere qualificati come "pubblici"²⁵⁸).

b. Spigolature sulla nozione di "attività di interesse generale".

In secondo luogo, le incertezze sul principio di sussidiarietà orizzontale così come introdotto nel nuovo art. 118 riguardano anche la nozione di "attività di interesse generale" autonomamente poste in essere dai privati, che i soggetti pubblici sono tenuti a favorire.

Come appena anticipato, si ritiene condivisibile distinguere fra interesse generale e interesse pubblico, individuando fra i due un rapporto di *genus a species* ma non di coincidenza²⁵⁹: l'interesse generale è "espressione di un bisogno che promana da una determinata comunità" che può trasformarsi in interesse pubblico nel momento in cui

servizio pubblico, dovrà valutare e in relazione alla propria area di riferimento se i privati svolgano di già essa attività e quindi favorirne lo svolgimento".

²⁵⁵ Secondo NAPOLITANO G., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2002, pp. 801 – 828, "la soluzione accolta si differenzia dalla visione liberale tradizionale, fondata su una concezione antagonista del rapporto fra Stato e società. La norma costituzionale non introduce un criterio di riparto tra le rispettive sfere di azione pubblica e privata, ma un principio regolatore della prima ai fini di una proficua cooperazione con la seconda".

²⁵⁶ BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2015, p. 62.

²⁵⁷ MASSA PINTO I., *op. ult. cit.*, p. 145; ALBANESE A., *op. ult. cit.*, pp. 122 ss.; CONSITO M., *op. ult. cit.*, p. 74-75.

²⁵⁸ Cfr. DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 138 secondo cui l'essenza del principio consiste nello smentire lo schema bipolare che caratterizzava il paradigma panpubblicistico: "si nega il fatto che sia soltanto la sfera pubblica a potersi assumere la responsabilità di curare gli interessi della collettività, in parallelo, si sconfessa l'idea che i soggetti privati agiscano soltanto per la protezione e garanzia dei propri interessi egoistici".

²⁵⁹ Si veda MARZUOLI C., *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 1, 2005, p. 71 – 97, in particolare p.76 in cui si osserva come "l'interesse pubblico come interesse generale, cioè come interesse di tutti in senso sostanziale, (sia) semplicemente un mito" in quanto "l'interesse pubblico, da un punto di vista sostanziale, è sempre l'interesse di alcuni contro l'interesse di altri".

rientra fra i compiti di cui un'amministrazione decide, nel rispetto del principio di legalità, di farsene carico²⁶⁰.

Per quanto vi siano posizioni difformi, la sfera di protezione che l'art. 118 co. 4 fornisce all'attività dei privati dovrebbe riguardare sia l'attività volta al perseguimento dell'interesse generale, sia quella che persegue un interesse (distinto dal primo ma ad esso comunque riconducibile) che è stato trasformato in pubblico (vedi *infra*)²⁶¹.

Sempre con riguardo all'attività di interesse generale tutelata dall'art. 118 co. 4 della Costituzione, secondo una parte della dottrina tali attività, che i poteri pubblici avrebbero il dovere di favorire, non possono essere liberamente individuate/selezionate dai soggetti privati, ma devono essere "predeterminate" da un soggetto pubblico. In particolare, secondo Albanese, considerato che l'art. 118 ult. co., fa riferimento al principio di sussidiarietà orizzontale nel contesto dell'attribuzione delle competenze amministrative agli enti territoriali, affinché le attività dei privati possano essere "favorite", devono essere "*individuate e valutate come rilevanti in relazione ai compiti propri che le norme attribuiscono ai pubblici poteri*"²⁶².

Simile pare la posizione di Marzuoli che, dopo aver distinto fra interesse generale e interesse pubblico (tale perché portato in astratto e individuato in concreto dalle istituzioni pubbliche), afferma come nel caso in cui un privato scelga di operare per il perseguimento di interessi generali, la sussidiarietà orizzontale non operi in quanto non aggiunge altro al dato costituzione vigente prima del Titolo V; diversamente, in principio in questione verrebbe in rilievo "*quando si tratta di interessi non semplicemente generali, ma anche (o*

²⁶⁰ Cfr. DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 248 e 261 il quale osserva come l'interesse generale potrebbe trovare soddisfazione anche attraverso strade diverse dalla sua presa in carica da parte di un'amministrazione: attraverso il mercato o attraverso l'autonoma iniziativa dei cittadini.

²⁶¹ In tale senso ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 122 ss. *Contra*, DONATI D., *op. ult. cit.*, pp. 219 ss., in part. p. 261-261. Sul punto si tornerà a breve quando si affronterà il profilo dell'"autonomia" dell'iniziativa.

²⁶² In altri termini, continua l'Autrice (ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 125-126), "*l'art. 118 richiama il compito, che è proprio dei pubblici poteri, di selezione degli interessi e di qualificazione delle attività (private) che sono rilevanti anche per la collettività. Non tutte le attività svolte dai privati quindi, neppure quelle mosse da finalità di tipo solidaristico, sono necessariamente rilevanti per l'interesse generale, senza che vi sia stata una loro qualificazione*". Questa posizione dell'Autrice sembra basarsi su una duplice ragione. Da un lato questa lettura consentirebbe di attribuire all'introduzione dell'art. 118, co. 4, un'effettiva portata "innovatrice" che diversamente non avrebbe avuto, dato che il principio di sussidiarietà orizzontale era già presente nel nostro ordinamento, in quanto ricavabile dall'art. 2 della Costituzione. Dall'altro, se l'art. 118, co. 4, attribuisse ai privati il compito di realizzare in modo autonomo l'armonizzazione degli interessi espressi dalla società, non solo darebbe loro un compito che questi probabilmente non sono in grado di svolgere, ma finirebbe per assimilare le organizzazioni private agli apparati pubblici; detto diversamente, "*un'interpretazione che attribuisse alle formazioni sociali in quanto tali una sorta di rappresentanza generale dei bisogni espressi dalla società e la equiparasse così alle organizzazioni proprie dei pubblici poteri non si sottrarrebbe (...) al rischio di impostare in modo organicistico i rapporti fra apparati pubblici e società*".

*innanzitutto) pubblici*²⁶³. Sempre secondo l'Autore, se si lasciasse a privati stabilire, in luogo delle istituzioni pubbliche, quali siano gli interessi che legittimano il reperimento e l'utilizzo di risorse pubbliche si avrebbe *“una sostituzione dell'autonomia privata alla legittimazione delle istituzioni pubbliche”*, contraria ai principi basilari del nostro ordinamento costituzionale²⁶⁴.

Anche Donati, pur ritenendo, al contrario, la sussidiarietà orizzontale operante solo con riguardo agli interessi generali e non anche quelli pubblici, nega che l'art. 118, co. 4, possa riguardare interessi *“in attesa di qualificazione e di riconoscimento”* posto che rimane il potere *“politico, selezionato attraverso il voto di tutti, ad avere legittimazione e visione”*, l'unico legittimato a esprimersi sulla rilevanza e sull'ammissibilità degli interessi²⁶⁵.

Sostanzialmente diversa (almeno a una prima impressione) è, invece, la posizione sul punto di Cerulli Irelli il quale osserva come, affinché un'attività possa essere qualificata di interesse generale ai sensi dell'art. 118 ult. co., è necessario che *“risponda ad un interesse generale come emergente dalla realtà storico-sociale, anche al di fuori di ogni previsione normativa”*.

In realtà le due posizioni sono meno distanti di quel che può apparire in quanto, come ricordato dall'Autore da ultimo citato, è *“solitamente possibile rinvenire nella legislazione un riferimento idoneo a qualificare come pubblico un dato interesse”*.

Per concludere, fra le due posizioni rimane quindi la distanza con riguardo a quei casi (residuali, ma comunque possibili) in cui l'autonoma iniziativa privata sia rivolta alla tutela di interessi “nuovi”, non ancora “recepiti” nell'ordinamento giuridico dalla legge²⁶⁶.

²⁶³ A conferma di tale posizione, nella nota 19, l'Autore (MARZUOLI C., *op. ult. cit.*), osserva come *“invocare la sussidiarietà per difendere la libertà dei privati di perseguire interessi generali, siccome non serve quando si tratta, come si è visto, di interessi solo generali, rischia di essere pericolosa. Se l'interesse perseguito è pubblico, infatti, non possono certo valere, quanto meno nella medesima misura, di fronte ai pubblici poteri, quei diritti di libertà che invece sicuramente operano quando si tratta di interessi (generalmente, ma) privati. E si dovrebbe andare oltre. Invero, se si dovesse assumere che gli interessi generali che il privato può perseguire sono solo gli interessi generali coinvolti dal (o nel) principio di sussidiarietà orizzontale, e cioè quelli di cui parla l'art. 18, 4° co., dal momento che detti interessi generali sono pubblici, come vedremo, si finirebbe per concludere che gli interessi generali appartengono tutti alla sfera pubblica e che più non esistono interessi generali rientranti anche nella sfera delle libertà private”*.

²⁶⁴ ID., *op. ult. cit.*, p. 82; similmente ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione, ora in Cittadini attivi: un altro modo di pensare all'Italia*, Roma-Bari, 2006, il quale esclude che l'individuazione di quegli interessi generali che possono essere perseguiti dai privati attraverso la sussidiarietà orizzontale possa non essere operata dalla legge.

²⁶⁵ DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 245-246.

²⁶⁶ CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, p. 5, secondo cui *“in un determinato momento possono emergere bisogni particolarmente rilevanti al cui soddisfacimento i pubblici poteri non abbiano ancora dato risposta (...) non convincono (...) le tesi di coloro che tendono a ricondurre il novero delle attività di cui all'art. 118 entro quelle già determinate ex lege”*. Simile è la posizione di GIGLIONI F., *L'accesso al mercato nei servizi*

c. Autonomia dell'iniziativa e controlli sull'attività.

In terzo luogo, apparentemente meno problematica è l'interpretazione dell'aggettivo "autonoma" contenuto nella disposizione costituzionale oggetto di analisi. Autonoma deve essere l'iniziativa dei privati e non l'attività²⁶⁷; da ciò derivano due distinte considerazioni.

Per un verso, non dovrebbero rientrare fra le attività di interesse generale di cui all'art. 118 ult. co., i cd. *munera*, ossia l'esercizio di funzioni amministrative in senso tecnico (*rectius*, poteri amministrativi) da parte di soggetti privati: nei *munera*, che necessitano di apposita previsione legislativa, non sussiste, infatti, il carattere di "autonomia" dell'iniziativa del privato²⁶⁸.

Per altro verso, il fatto che a dover essere autonoma sia l'iniziativa e non l'attività, fa sì che l'attività dei privati possa essere sottoposta a controllo da parte dell'amministrazione; anzi pare opportuno esprimersi nel senso di un dovere per i soggetti pubblici che "favoriscono" l'attività privata di interesse generale, di predisporre meccanismi di controllo e di vigilanza necessari per valutare che tale attività sia effettivamente in grado di perseguire gli obiettivi prefissati e che sia rispettosa di altri interessi generali²⁶⁹.

Del resto, si è detto sopra come il divieto di sostituire l'attività dei privati sussista fintanto che quest'ultima rispetti determinati "criteri di carattere generale"²⁷⁰.

È evidente, tuttavia, come l'autonomia dei privati non possa essere compressa oltre a un certo livello, condannando cioè il privato a diventare un mero esecutore²⁷¹. La linea di confine fra l'autonomia del sussidiato e il potere/dovere di controllo che non può non

di interesse generale, cit., pp. 336 ss., il quale, pur affrontando un profilo diverso della sussidiarietà (e quindi non prendendo una posizione espressa sulla questione oggetto di analisi) osserva come fra le attività di interesse generale di cui al 118 co. 4 possano farsi rientrare anche attività collegate ad interessi generali di nuova emersione, non ancora oggetto di tutela da parte dei pubblici poteri.

²⁶⁷ MARZUOLI C., *op. ult. cit.*, p. 91.

²⁶⁸ CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, pp. 1 ss.; DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 272.

²⁶⁹ CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, p. 6; si veda anche DONATI D., *op. ult. cit.*, pp. 347 ss., secondo cui tali strumenti di controllo, oltre ad essere previsti dalla legge, devono essere rispettosi dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza, "considerando la natura, gli effetti, la portata e anche la continuità dell'azione svolta dai sussidiati"

²⁷⁰ CERULLI IRELLI V. *op. ult. cit.*, p. 6, individua tali caratteri nel rispetto del principio di eguaglianza fra i cittadini inteso come divieto di discriminazione, della trasparenza in materia di bilanci, organizzazione del personale etc. e dei principi di efficacia ed efficienza nel senso che il prezzo finale del prodotto fornito alla collettività non deve essere superiore a quello che soggetti pubblici avrebbero imposto in caso di gestione diretta.

²⁷¹ ARENA G., *Un nuovo modo di amministrare*, relazione nell'ambito della Convenzione Nazionale della Sussidiarietà Roma, 12 marzo 2004, reperibile su www.volontariato.lazio.it e MARZUOLI C., *op. ult. cit.*, p. 91; cfr. anche CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, p. 6, il quale osserva come un'eventuale programmazione e controllo dell'attività dei privati costituirebbe un'illegittima ingerenza.

rimanere in capo al soggetto pubblico, “*presenta inevitabili margini in parte generici, o grigi, o sfumati*”²⁷².

Una situazione peculiare, ma collegata a tale tema, riguarda la possibilità di ricondurre all’ambito di operatività del principio di cui all’ultimo co. dell’art. 118 della Costituzione, l’attività di soggetti privati che pongono in essere attività di interesse generale in qualità di erogatori di pubblico servizio (infatti l’attività che costituisce erogazione di un servizio pubblico, a maggior ragione se posta in essere da un operatore privato, non può che essere soggetta a una forte regolamentazione pubblica).

Se da un lato c’è chi si esprime nel senso “*di una decisa esclusione dell’applicabilità del principio dal novero dei servizi pubblici*”²⁷³, dall’altro viene osservato come le modalità di attuazione del principio di sussidiarietà “*come criterio dell’azione amministrativa che si possono osservare o ipotizzare sono molteplici (...) favorire l’attività dei privati può significare anche valorizzare il ruolo nell’ambito dell’azione che i pubblici poteri devono comunque porre in essere per soddisfare dei bisogni ed in particolare nei servizi pubblici*”²⁷⁴. Tale seconda soluzione, per quanto imponga di individuare ulteriori profili che consentano di delimitare il significato della sussidiarietà orizzontale, pare preferibile²⁷⁵.

²⁷² Si riprende l’espressione, utilizzata con fini non del tutto coincidenti ai nostri, di MARZUOLI C., *op. ult. cit.*, p. 91.

²⁷³ In tal senso DONATI D., *op. ult. cit.*, il quale tuttavia non giunge a tale conclusione solo partendo dal profilo dell’“autonomia” dell’attività di cui all’art. 118 co. 4 (pp. 205; vedi anche *infra* par. successivo), ma anche perché ritiene che la sussidiarietà orizzontale riguardi solo gli interessi generali e non anche quelli pubblici (pp. 261 ss.). L’opzione sussidiaria, sostiene l’Autore, si pone come opzione ulteriore data alle “*istituzioni al momento in cui considerano le forme attraverso quali dare soddisfazione all’interesse generale. La sussidiarietà è piuttosto una scelta che si pone come alternativa a quella del servizio pubblico e del mercato*”. Sembra considerare alternativi servizio pubblico e sussidiarietà orizzontale anche CAIA G., *I servizi pubblici nell’attuale momento ordinamentale, cit.*, secondo cui dal secondo principio “*si potrebbe forse ricavare che la prestazione di servizi pubblici prescinde da un ruolo istitutivo e/o organizzativo della pubblica amministrazione*” e ID., *I servizi pubblici locali nella dimensione della concorrenza, cit.*, p. 124.

²⁷⁴ Così ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 127-129, la quale osserva come “*il ventaglio delle possibilità di relazione fra enti pubblici e soggetti privati (...) può essere molto ampio e articolato: si estende dal sostegno logistico ed economico ad attività che si svolgono in modo quasi del tutto spontaneo, fino alla definizione di rapporti che portano i soggetti privati ad integrarsi nel sistema pubblico di erogazione dei servizi e a collaborarne attivamente alla sua erogazione*”. A questa posizione sembra riconducibile anche il pensiero di CONSITO M., *op. ult. cit.*, p. 75.

²⁷⁵ La prima soluzione si inserisce in un più ampio ragionamento che presenta certamente il merito di attribuire alla sussidiarietà orizzontale un significato (finalmente) preciso e individuato. La tesi di Donati, nella misura in cui consideri l’essenza del principio nell’aver riconosciuto che la cura dell’interesse generale può seguire una strada alternativa sia al mercato sia al servizio pubblico, pare condivisibile anche nella sua portata “positiva” in quanto individua quello che potrebbe forse essere definito il nucleo (più) puro e duro della sussidiarietà orizzontale. Tuttavia, forse presenta il difetto di delimitare eccessivamente la portata del principio in questione, precludendo la possibilità di ricondurre all’art. 118 co. 4 risultati comunque in linea con un modello di società conforme a quello dallo stesso Autore definito “paradigma sussidiario”. Si fa riferimento, soprattutto, a quelle previsioni che prevedono un *favor* nell’affidamento di servizi (anche

d. Sussidiarietà orizzontale, privato sociale e privato for profit.

La questione presenta elementi di connessione con un ulteriore aspetto controverso della concezione di sussidiarietà orizzontale fatta propria dal nostro ordinamento; trattasi di profilo che potrebbe definirsi “sogettivo”, in quanto concernete “*i soggetti della sussidiarietà orizzontale*”²⁷⁶.

La tesi inizialmente prevalente voleva la disposizione rivolta esclusivamente ai soggetti *no profit* e, più in generale, al cd. “terzo settore”, cioè a quelle organizzazioni sociali che, agendo per fini solidaristici, rappresentano un settore intermedio fra lo Stato e il mercato²⁷⁷. Tale posizione, che pare riconducibile a una concezione “solidaristica” della sussidiarietà orizzontale, presuppone uno stretto collegamento fra l’art. 118 co. 4 e l’art. 2 della Costituzione; tale disposizione, come è noto, contiene l’affermazione del principio di solidarietà e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo non solo come singolo, ma anche nelle “formazioni sociali” ove si svolge la sua personalità; onde la su riferita posizione si basa anche sul dato letterale giusto il quale il riferimento dell’art. 118 co. 4 della Costituzione ai “cittadini singoli e associati” non riguardi anche le imprese. Allo stesso modo, si è osservato come il legislatore, inserendo il principio in questione nel Titolo V non abbia inteso incidere sulla cd. “costituzione economica” che trova la sua disciplina in una diversa parte della Carta.

pubblici) ai soggetti del terzo settore, che potrebbe anch’esse essere ricondotte al principio in oggetto. La questione è comunque molto complessa; ulteriori spunti si possono ricavare dal successivo paragrafo.

²⁷⁶ Si prende in prestito l’espressione di BIN R., *La sussidiarietà "orizzontale"*, cit., pp. 5 ss.

²⁷⁷ In tal senso PASTORI G., *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, p. 95, secondo cui - ragionando con riguardo al settore sanitario - “*si tratta tuttavia di valutare se sia giustificato che al sistema concorrano tra i soggetti privati non solo quelli costituiti nelle forme del privato sociale, ma anche gli enti con finalità di lucro. Il principio di sussidiarietà orizzontale deporrebbe di per sé nel senso di ammettere solo i soggetti del privato sociale*”; nella stesa direzione MATTIONI A., *La legge quadro 328/2000*, cit., p. 3 ss. e pare anche CONSITO M., *op. ult. cit.*, pp. 67 ss. Sembrava orientato verso questa soluzione anche CAIA G., *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, p. 145; l’Autore, tuttavia, ritiene che da recenti interventi legislativi (art. 3 e 4 del d.l. n. n. 138/2011, ma si ritiene che –seppur non richiamato – lo stesso valga per l’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008) emergerebbe come il legislatore avrebbe fatto propria una “*interpretazione ampia dell’art. 118, ultimo comma, Cost., presupponendo evidentemente che la sussidiarietà orizzontale ivi contemplata non si riferisca solo al privato sociale, ma anche all’iniziativa economica: tutte le volte in cui non sussistono superiori ragioni di interesse pubblico, deve essere consentito il pieno esplicarsi della libera iniziativa economica privata, senza che l’ente territoriale effettui interventi indiretti (per la concessione o regolazione del servizio pubblico) ovvero diretti (partecipazione alle imprese di gestione)*”; così ID., *I servizi pubblici locali nella dimensione della concorrenza*, in *Rapporto "L'attuazione del federalismo fiscale in Emilia-Romagna, Veneto e Puglia: le opinioni e le attese dei responsabili dei servizi finanziari degli enti locali"*, Bologna, 2012, p. 124.

Una posizione simile è stata fatta propria anche dal Consiglio di Stato che, con il parere Sez. cons. atti normativi, 25 agosto 2003, n. 1440, ha ritenuto che *“le imprese (...) nulla abbiano a che fare con il fenomeno della sussidiarietà orizzontale”*²⁷⁸.

Diversamente, altra parte della dottrina ritiene che esso si possa rivolgere anche ai soggetti che operano con un fine di lucro, soprattutto sulla base della considerazione che *“argomentare che le imprese private siano mosse dall’esclusivo interesse egoistico corrisponde più a un pregiudizio ideologico che alla realtà dei fatti, dal momento che la ricerca del profitto economico non necessariamente esclude anche il perseguimento di interessi generali”*²⁷⁹.

Fra gli Autori che fanno propria tale posizione²⁸⁰, alcuni sembrano introdurre un’ulteriore precisazione, giusta la quale non tutta l’attività economica delle imprese sarebbe riconducibile al principio di sussidiarietà orizzontale, ma solo quella che presenti risvolti tali da garantire il perseguimento dell’interesse generale in modo prevalente rispetto alle utilità particolari di chi promuove l’iniziativa economica²⁸¹. In altre parole,

²⁷⁸ Il giudice amministrativo richiama non solo l’art. 118, co. 4, che parla di “cittadini singoli e associati”, ma anche le leggi ordinarie n. 59 del 1997 e n. 265 del 1999 che collegano la sussidiarietà orizzontale *“alle famiglie, alle formazioni sociali, alle associazioni e alla comunità”*.

²⁷⁹ Le parole riportate in corsivo sono di GIGLIONI F., *L’accesso al mercato*, cit., p. 339.

²⁸⁰ Sembra riconducibile a questa posizione il pensiero di CAIA G., *I servizi pubblici locali nella dimensione della concorrenza*, cit., p. 124, richiamato in una delle note precedenti; in tal senso cfr. anche MALTONI A., *op. ult. cit.*, p. 143, che interpreta le disposizioni che hanno dato attuazione al principio in questione (in particolare l’art. 7 della l. n. 131/2003) nel senso che *“occorre riconoscere una preferenza all’intervento dei privati sia come singoli, quando mirano alla realizzazione dei bisogni individuali (art. 41 Cost.), sia come aggregazioni sociali, allorché perseguono utilità generali”*.

²⁸¹ Cfr. COTTURRI G., *Relazione in L’Italia dei beni comuni. Prima convenzione nazionale della sussidiarietà*, Roma, 12 marzo 2004, p. 6-7 secondo cui *“(…) il punto dirimente, e che può dare rassicurazione a quanti temono che qui si coltivi una ambiguità a favore di interessi privati, sta nel fatto che il sostegno va di volta in volta non ai soggetti che operano, ma a concrete singole azioni realizzative di comuni interessi (...) La novità della impostazione, che procede dall’art.118, è che le motivazioni e le “poste” di chi svolge attività d’interesse generale non sono rilevanti né forniscono pretesto per ammettere o escludere una iniziativa. E’ la valutazione della idoneità oggettiva di ogni singola attività a realizzare beni comuni quel che conta, e “accende” il sostegno pubblico. Il quale deve consolidare i risultati, allargarne e magari completarne gli effetti, non rafforzare o arricchire i soggetti”*. Lo stesso Giglioni, sopra richiamato, sembra fare propria tale posizione; egli, infatti, “specifica” le parole riportate nel testo precisando che affinché determinate attività promosse dai privati possano essere avvantaggiate sulla base della sussidiarietà orizzontale occorre che abbiano come scopo precipuo *“realizzare un interesse generale, un interesse, cioè, che assicuri benefici alla collettività superiori alle utilità particolari di chi promuove la stessa iniziativa. Da questa definizione si possono dunque escludere che meritano tale qualificazione le iniziative che si esauriscono nel legittimo conseguimento del profitto e le iniziative di supporto alle imprese che siano destinate alle sole categorie di appartenenza”*. L’idea dell’Autore sull’ambito di applicazione del principio di sussidiarietà viene ulteriormente sviluppato in un più recente scritto (ID., *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell’ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, pp. 413 – 456) in cui si afferma (p. 439) che *“i tentativi di ricollegare il principio a determinate categorie soggettive (...) si sono rivelati ben presto superati dalla forza oggettiva che invece il principio è in grado di produrre. La norma non intende rivolgersi a una particolare categoria di soggetti (imprenditori, attori del volontariato, fondazioni bancarie, associazioni) e neanche ai soli cittadini in senso stretto, perché nella misura in cui qualcuno si attiva per tutelare interessi della collettività non vi è alcuna ragione per*

attesa l'irrelevanza del modulo organizzativo o della qualificazione (*profit* o *non profit*) del soggetto sussidiato, l'interesse generale cui fa riferimento l'art. 118 ult. co. Cost., non andrebbe fatto coincidere con il benessere collettivo che, secondo la teoria liberista classica scaturirebbe, invece, automaticamente dall'economia privata, dalla ricerca individuale del profitto e dal libero mercato; diversamente, perché l'attività dei privati possa ritenersi protetta dalla disposizione in questione, sembrerebbe richiedersi un *quid pluris* in termini di connotato sociale dell'attività in sé considerata e/o dei suoi fini.

Con tutte le cautele che un tema così "scivoloso" impone, pare potersi concludere, pertanto, nel senso di ritenersi legittima una lettura della sussidiarietà orizzontale che faccia propria una visione "intermedia" di tale principio; essa da un lato escluderebbe un totale appiattimento del principio sull'art. 41 della Costituzione; dall'altro, evidenzerebbe un legame "temperato" fra tale principio e l'art. 2 della Costituzione, in virtù del quale la solidarietà non risulterebbe ex sé incompatibile con il perseguimento di finalità lucrative. Di guisa che risulterebbe evidente la conformità fra tali interpretazioni dell'art. 118 ultimo comma Cost. e il modello sociale europeo che ormai trova piena dimora, a livello europeo, nel diritto dei trattati e, in particolare, nella Carta di Nizza ed espressione sintetica nell'economia sociale di mercato.

6.2. La sussidiarietà orizzontale e il sistema integrato di servizi sociali alla persona.

Quello dei servizi sociali alla persona, per i tratti - anche storici - che lo caratterizzano, è tradizionalmente considerato uno dei settori più "fertili" per il principio di

impedirglielo, una volta che la Costituzione ammette che la pubblica amministrazione non conserva più la riserva di un intervento su questi interessi". Diversa sembra al posizione di DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 246 e 196 ss. che concentra l'attenzione sul "profilo soggettivo" relativo all'interesse perseguito dall'operatore.

Va, inoltre, precisato che nemmeno gli Autori che ritengono il privato sociale il principale "destinatario" della sussidiarietà orizzontale, si sono espressi nel senso di una totale esclusione delle imprese for profit. Si vedano in tal senso, ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 37 (la quale osserva che l'interpretazione corrente di tale norma evidenzia come l'attività privata cui essa si riferisce sia "principalmente" quella svolta dalle organizzazioni sociali) e soprattutto di CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, p. 6, il quale ritiene che l'art. 118, ult. co., "non si riferisc(e) ai servizi pubblici a carattere industriale e commerciale (per essendo queste attività senz'altro configurabili come di interesse generale), ossia alle attività di impresa caratterizzate dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico, tanto ove svolte in concorrenza quanto in regime di riserva. Le attività di interesse generale consistono fondamentalmente di operazioni e prestazioni materiali (...) caratterizzate in principio dalla non essenzialità del fine di lucro" anche se non è da escludere che nella norma "possano farsi rientrare, in certi limiti, anche le attività di impresa". Simile anche la posizione di RESCIGNO G.U., *op. ult. cit.*, p. 29: "La disposizione non distingue tra attività con fini di lucro e attività senza fini di lucro: i soggetti pubblici indicati favoriscono dunque sia iniziative economiche (con fini di lucro cioè) sia iniziative senza fini di lucro (salvo verificare se in base al principio di sussidiarietà, o in base ad altri principi costituzionali, vi debba essere una preferenza di una rispetto all'altra)".

sussidiarietà orizzontale, almeno da coloro che rifiutano una concezione meramente “mercantilistica” di tale principio²⁸².

Si è detto che per superare le incertezze derivanti dalla formulazione letterale dell’art. 118, co. 4, della Costituzione, sia necessario esplorare come tale principio venga attuato a livello di legislazione ordinaria (statale e regionale). Un trattamento sistematico e completo in tal senso non è possibile in questo contesto; ci si limiterà, pertanto, a esaminare il ruolo della sussidiarietà orizzontale nella legge quadro sui servizi sociali alla persona. Dopo l’art. 4 della legge 15 marzo 1997 n. 59²⁸³ e l’art. 2 della legge 3 agosto 1999 n. 265²⁸⁴ (poi trasfuso nel d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267), la legge quadro n. 328/2000 è la prima legge statale che fa espresso riferimento alla sussidiarietà (nella sua accezione orizzontale), dandovi particolare rilevanza sia a livello di affermazioni di principio, sia livello di previsioni specifiche²⁸⁵.

L’analisi delle disposizioni in essa contenute può risultare di interesse ai fini di questo lavoro, non solo perché molte di queste previsioni sono state riprese dalla (successiva) legislazione regionale in materia, ma anche perché, come detto, fornisce indicazioni e spunti utili per alcune riflessioni sul principio di sussidiarietà orizzontale.

Al di là del richiamo nell’art. 2, co. 3 (che però non distingue fra sussidiarietà orizzontale e verticale, entrambi caratterizzanti la legge quadro in questione), il primo richiamo della legge n. 328/2000 alla sussidiarietà orizzontale si ha nell’art. 5, co. 1, in cui si prevede che *“per favorire l’attuazione del principio di sussidiarietà, gli enti locali, le regioni e lo Stato, nell’ambito delle risorse disponibili in base ai piani di cui agli articoli 18 e 19, promuovono azioni per il sostegno e la qualificazione dei soggetti operanti nel*

²⁸² Un richiamo alla sussidiarietà orizzontale con riguardo a progettazione e gestione dei servizi sociali, è ora contenuto nell’ art. 19 d. l. 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, in tema di funzioni fondamentali dei comuni.

²⁸³ Art. 4 co. 3 *“Il principio di sussidiarietà, con l’attribuzione della generalità dei compiti e delle funzioni amministrative ai comuni, alle province e alle comunità montane, secondo le rispettive dimensioni territoriali, associative e organizzative, con l’esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni medesime, attribuendo le responsabilità pubbliche anche al fine di favorire l’assolvimento di funzioni e di compiti di rilevanza sociale da parte delle famiglie, associazioni e comunità, alla autorità territorialmente e funzionalmente più vicina ai cittadini interessati”*.

²⁸⁴ Art. 2 co. 5 *“I comuni e le province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della regione, secondo il principio di sussidiarietà. I comuni e le province svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali”*.

²⁸⁵ Di poco successiva è la legge 5 giugno 2003, n. 131 *“Disposizioni per l’adeguamento dell’ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3”* che all’art. 7 co. 1 prevede che *“Stato, Regioni, Città metropolitane, Province, Comuni e Comunità montane favoriscono l’autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà”*

terzo settore anche attraverso politiche formative ed interventi per l'accesso agevolato al credito ed ai fondi dell'Unione europea".

Si tratta di una previsione che, insieme alle altre che si analizzeranno, fornisce per la prima volta una puntuale definizione delle possibili forme dell'intervento teso a favorire la sussidiarietà.

Rispetto ad altre previsioni della stessa legge, l'art. 5 può considerarsi espressione del principio in questione nella sua forma più "pura": il pubblico interviene (attraverso le modalità più varie, quali predisposizione di infrastrutture, agevolazioni sul tasso di interesse, erogazione di fondi, attività di formazione e qualificazione, dislocazione di personale dell'ente; non sembrano da escludere nemmeno interventi di semplificazione e/o liberalizzazione amministrativa²⁸⁶) per agevolare la libera e autonoma attività di soggetti del terzo settore in quanto questa è rivolta al perseguimento di interessi generali.

Lo stesso può dirsi per alcune disposizioni contenute negli articoli 3 e 16.

L'art. 16, sebbene composto perlopiù di affermazioni di principio, contempla un intervento del sistema integrato (che potrebbe anche concretizzarsi in agevolazioni fiscali e tariffarie, cfr. co. 5 e 6) per valorizzare e sostenere il ruolo delle famiglie, sia in funzione di "supporto" agli interventi delle strutture pubbliche e private che agiscono per conto del servizio pubblico ("*valorizza il ruolo attivo delle famiglie nella formazione di proposte e di progetti per l'offerta dei servizi e nella valutazione dei medesimi*", co. 1), sia in funzione sostitutiva del servizio pubblico, per evitare cioè la necessità di ricorrere al servizio pubblico²⁸⁷.

Quanto all'art. 3, si fa riferimento alla specifica previsione che fra i principi della programmazione richiama la "*concertazione e cooperazione*" tra i diversi livelli istituzionali e i soggetti del terzo settore elencati all'articolo 1, comma 4 (cui corrispondono previsioni analoghe negli art. 18 e 19 relativi, rispettivamente, al piano nazionale e regionale e ai piani di zona).

Anche questa previsione è in linea con quanto detto nel precedente paragrafo sulla portata del principio in questione: il "favorire" di cui all'art. 118 co. 4 consiste

²⁸⁶ In tal senso MALTONI A., *op. ult. cit.*, pp. 119 ss.; DONATI D., *op. ult. cit.*, pp. 175 ss.; CONSITO M., *op. ult. cit.*, p. 74.

²⁸⁷ Così sembrano doversi interpretare diverse disposizioni dell'art. 16, in particolare quelle del co. 1 ("*Il sistema integrato di interventi e servizi sociali riconosce e sostiene il ruolo peculiare delle famiglie nella formazione e nella cura della persona, nella promozione del benessere e nel perseguimento della coesione sociale; sostiene e valorizza i molteplici compiti che le famiglie svolgono sia nei momenti critici e di disagio, sia nello sviluppo della vita quotidiana; sostiene la cooperazione, il mutuo aiuto e l'associazionismo delle famiglie*") e del co. 4, relativo ai prestiti "sull'onore".

nell'instaurare un rapporto di “*proficua collaborazione*”²⁸⁸ con il terzo settore nell'esercizio di una funzione amministrativa che rimane nell'esclusiva titolarità e competenza dei soggetti pubblici.

A tal riguardo pare opportuno richiamare le riflessioni di Albanese, che si fanno proprie quasi per intero, nella parte in cui esclude qualunque assimilazione dei soggetti privati che svolgono funzioni rilevanti per l'interesse generale all'amministrazione pubblica, anche dal punto di vista degli interessi perseguiti²⁸⁹. In altre parole, la sussidiarietà orizzontale non implica alcuna equiparazione del privato sociale ai soggetti pubblici, né degli interessi generali da questi perseguiti con gli interessi pubblici²⁹⁰.

Ciò, tuttavia, non dovrebbe portare a concludere, ed è qui che non si condivide in pieno il pensiero dell'Autrice, che la sussidiarietà orizzontale riguardi solo l'esercizio di funzioni pubbliche²⁹¹; come si è anticipato nel precedente paragrafo e come sostenuto da

²⁸⁸ Cfr. NAPOLITANO G., *Soggetti privati*, cit., p. 805.

²⁸⁹ ALBANESE A., *op. ult. cit.*, pp. 176 ss. la quale a dimostrazione di ciò sottolinea la significativa differenza - ricavabile dagli art. 18 e 19 della legge quadro, oltre che dal Piano Nazionale degli interventi e dei servizi sociali 2001-2003 - del ruolo che i soggetti privati sono chiamati a svolgere in relazione alla definizione degli obiettivi del piano nazionale (in cui si prevede una mera consultazione dei soggetti privati in funzione di una collaborazione partecipativa) e dei piani di zona (in cui si prevede una vera e propria “concertazione” realizzata attraverso la partecipazione dei soggetti del terzo settore all'accordo di programma o alla programmazione negoziata con cui è adottato il piano). È evidente, infatti, come sia l'elaborazione del piano nazionale e regionale il luogo in cui si compiono le scelte programmatiche e in cui si individuano gli interessi pubblici da privilegiare (*contra*, nel senso di ritenere auspicabile un maggior coinvolgimento del terzo settore anche nell'elaborazione dei piani di cui all'art. 18, si veda BUZZACCHI C., *Commento all'art. 8*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., p. 186). Un'interpretazione dell'art. 118 co. 4 che portasse all'equiparazione fra soggetti pubblici e privato sociale (ammettendo quindi, nel caso di specie, anche una codeterminazione di questo settore all'elaborazione delle coordinate di fondo della politica sociale individuate nel piano nazionale e in quello sociale) non solo potrebbe portare persino “*ad effetti eversivi dell'ordinamento costituzionale e delle regole della democrazia e della legittimazione dei pubblici poteri che ci sono stati consegnati dai costituenti*” (così ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 186 nota 40, ma si veda sul punto anche MASSA PINTO I., *op. ult. cit.*, pp. 41 ss.); ma porrebbe anche il problema di come individuare i soggetti no profit legittimati a partecipare alla definizione dell'interesse pubblico (sul punto si veda ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 178-179). Sul punto si possono richiamare alcuni passaggi di una pronuncia del Tar Molise, Campobasso, Sez. I, 3 marzo 2011, n. 95 secondo cui il principio di sussidiarietà orizzontale (e quindi la necessità di favorire l'autonoma iniziativa dei cittadini) va coordinato con “*il necessario rispetto degli altri beni e interessi direttamente tutelati dalla stessa Carta costituzionale. Per quello che qui interessa, è evidente che, al fine di rispettare i principi di imparzialità e buon andamento, e di responsabilità della pubblica amministrazione, l'attività di pianificazione e programmazione non può essere demandata a privati, se non come mero ausilio tecnico. Del resto, lo stesso articolo 118 co.4 della Costituzione, favorisce l'iniziativa dei privati nelle attività di interesse generale, non nella scelta dei fini e degli obiettivi dell'azione delle pubbliche amministrazioni. L'attuazione del principio di legalità dell'azione amministrativa, attraverso la specificazione dei precetti di legge, non è disponibile da parte dell'amministrazione cui è inderogabilmente demandata; pertanto, l'attività organizzativa, regolamentare e di pianificazione non è delegabile a privati*”.

²⁹⁰ In senso contrario sembra esprimersi, PIZZETTI F., *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della «democrazia della cittadinanza*, Relazione al Convegno “*Cittadini attivi per una nuova amministrazione*”, Roma 7-8 febbraio 2003, in www.astrid-online.it, secondo il quale l'introduzione dell'art. 118, co. 4, avrebbe segnato il passaggio da una democrazia rappresentativa alla “*democrazia fondata sulla primazia della libertà e dell'autonomia della società*”.

²⁹¹ Così, almeno, sembra doversi interpretare il pensiero di ALBANESE A. *op. ult. cit.*, in part. p.125-126.

autorevole dottrina²⁹², non pare necessario escludere che tale principio possa operare nel senso di legittimare i poteri pubblici a favorire l'attività di soggetti privati la cui corrispondenza all'interesse generale emerga dalla realtà storico-sociale, anche al di fuori di ogni previsione normativa e, quindi, di ogni funzione attribuita ai pubblici poteri.

Si tratta, tuttavia, di ipotesi residuali che non sembrano né porsi in contrasto con la legalità dell'azione amministrativa, né condurre ad alcuna assimilazione fra il pubblico e terzo settore.

6.2.1. Sussidiarietà orizzontale e rapporti concessori di pubblico servizio: un rapporto di reciproca esclusione?

Più problematico è considerare come espressione del principio di sussidiarietà orizzontale quelle previsioni della legge n. 328/2000, e quindi le corrispondenti previsioni di livello regionale, che ammettono che alla gestione e all'erogazione di servizi sociali, per conto del sistema integrato, possano concorrere anche soggetti privati; in altre parole, la possibilità che soggetti privati operino anche come erogatori di un pubblico servizio.

Tali perplessità non attengono al profilo dell'interesse perseguito: si è detto, infatti, che si considera rientrante nel principio di sussidiarietà orizzontale sia l'attività dei privati rivolta al perseguimento di interessi generali, sia quella (consistente in una "collaborazione" con soggetto pubblico titolare del servizio e/o della funzione) rivolta al perseguimento di interessi che, in quanto fatti propri da un'amministrazione, sono divenuti "pubblici".

Un primo profilo problematico attiene, invece, alla compatibilità fra il principio in questione e la "funzionalizzazione"²⁹³ cui vengono sottoposti i soggetti privati che operano per conto (e in parte a carico) del sistema pubblico. Infatti, non solo l'attività dell'erogatore di pubblico servizio è sottoposta a una (più o meno intensa) regolamentazione pubblicistica, ma ancor più dubbia è la compatibilità con il principio di sussidiarietà orizzontale dato che, tra i tratti caratterizzanti il modello concessorio di servizio pubblico, vi rientra anche la sostituzione (nella gestione del servizio) del concedente con il concessionario. Di guisa che si ritiene dubbia, in questi casi, l'effettiva presenza di quell'"alterità" (intesa come

²⁹² CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, pp. 1 ss.

²⁹³ Critico verso quella che definisce un'eccessiva "funzionalizzazione" dei soggetti privati nel campo dei servizi alla persona, DE CARLI P., *L'emersione giuridica della società civile. Con particolare riguardo alle azioni di sviluppo economico e ai servizi alla persona*, Milano, 2006, pp. 196 ss., in part. pp. 213 ss.

necessaria autonomia, fra il soggetto pubblico e il privato sussidiato) ritenuta da parte della dottrina un elemento essenziale del fenomeno sussidiario²⁹⁴.

Amnesso che tale alterità sia davvero elemento essenziale della sussidiarietà orizzontale così come introdotta nel nostro ordinamento²⁹⁵, i dubbi di compatibilità fra sussidiarietà orizzontale e rapporto concessorio di pubblico servizio potrebbero ritenersi superati anche alla luce delle evoluzioni - nel senso di parziale “depublicizzazione contenutistico-funzionale” - che negli ultimi decenni hanno investito l’istituto concessorio (che per molti tratti è assimilabile a un contratto di diritto privato²⁹⁶). Per quanto, quindi, la questione rimanga controversa, si ritiene di non dover escludere *a priori* che fra i meccanismi attraverso cui trova espressione la sussidiarietà orizzontale possa rientrare, in alcuni casi, anche la concessione di servizio pubblico.

Tale profilo presenta evidenti connessioni con un’altra questione, sempre relativa al grado di “autonomia” che deve mantenere l’attività sussidiata; si fa riferimento alla possibilità che il potenziale sussidiato riceva delle risorse economiche dal soggetto pubblico.

Anche in questo caso sembrano potersi ritenere superate quelle posizioni secondo cui sarebbe da escludere la possibilità che il sostegno all’attività del privato consista in sussidi di natura economica, in quanto, in tale casi, viene sostenuto mancherebbe la capacità dei privati di attivarsi autonomamente²⁹⁷.

Più problematico è se la sussidiarietà orizzontale fornisca copertura ai rapporti di servizio pubblico che si instaurano fra un’amministrazione e un soggetto privato che opera per fine di lucro anche soggettivo; come noto, infatti, sia ai sensi della legge quadro del 2000, sia della maggior parte delle legislazioni regionali a questa successive, il coinvolgimento nell’erogazione dei servizi sociali può riguardare sia soggetti riconducibili al privato sociale sia al privato *for profit*²⁹⁸, per quanto in entrambi tali contesti normativi

²⁹⁴ Cfr. CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, pp. 405-474; GIGLIONI F., *Sussidiarietà orizzontale e terzo settore*, in www.astrid-online.it, 2002; MARZUOLI C., *op. ult. cit.*, p. 80; DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 206.

²⁹⁵ Si è detto sopra come ALBANESE A., *op. ult. cit.*, pp. 127-129, includa nell’ambito del principio di sussidiarietà orizzontale anche quei “*rapporti che portano i soggetti privati ad integrarsi nel sistema pubblico di erogazione dei servizi e a collaborarne attivamente alla sua erogazione*”.

²⁹⁶ Si v. *infra*, sull’argomento, cap. III, par. 4.1 e 5.

²⁹⁷ In tal senso RESCIGNO U.G., *op. ult. cit.*, p. 31; cfr. sul punto anche DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 164 che richiama diverse pronunce della Corte dei Conti che, in forme diverse, hanno riconosciuto la legittimità di contribuzioni economiche da parte dell’amministrazione a favore di soggetti espressione della società civile.

²⁹⁸ In realtà la questione inizialmente fu abbastanza controversa. Come emerge da CAFAGGI F., *Modelli di governo e riforma dello stato sociale* e ID., *Governare per contratto o per organizzazione? Alternative istituzionali nella riforma dello stato sociale*, in CAFAGGI F. (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello*

siano contenute previsioni che, direttamente o indirettamente, ammettono un *favor* per il terzo settore. Orbene, tale questione si inserisce nel più generale discorso riguardante la concezione stessa di sussidiarietà orizzontale: se va riferita solo al privato sociale o se possa riguardare anche l'iniziativa economica finalizzata al profitto.

A quanto accennato sul punto nel precedente paragrafo, cui si rinvia, pare opportuno aggiungere un'ulteriore riflessione riguardante, nello specifico, il rapporto fra il principio di sussidiarietà orizzontale e il principio di concorrenza (e, indirettamente, ai principi/istituti al primo connessi di esternalizzazione, privatizzazione, liberalizzazione e libera iniziativa economica).

L'art. 23-bis della legge 6 agosto 2008, n. 133 di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, prima di esser abrogato dal referendum del 2011, richiamava il principio di sussidiarietà in due diversi contesti e con diverse *ratio*²⁹⁹: al comma 1 nell'ambito di previsioni rivolte alla promozione e al rafforzamento della concorrenza per il mercato; al comma 10 di previsione finalizzate a obiettivi di liberalizzazione e di promozione della concorrenza nel mercato.

Al di là delle perplessità sull'accostamento fra i processi di esternalizzazione liberalizzazione e il principio di sussidiarietà orizzontale, fra l'altro condivise da parte della dottrina³⁰⁰, pare opportuno dare conto della posizione di chi osserva come il principio

stato sociale e ruolo del terzo settore, Bologna, 2002, rispettivamente pp. 7-74 e 75-135, in particolare a p. 48, negli anni immediatamente successivi all'adozione della l. n. 328/2000, si è posto il dubbio circa la possibilità dei soggetti *for profit* di partecipare alla gestione dei servizi sociali; questo sia per l'impianto complessivo della legge, sia per l'ambigua formulazione dell'art. 1 co. 5 che, dopo un'elencazione di organizzazioni senza scopo di lucro, fa riferimento solo ad "altri soggetti privati". Mentre in dottrina è prevalsa l'interpretazione della legge quadro nel senso di ammettere l'erogazione da parte di soggetti *for profit*, a livello di legislazione regionale alcune regioni hanno seguito questa impostazione, prevedendo una "riserva" per il *no profit* solo con riguardo alla partecipazione alla "costruzione" del sistema, in particolare – nei termini sopra descritti – nella fase della programmazione (in questo senso Regione Emilia Romagna, l.r. n. 2/2003, art. 38, 20 e 21; Regione Toscana, l.r. n. 41/2005; Regione Umbria, l.r. n. 11/2015, art. 279, co. 3; Regione Liguria, l.r. n. 12/2006, art. 19; Regione Lombardia, l.r. n. 3/2008, art. 3); altre regioni, invece, si sono orientate nel senso di escludere i soggetti *for profit* anche dalla fase dell'erogazione (in tal senso sembrano essersi orientate la Regione Piemonte l.r. n. 1/2004, art. 11, co. 1, e la Regione Sardegna, l.r. n. 23/2005, art. 10).

²⁹⁹ Questo, almeno, sembra evincersi dalla lettura della disposizione. Infatti, il comma 1 dell'art. 23-bis, infatti, riguardava, in generale, disposizioni sull'affidamento e la gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica; esso andava letto insieme ai successivi commi dell'articolo in questione (in particolare il co. 2 e il co. 3) che prevedevano una limitazione per la gestione diretta del servizio da parte dell'amministrazione (mediante affidamento diretto a società *in house*). Il comma 10, invece, prevedeva l'adozione da parte del Governo di un regolamento anche al fine di "limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale".

³⁰⁰ DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 207 ritiene "deludente" il richiamo alla sussidiarietà orizzontale contenuto nell'art. 23-bis della legge 6 agosto 2008, n. 133. In senso contrario sembra potersi leggere, Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2002, n. 6395 che ha "considerato compreso nell'ambito del principio di sussidiarietà

in questione presenti “*caratteristiche che rendono tale istituto completamente alternativo al diritto della concorrenza*”³⁰¹. Fra i diversi aspetti discretivi evidenziati dall’Autore, occorre fare riferimento al fatto che, mentre “*negli assetti concorrenziali di mercato l’amministrazione è chiamata a essere terza e fuori dal gioco produttivo, nella sussidiarietà orizzontale, invece, essa è chiamata a cooperare con i soggetti privati e perfino ad avvantaggiarli*”.

Per concludere, con tutte le cautele, i “sé”, i “ma” e i “però” che l’argomento in questione impone, si è cercato di affrontare alcuni dei profili più controversi della sussidiarietà orizzontale:

- ci si è soffermati su quali siano le modalità con cui il soggetto pubblico può “favorire” i privati e se queste possono assumere la forma di contributi economici;
- si è toccato il tema relativo a una necessaria “alterità” fra soggetto pubblico e soggetto privato e quello connesso della possibilità di considerare protette dal principio in questione quelle forme di collaborazione funzionali all’erogazioni di servizi prestati per conto dell’amministrazione;
- si è inquadrato il profilo relativo all’ambito “soggettivo” di applicazione del principio, aderendo a una posizione intermedia che, da un lato, non lo limita ai soli soggetti *non profit*; ma, dall’altro, non lo estende indiscriminatamente a tutti quelli che perseguono un fine di lucro;
- si è detto che, per quanto interesse generale e interesse pubblico non siano coincidenti, l’art. 118 ultimo comma della Costituzione può essere chiamato in causa anche quando l’attività dei privati è rivolta al perseguimento di interessi che, in quanto fatti propri da un’amministrazione, sono qualificabili come “pubblici”.

Rimane, tuttavia, opportuna un’ultima precisazione.

Il fatto di considerare riconducibili alla sussidiarietà orizzontale, nei limiti e modi descritti, anche quei rapporti fra pubblico e privato già inquadrabili negli istituti tradizionali, non significa non riconoscere che la sussidiarietà orizzontale è anche altro.

Come sopra ricordato, i casi in cui tale principio si esprime nella sua forma più “pura” e in cui può apportare un maggior contributo innovativo, sono quelli in cui la collaborazione fra pubblico e privato dà vita ad un *tertium* distinto e separato dai modelli

orizzontale, e quindi protetto dal principio stesso, il rapporto convenzionale tra una USL e un’azienda sanitaria privata operante nell’ambito del servizio sanitario sulla base di un rapporto convenzionale” (così CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, p. 5).

³⁰¹ GIGLIONI F., *L’accesso al mercato*, cit. p. 340 ss.

tradizionali (cioè tanto la rimessione al mercato, quanto dall'assunzione in carico da parte di un soggetto pubblico)³⁰². Purché si individuino dei confini oltre ai quali non è possibile andare³⁰³, stante il rischio di trasformare la sussidiarietà orizzontale in uno “*slogan bon à tour faire*”, tale principio contiene molte potenzialità ancora inesprese, come è normale che sia data la sua recente considerazione. In tal senso può anche considerarsi quella recente giurisprudenza che ha utilizzato la sussidiarietà orizzontale “*come nuovo criterio di riconoscimento della legittimazione ad agire*”³⁰⁴.

7. L'erogazione di prestazioni socio-assistenziali fra moduli organizzativi di pubblico servizio e assistenza privata.

Quando si ragiona su quali prestazioni assistenziali possano essere messe a disposizione della cittadinanza, viene quasi spontaneo distinguere, almeno in teoria, fra quelle attività che presentano un carattere di doverosità in quanto rientrano fra le prestazioni che un soggetto pubblico è tenuto a garantire; e quelle estranee ai compiti pubblici, prive di qualunque doverosità e riconducibili esclusivamente alla libera assistenza privata tutelata dall'art. 38, ult. comma, della Costituzione.

Quanto alle prime, la doverosità è frutto di una valutazione “politica” di un soggetto pubblico (valutazione ovviamente che segue le coordinate costituzionali sui diritti sociali); a tali attività si farà riferimento nel corso del lavoro utilizzando l'espressione “pubblico servizio” e altre locuzioni a questa riconducibili (erogatore di pubblico servizio, atto di incarico di pubblico servizio etc.), fermo restando le perplessità di certa dottrina nel considerare servizi sociali e servizi pubblici come categoria unitaria³⁰⁵.

All'interno di questa categoria, è necessario poi distinguere fra le prestazioni erogate direttamente da un soggetto pubblico e quelle che, pur qualificabili come servizio pubblico

³⁰² Cfr. DONATI D., *op. ult. cit.*, pp. 241 ss.; ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, vol. I, pp. 179 ss.

³⁰³ Uno strumento cui ha fatto ricorso il legislatore, sia statale sia regionale, è quello di individuare gli ambiti oggettivi (*rectius*, i settori o le attività) in cui il principio di sussidiarietà orizzontale può operare. In tal senso si è orientato il legislatore statale nel d.lgs. 24 marzo n. 155 disciplinando l'impresa sociale (art.2), nonché alcuni legislatori regionali che hanno espressamente previsto un elenco di settori/attività nei quali può operare il principio in questione (cfr. Regione Calabria, l. r. n. 29/2012 e Regione Umbria l. r. n. 16/2006).

³⁰⁴ Sull'argomento si rinvia a GIGLIONI F., *La legittimazione processuale*, cit., pp. 413 ss. Nella stessa direzione sembra potersi fare riferimento all'istituto del “baratto amministrativo, attualmente disciplinato dal d.l. n. 133/2014, convertito con modificazioni in legge n. 164/2014, ma previsto anche nell'art. 190 dello schema di decreto legislativo di attuazione delle Direttive sui contratti pubblici, che ne rende ancora più evidente il legame con il principio in questione.

³⁰⁵ Su tali aspetti, si v. *supra*, par.5

perché la loro titolarità rimane in capo a un soggetto pubblico, vengono erogate da soggetti privati in qualità di erogatori/incaricati di pubblici servizi (cd. “*forme di outsourcing*”)³⁰⁶.

Sia l'erogazione diretta da parte di un soggetto pubblico sia i casi di *outsourcing*, possono seguire moduli organizzativi fra loro diversamente articolati e costruiti.

Prima di procedere alla loro analisi occorre fare riferimento al secondo tipo di attività assistenziali che possono risultare a disposizione di una determinata collettività, ossia quelle prestazioni frutto dell'apporto autonomo e volontario di soggetti privati, riconducibile all'art. 38, ultimo comma, della Costituzione.

7.1. Prestazione assistenziale “libera” non rientrante nell'attività di servizio pubblico.

Con riferimento a questa tipologia di attività, essa è configurabile come attività privata, priva del carattere di doverosità (quindi, non qualificabile come pubblico servizio) e di norma integrativa/aggiuntiva rispetto a quella qualificabile come servizio pubblico (il condizionale è d'obbligo perché, come si cercherà di illustrare, la distinzione in concreto risulta spesso non agevole).

Se si segue l'interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale di cui si è dato conto nei precedenti paragrafi, tale attività privata potrebbe anche essere agevolata/favorita da parte dei soggetti pubblici.

A tal riguardo è però necessaria un'ulteriore distinzione.

a. Attività assistenziale senza fine di lucro

Quando l'attività assistenziale non persegue alcun fine di lucro soggettivo (facendo, quindi, rientrare in tale ipotesi non solo il caso di chi non “*fa e non vuole fare profitto*”, ma anche di chi “*fa profitto per poter usare quelle risorse per il benessere generale*”³⁰⁷), si rientra certamente nell’“ambito operativo” dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale e non vi sono dubbi sul fatto che l'amministrazione possa intervenire per favorire/supportare tale attività, col fine di allargare “*la sfera del possibile intervento rispetto a quella che i soggetti pubblici avrebbero previsto e programmato come necessario*”³⁰⁸.

³⁰⁶ Cfr. BIN R., PITRUZZELLA G., DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 289.

³⁰⁷ ID., *op. ult. cit.*, p. 297.

³⁰⁸ ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 128.

Le modalità e le forme che tale intervento può assumere non sono tassative e possono essere le più varie, non ritenendosi di escludere *a priori* nemmeno la possibilità di contribuzioni di natura economica³⁰⁹, purché ciò avvenga nel rispetto di altri principi (sia di origine interna sia di matrice europea) che regolano l'attività pubblica, legislativa e/o amministrativa (ad esempio, se si opta per l'erogazione di contributi, non possono non essere rispettati i principi di imparzialità, ragionevolezza, uguaglianza, non discriminazione in base alla nazionalità etc.).

b. Attività assistenziale con fine di lucro

Quando, invece, l'attività socio-assistenziale "privata" è posta in essere per il perseguimento di uno scopo di lucro anche soggettivo, vengono in rilievo tutte le perplessità e le incertezze riguardanti l'effettiva portata del principio di sussidiarietà orizzontale e la sua operatività nei confronti dei soggetti *for profit*. Controversa è, infatti, la riconducibilità al principio di sussidiarietà di un eventuale sostegno di un soggetto pubblico a tali attività private rivolte al perseguimento di un lucro soggettivo³¹⁰.

Al di là tali incertezze, alcuni punti fermi circa regime giuridico dell'attività assistenziale posta in essere da soggetti privati *for profit* al di fuori di un incarico di pubblico servizio, sembrano poter essere individuati.

In primo luogo, tali attività rientrano in pieno nell'ambito di applicazione dell'art. 41 della Costituzione; in tali casi, pertanto, alla luce di quanto previsto dal comma secondo, il soggetto pubblico ha il dovere/potere di intervenire per evitare che la libera iniziativa economica privata si svolga in contrasto con l'utilità sociale (si pensi, ad esempio, ad una previsione legislativa che richieda un'autorizzazione finalizzata all'accertamento del possesso di requisiti tecnici/qualitativi, anche per chi opera al fuori di un vincolo di servizio pubblico e, quindi, senza attingere a risorse pubbliche).

In secondo luogo, non pare possa escludersi nemmeno l'operatività dell'art. 38, co. 5, della Costituzione che tutela la libertà di assistenza privata; da ciò consegue che la libera iniziativa economica privata, che consiste nell'erogazione di servizi socio-assistenziali, gode di tutele costituzionali più forti rispetto ad altre attività economiche: non sono ammissibili, quindi, monopoli pubblici in materia assistenziale o comunque il trasferimento (o la riserva *ab origine*) a soggetti pubblici così come l'art. 43 della Costituzione ammette per altre attività di impresa; lo stesso dovrebbe dirsi con riguardo

³⁰⁹ BIN R., PITRUZZELLA G., DONATI D., *op. ult. cit.*, pp. 285 ss.

³¹⁰ Vedi *supra* par. 6.1.

all'operatività dell'art. 41 co. 3 soprattutto con riguardo ai programmi più che ai controlli³¹¹.

7.2. Opacità della distinzione fra attività assistenziale di servizio pubblico e attività autonoma: in dottrina e nella legislazione di settore.

Tornando alla distinzione principale fra attività assistenziale qualificabile come pubblico servizio e quella libera e “non doverosa” posta in essere da soggetti privati, il problema della loro distinzione non si pone quando l'attività privata non è in alcun modo “favorita” dall'amministrazione: non instaurandosi alcun rapporto collaborativo fra pubblico e privato, la distanza fra le due ipotesi è evidente, tanto in astratto quanto in concreto.

I problemi sorgono quando fra l'amministrazione e il soggetto privato si instauri un rapporto giuridico non riconducibile, però, a una relazione organica e funzionale di servizio pubblico.

Ciò può accadere, ad esempio, nel caso in cui l'amministrazione, attraverso l'erogazione di contributi e altri vantaggi economici, si limiti a favorire un'attività privata che rimane libera, in quanto non rientrante fra i compiti della pubblica amministrazione (ma rispetto a questi aggiuntiva e integrativa).

Ancor più problematici sono i casi in cui il rapporto pubblico-privato viene cristallizzato in una convenzione che regoli sia i profili più strettamente legati allo svolgimento dell'attività, sia quelli “patrimoniali”, relativi al corrispettivo/rimborso spese.

In tutte queste ipotesi risulta spesso difficile distinguere fra attività assistenziale qualificabile come pubblico servizio e attività assistenziale privata (eventualmente “favorita” dall'amministrazione).

Si ritiene, tuttavia, che la varietà delle forme che la collaborazione, il coordinamento, il raccordo fra pubblico e privato sociale hanno assunto nel settore assistenziale (tutte ricomprese nell'espressione *welfare mix* e tutte più o meno riconducibili a un modello di *welfare* sussidiario), non dovrebbe precludere a un loro preciso inquadramento dogmatico (ovviamente nella consapevolezza della necessità di adattare, entro certi limiti, le categorie giuridiche alle peculiarità dei servizi sociali); a meno che non si ritenga che distinguere l'attività assistenziale che è servizio pubblico da quella come tale non qualificabile, non si

³¹¹ Cfr. MARZUOLI C., *Le aziende speciali e le istituzioni*, in Atti del 41° Convegno del Centro studi amministrativi di Varenna, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, pp. 48 ss., in part. p. 63.

riduca a un mero esercizio di stile, privo di effettive conseguenze in termini di regime giuridico³¹².

Viene naturale chiedersi, infatti, se non sia questa la ragione per cui in dottrina le due attività vengono spesso confuse e sovrapposte (per quanto, ovviamente, non manchino Autori che a tale distinzione danno evidenza³¹³, senza però che le esigenze di sistematizzazione possano ritenersi interamente soddisfatte³¹⁴).

³¹² Sul diverso regime giuridico che distingue un'attività qualificabile come servizio pubblico da un'attività privata, si vedano per tutti, così CAIA G., *Funzione pubblica e servizio pubblico* cit., pp. 923 ss. e ROMANO A., *Profili della concessione*, cit., che osserva come la connotazione pubblicistica del momento concernente l'organizzazione e la predisposizione del servizio pubblico “*caratterizza conseguentemente il rapporto tra l'Amministrazione e il soggetto gestore del servizio*”, differenziandolo dall'attività privatistica della amministrazione pubblica. Sul tema si veda anche Cfr. ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 128, secondo la quale nel caso di “*attività privata che allarga la sfera del possibile intervento rispetto a quella che i soggetti pubblici avrebbero previsto e programmato come necessario*” il rapporto che si istaura “*fra enti pubblici e soggetti privati è prevalentemente di coordinamento e non richiede necessariamente una forte regolazione (...) Ipotesi affatto diversa è quella che si determina quando il sostegno operativo e finanziario degli enti pubblici ai soggetti privati è legato alla creazione di una sinergia e di una collaborazione che porta a coinvolgere i privati nell'ambito delle attività che comunque fanno parte dei compiti cui gli enti pubblici sono tenuti a garantire i diritti sociali*”. Più recentemente, sempre ALBANESE A., *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 2014, p. 158-159, osserva come in tale seconda ipotesi sia “*presente assai più che nella prima la dimensione di interesse economico dell'attività prestata (...) e ciò non è privo di conseguenze sul piano della disciplina giuridica che le si applica. Se, ad esempio, per il sostegno di interventi del privato sociale che siano esclusivamente espressione di partecipazione e cittadinanza attiva il tradizionale strumento delle convenzioni (...) può essere idoneo a regolare il rapporto fra amministrazioni e privato sociale, esso risulta per contro quasi sempre inadeguato quando oggetto della collaborazione fra enti pubblici e Terzo settore sia la erogazione di prestazioni*” rientranti fra i compiti dell'amministrazione. Sottolineano le rilevanti differenze fra l'erogazione di prestazioni pubbliche da parte di operatori privati e apporto autonomo e volontario di privati, anche BIN R., PITRUZZELLA G., DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 290.

³¹³ ID., *op. ult. cit.*, p. 290, si esprimono nei seguenti termini “*Le ultime due ipotesi (erogazione di prestazioni pubbliche da parte di operatori privati e apporto autonomo e volontario di privati) sono di frequente confuse e sovrapposte, eppure presentano differenze rilevanti: infatti, mentre nel primo caso dell'erogazione di prestazioni da parte dei privati accreditati si è sostanzialmente davanti a una forma retribuita di “sostituzione” del pubblico col privato, il quale in base a un appalto di servizi (o, meno frequentemente, di una convenzione o di un atto di concessione) subentra una attività propria dell'amministrazione (la quale, a seconda della natura della relazione, resta più o meno responsabile della soddisfazione dei cittadini), seguendo l'ipotesi sussidiaria si dà, invece, vita ad attività (e quindi a relazioni) favorite, ma in nessun modo retribuite, svolte da cittadini attivi, le quali sono e restano distinte e ulteriori rispetto a quelle di cui è titolare l'amministrazione*”. Dà conto di tale distinzione anche ALBANESE A., *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 128- 129 e, più recentemente, ID., *I rapporti fra soggetti non profit*, cit., pp. 153-161, in part. p. 158 secondo cui “*vi sono ipotesi in cui gli enti pubblici supportano in modo vario attività di utilità sociale autonomamente svolte e proposte da soggetti non profit, ma che non rientrano fra gli interventi che l'ente pubblico è tenuto (o si è impegnato) a garantire; in altri casi invece l'azione dei soggetti non profit si inserisce pienamente nell'ambito di interventi che le amministrazioni devono realizzare attraverso l'erogazione di prestazioni*”. Cfr. anche CAIA G., *I servizi sociali degli enti locali*, cit., p. 368, secondo cui “*Fenomeno diverso da quello cui ci si è ora riferiti, parlando dell'autonoma iniziativa delle formazioni sociali per la prestazione di servizi, è il vero e proprio affidamento del servizio pubblico o l'appalto di servizi a privati che ricevono remunerazioni (il corrispettivo del concessionario o dell'appaltatore) per l'erogazione di prestazioni sociali nell'ambito di un servizio pubblico che l'ente locale deve o ha voluto organizzare*”; SORACE D. *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, 1993, Milano, p. 1157; cfr. PERFETTI L., *Le convenzioni*, in MATTIONI A., CODINI E., COLOMBO A., FOSSATI A. (a cura di), *Le leggi della solidarietà: commento coordinato della legge sul volontariato e sulle cooperative sociali*, Milano, 1993, p.

La distinzione fra le due descritte ipotesi appare affatto sfumata soprattutto a livello legislativo.

Nella normativa statale di settore sui servizi sociali (legge quadro n. 328/2000 e d.P.C.M. 30 marzo 2001), anche se sembrerebbero potersi individuare alcune previsioni dalle quali emergerebbe la distinzione fra attività assistenziale di pubblico servizio e attività assistenziale “libera”³¹⁵, si tratta sempre di disposizioni scarse e/o ad elevato tasso di ambiguità, rispetto alle quali diverse interpretazioni risultano possibili³¹⁶.

82 secondo cui “*la prassi identifica con il vocabolo 'convenzione' ipotesi riconducibili tout court a contratti rientranti nell'attività di diritto privato dell'amministrazione, posti in essere, per lo più, in relazione ad attività non istituzionali dell'amministrazione ed in assenza di provvedimento; per altro verso si identificano con il medesimo termine anche ipotesi in cui si ha la deduzione in convenzione del potere dell'amministrazione, spesso con la concessione di un servizio pubblico in capo ad una organizzazione di volontariato, dandosi luogo ad una complessa dinamica di posizioni soggettive*”. Secondo CONSITO M., *op. ult. cit.*, p. 85, “*in taluna disciplina, anche regionale, di settore manca una chiara distinzione tra l'autonoma iniziativa delle formazioni sociali per la prestazione di servizi privati di interesse generale e l'affidamento del servizio pubblico o di un appalto di servizi ad organizzazioni terze che ricevono un corrispettivo – non importa se dall'amministrazione affidante, dagli utenti o da soggetti ulteriori che vi abbiano interesse – per l'erogazione delle prestazioni rese, di nuovo non importa se agli utenti o all'ente affidante*”.

³¹⁴ DE CARLI P., *Gli affidamenti dei servizi sociali fra concorrenza e localismo*, in *Ammin.*, 3, 2008, pp. 395 – 421, in part. p. 395, ragionando sull'utilizzo delle convenzioni con i soggetti *non profit* nel settore assistenziale, osserva, da un lato come tale strumento abbia ricompreso “*un'ampia tipologia di situazioni e mezzi di raccordo pubblico-privato che va da un utilizzo funzionalizzato del privato, con una forte predeterminazione pubblica di clausole e un assoggettamento ad un sensibile ius variandi pubblico, a casi invece di maggiore espressione della specificità dell'apporto del privato e, quindi, di un suo più forte influsso di tipo contrattuale. Le 'convenzioni' quindi possono riferirsi a ambiti fortemente pubblicizzati e sostanzialmente riservati, ma anche a settori di attività non pubblicisticamente conformate ma soggette a regolazione, come anche a campi di attività semplicemente incentivate. E, per il vero, nella maggior parte dei casi le convenzioni sono modalità contrattuali connesse con l'attribuzione di aiuti sociali piuttosto che con l'erogazione di veri e propri servizi*”. Dall'altro l'Autore, dopo aver correttamente sottolineato come nel campo sociale i sistemi organizzativi “a servizio pubblico” siano relativamente recenti, osserva come la “*la costruzione stessa di sistemi di servizio pubblico e/o di attività regolata appare (...) da parte delle stesse Regioni e degli enti locali, una linea di tendenza per ora perseguita con fatica e con molte incertezze*”. Di diverso tenore sembrano le riflessioni di FERIOLI E. 2003, *op. ult. cit.*, p. 99.

³¹⁵ In tal senso si veda anche DONATI D., *op. ult. cit.*, p. 107-108 secondo cui la dalla legge quadro emerge un’*“articolazione multiforme” che comprende “l'intervento diretto, in prima persona, dei soggetti pubblici (...) l'intervento indiretto dei soggetti pubblici, attuato attraverso l'esternalizzazione di specifiche attività (...) l'intervento sussidiario, alternativo o complementare, dei soggetti del terzo settore”*.

³¹⁶ Il primo “indizio” pare ravvisabile nell'art. del d.P.C.M. 30 marzo 2001 (sul valore giuridico di tale atto di indirizzo e coordinamento, vedi *infra* paragrafo successivo) che prevede che regioni e comuni valorizzino l'apporto del volontariato nel sistema di interventi e servizi sia “*come espressione organizzata di solidarietà sociale, di autoaiuto e reciprocità*” sia “*con riferimento ai servizi e alle prestazioni, anche di carattere promozionale, complementari a servizi che richiedono una organizzazione complessa ed altre attività compatibili*”. A tali fini (così almeno sembra doversi interpretare la disposizione) “*gli enti pubblici stabiliscono forme di collaborazione con le organizzazioni di volontariato avvalendosi dello strumento della convenzione di cui alla legge n. 266/1991*”. Pertanto, mentre nel secondo caso sembra farsi riferimento alla valorizzazione del volontariato in funzione complementare ad attività di servizio pubblico, nella prima ipotesi si dovrebbe riferire all'assistenza privata *tout court*. Anche il secondo “indizio”, sempre ricavabile dal d.P.C.M. 30 marzo 2001 adottato sulla base della l. n. 328/2000, è il frutto di una complessa (quanto incerta) attività ermeneutica. L'art. 5. ult., co., di tale d.P.C.M. prevede che i Comuni stipulino convenzioni con i fornitori iscritti nell'elenco di cui al comma 2, anche acquisendo la disponibilità del fornitore alla erogazione di servizi e interventi a favore di cittadini in possesso dei titoli di cui all'articolo 17 della legge n. 328 del 2000. Riprendendo le considerazioni di ALBANESE A., *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., p. 283, lo strumento delle convenzioni talvolta è la “*forma che assumono gli accordi stipulati con i soggetti accreditati*”.

Forse ancora più difficile da interpretare è il quadro a livello di legislazione regionale di settore dove, a fianco di leggi nelle quali di tale distinzione non v'è alcuna traccia, altre sembrano farvi più o meno esplicito riferimento, ma in termini tali da non far venir meno i profili di incertezza³¹⁷.

che entrano a far parte di un sistema integrato pubblico di erogazione di servizi”, altre volte “regolano i rapporti di mera collaborazione fra gli enti pubblici e i soggetti non profit in relazione ad attività che esulano dall’ambito dei servizi pubblici in senso stretto o che li intersecano marginalmente”, comunque valorizzate e sostenute in quanto considerate di interesse generale”.

³¹⁷ Interessanti sul punto sono alcune previsioni della legge della Regione Puglia 10 luglio 2006 n. 19 ss. mm. (in particolare dagli art. 19, 21, 54 55 e 56) e della l. r. della Regione Liguria 06 dicembre 2012, n. 42, “*Testo Unico delle norme sul Terzo Settore*”. Con tutte le cautele del caso, le disposizioni di cui agli art. 28 ss. della legge ligure sembrano riferirsi ad attività diverse da quelle di pubblico servizio (fanno parte del Titolo IV, “*Partecipazione del terzo settore alla funzione sociale, convenzioni, affidamenti partecipazione del terzo settore*), così come quelle degli art. 36 e 37 (“*Norme di incentivazione e agevolazione del terzo settore*”). Al contrario, le previsioni degli articoli da 32 a 35 (“*Concessioni, appalti, accreditamento*”) dovrebbero riferirsi ad attività assistenziale qualificabile come servizio pubblico. Si riportano alcuni passaggi delle disposizioni richiamate per dare conto di quanto si sostiene. ARTICOLO N.28 (Azioni e patti per la valorizzazione e il sostegno della sussidiarietà orizzontale): La Regione Liguria, gli enti locali e le Aziende sanitarie locali “*svolgono le proprie funzioni sociali riconoscendo, valorizzando e sostenendo l’autonoma iniziativa dei cittadini e delle formazioni sociali nell’attuazione della funzione sociale pubblica attraverso lo svolgimento di attività di interesse generale, anche mediante forme di collaborazione ai sensi dell’articolo 119 del d.lgs. 267/2000 e successive modificazioni ed integrazioni.*

2. *Le Aziende sanitarie locali, nell’ambito delle proprie funzioni, favoriscono e sostengono, ai sensi dell’articolo 1, comma 18, del d.lgs. 502/1992 e successive modificazioni ed integrazioni, le istituzioni e gli organismi a scopo non lucrativo nel loro volontario impegno nella funzione sanitaria e sociosanitaria, in attuazione dei doveri costituzionali di solidarietà, dando attuazione al pluralismo etico-culturale dei servizi alla persona ed in attuazione dell’articolo 118 della Costituzione.*

3. *Le azioni istituzionali di cui ai commi 1 e 2 si realizzano principalmente attraverso patti di sussidiarietà nella forma degli accordi di diritto pubblico di cui all’articolo 11 della legge 7 agosto 1990, n. 241(..)così come definiti dagli articoli 30 e 31”.*

ARTICOLO N.29 (Azioni e patti per la facilitazione dell’impegno dei privati in attività sociali di interesse generale)

“1. *Le azioni di facilitazione dei privati, aventi o non aventi finalità di profitto, alle cui iniziative venga riconosciuta utilità sociale, consistono nella messa a disposizione di informazioni, nell’instaurazione di flussi di comunicazione, nel coordinamento dei servizi e degli interventi sociali pubblici con quelli privati e in ogni altra forma di agevolazione di tali autonome iniziative che non comporti l’attribuzione di fondi o di altre utilità economiche da parte delle Amministrazioni”.*

ARTICOLO N.30 (Azioni e patti per il sostegno dell’impegno dei privati senza finalità di profitto nell’esercizio della funzione sociale)

“1. *Le azioni per il sostegno dell’impegno dei privati senza finalità di profitto, iscritti nelle competenti sezioni del Registro regionale di cui all’articolo 13, nell’esercizio della funzione sociale (...) consistono nella messa a disposizione” da parte dei soggetti pubblici sopra richiamati “di risorse economiche, organizzative e/o finanziarie a fronte dell’impegno a partecipare ai processi di coprogettazione dei servizi e degli interventi e/o alla loro autonoma realizzazione, anche in collaborazione con le organizzazioni pubbliche, nell’ambito della programmazione sociale locale.*

2. *Per accedere al sostegno istituzionale, l’impegno partecipativo di cui al comma 1 deve prevedere la messa a disposizione da parte dei privati senza finalità di profitto di risorse economiche, organizzative e/o finanziarie proprie e/o autonomamente reperite, nella percentuale minima del 30 per cento delle risorse complessive previste per la realizzazione del progetto.*

3. *L’impegno di cui al comma 1 è formalizzato attraverso accordi di diritto pubblico, ai sensi dell’articolo 11 della l. 241/1990 e successive modificazioni ed integrazioni, quali accordi endoprocedimentali ovvero sostitutivi del provvedimento finale di concessione dei benefici di cui al comma 1. E’ esclusa la corresponsione, sotto qualsiasi forma, di utilità economiche sostanzialmente riconducibili a corrispettivi per la fornitura di servizi o di beni o a trasferimenti connessi alla concessione di pubblici servizi.*

4. *L’entità dei contributi di cui al presente articolo, evidenziati in un dettagliato piano economico-finanziario, non può superare il 70 per cento del valore economico complessivo del progetto oggetto di*

accordo e, comunque, quanto necessario al fine della mera compensazione degli oneri che il partner privato assume, in conformità alla decisione CE del 20 dicembre 2011 (C/2011 9389 – 2012/21/UE) e successive modifiche. Tali contributi vanno attribuiti nel rispetto delle indicazioni date dalla predetta decisione e, in particolare, devono essere definiti nel loro importo massimo al momento della stipula dell'accordo, che deve prevedere anche la verifica ex post delle attività svolte e dei flussi economico- finanziari effettivamente realizzatisi, con garanzia della eventuale restituzione di quanto anticipato in eccesso rispetto allo squilibrio accertato fra i costi sostenuti e gli eventuali ricavi a qualsiasi titolo conseguiti e con restituzione integrale nel caso di mancato raggiungimento della percentuale di cui al comma 2.

ARTICOLO N.31 (Procedimenti per la conclusione di patti di sussidiarietà)

1. L'individuazione dei partner nei patti di sussidiarietà di cui agli articoli 28, 29 e 30 e comunque l'attribuzione di qualsiasi tipo di utilità economica avviene attraverso procedure ad evidenza pubblica, preferibilmente nell'ambito dei processi di programmazione e progettazione sociale locale partecipata, nel rispetto delle norme di cui all'articolo 12, della l. 241/1990 e successive modificazioni ed integrazioni. Tali procedure, che escludono erogazioni non collegate all'autonoma realizzazione di specifici obiettivi attraverso interventi o servizi, sono, preferibilmente, di tipo non competitivo e sono caratterizzate dal consenso dei soggetti partecipanti acquisito tramite evidenza pubblica, ai sensi dell'articolo 11, comma 1 bis, della l. 241/1990 e successive modificazioni ed integrazioni."

ARTICOLO N.31 (Procedimenti per la conclusione di patti di sussidiarietà)

"1. L'individuazione dei partner nei patti di sussidiarietà di cui agli articoli 28, 29 e 30 e comunque l'attribuzione di qualsiasi tipo di utilità economica avviene attraverso procedure ad evidenza pubblica, preferibilmente nell'ambito dei processi di programmazione e progettazione sociale locale partecipata, nel rispetto delle norme di cui all'articolo 12, della l. 241/1990 e successive modificazioni ed integrazioni. Tali procedure, che escludono erogazioni non collegate all'autonoma realizzazione di specifici obiettivi attraverso interventi o servizi, sono, preferibilmente, di tipo non competitivo e sono caratterizzate dal consenso dei soggetti partecipanti acquisito tramite evidenza pubblica, ai sensi dell'articolo 11, comma 1 bis, della l. 241/1990 e successive modificazioni ed integrazioni"

ARTICOLO N.32(Affidamento di servizi sociali)

1. L'affidamento dei servizi sociali avviene attraverso procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto della normativa nazionale in tema di servizi pubblici locali e dei principi di sussidiarietà, trasparenza, pubblicità, economicità.

2. L'affidamento avviene secondo modalità appropriate rispetto alla natura ed alle caratteristiche del servizio e nel rispetto del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) e successive modificazioni ed integrazioni, nelle forme dell'accreditamento ai sensi dell'articolo 33, della concessione o dell'appalto, ferma restando la natura di settore escluso dall'ambito di applicazione del codice degli appalti stabilita dall'allegato II B dell'articolo 20 del d.lgs. 163/2006 e successive modificazioni ed integrazioni.

3. L'affidamento di cui al comma 1 avviene, qualora le caratteristiche del servizio lo consentano, preferibilmente attraverso l'attribuzione del servizio nella sua totalità, allo scopo di ottimizzare la prestazione dello stesso nei confronti della collettività.

4. In considerazione della specificità della materia dei servizi sociali, le procedure di affidamento di cui al comma 1 valorizzano, nel rispetto della normativa vigente nazionale e comunitaria, anche gli elementi qualitativi dell'offerta, con particolare riferimento agli aspetti che caratterizzano la gestione e la sua qualità, tenendo conto dei contenuti dei progetti che prevedano sinergie con la rete dei servizi e degli interventi sociali, sociosanitari e sanitari.

5. La Giunta regionale definisce schemi tipo relativi agli accordi di cui al presente capo.

ARTICOLO N.33 (Accreditamento dei servizi e dei presidi sociali)

1. In conformità a quanto previsto dalla normativa regionale, ai fini della promozione del sistema integrato di servizi sociali e sociosanitari, i soggetti del Terzo Settore possono divenire fornitori di servizi pubblici attraverso il processo di accreditamento previsto dall'articolo 48 della l.r. 12/2006 e successive modificazioni ed integrazioni.

2. L'accreditamento per i servizi ed i presidi è di competenza dei comuni singoli o associati a livello distrettuale ai sensi di quanto disposto dalla l.r. 12/2006 e successive modificazioni ed integrazioni. Per i Distretti in cui è articolato il Comune di Genova, l'accreditamento è di competenza del Comune capoluogo per il proprio territorio e dei restanti diversi comuni associati nei rispettivi Distretti.

3. La Giunta regionale, in collaborazione con il Coordinamento regionale con i comuni e il Terzo Settore istituito ai sensi dell'articolo 23, sentite le organizzazioni sindacali, stabilisce le tipologie di servizi sociali accreditabili, i relativi standard quantitativi e qualitativi, i contenuti fondamentali dell'accordo di accreditamento e quelli relativi al rapporto contrattuale di cui al presente articolo, nonché le modalità

Indicazioni univoche non si ricavano nemmeno dalla legislazione sui soggetti del terzo settore.

La legge 11 agosto 1991, n. 266, sul volontariato (ma simili considerazioni riguardano anche la l. 7 dicembre 2000, n. 383, sulle associazioni di promozione sociale) non fa luce sul punto: in tale normativa si fa riferimento sia alla possibilità che tali organizzazioni ricevano contributi pubblici sia che ricevano rimborsi nell'ambito di convenzioni³¹⁸, ma senza ulteriori specificazioni utili ai fini della distinzione di cui si discute; nemmeno dalla legge 8 novembre 1991, n. 381 sulle cooperative fornisce indicazioni immediatamente rilevanti.

7.2.1. (Segue) Profili che sembrerebbero giustificare l'opacità della distinzione.

Per capire se tale distinzione (ossia quella fra l'attività assistenziale "privata" e quella, invece, materialmente posta in essere da un soggetto privato ma riconducibile alla titolarità dell'amministrazione perché oggetto di un servizio pubblico), meriti di essere approfondita, occorre interrogarsi su quali siano le differenze (se ve ne siano ovviamente) fra le due situazioni in termini di regime giuridico.

relative alla presa in carico professionale degli utenti al fine di assicurare che la loro ammissione al servizio avvenga nell'ambito di un percorso assistenziale attivo per l'integrazione o la reintegrazione sociale dei soggetti beneficiari, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della l. 328/2000 con la garanzia della tutela dei loro diritti, della costante adeguatezza e della qualità dei servizi.

4. L'accreditamento ha efficacia a tempo indeterminato ed è condizionato al rispetto dell'accordo di accreditamento, al permanere in capo al titolare del servizio dei requisiti previsti dalle leggi e dalle altre norme nazionali e regionali e all'adesione dello stesso soggetto accreditato alle variazioni dell'accordo di accreditamento ritenute opportune da parte del soggetto pubblico.

5. In nessun caso l'accreditamento comporta l'automatica assunzione di oneri economici da parte delle Amministrazioni interessate; esse possono stipulare specifici accordi contrattuali con i soggetti accreditati, al fine di porre in tutto o in parte il costo del servizio a loro carico.

6. Gli accordi contrattuali vengono stipulati previe procedure ad evidenza pubblica non competitive con tutti i soggetti già accreditati che ne facciano richiesta, senza indicare volumi predefiniti di prestazioni erogabili; definiscono nel dettaglio gli obblighi di pubblico servizio e prevedono altresì l'applicazione di tariffe standard, differenziate in rapporto alle caratteristiche dei servizi e del territorio, che i soggetti stipulanti si impegnano a praticare alla generalità degli utenti.

7. Gli accordi contrattuali prevedono anche, in capo ai soggetti erogatori, l'obbligo di praticare agli utenti presi in carico dal Servizio sociale pubblico tariffe differenziate da questo stabilite in relazione alle diverse situazioni economico-sociali, con assunzione, in tal caso, da parte dell'ente pubblico della differenza rispetto alla tariffa standard e ferma restando la permanenza del rischio imprenditoriale in capo al soggetto accreditato per la quota a carico degli utenti.

8. Il controllo della spesa pubblica in rapporto alle disponibilità finanziarie avviene attraverso l'autorizzazione per l'ammissione al servizio degli utenti presi in carico.

³¹⁸ Sulla distinzione fra contributi (prestazione in denaro o altra utilità concessa in relazione ad attività specifiche o a una generalità di attività) e convenzioni (rapporto giuridico avente ad oggetto una prestazione continuativa e periodica), cfr. PERFETTI L., *op. ult. cit.*, p. 81; sulla possibilità che il rimborso previsto nelle convenzioni fra soggetti pubblici e organizzazioni di volontariato superi il mero rimborso spese, MICHIARA P., *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Ist. Editoriale Regioni Ital., 2005.

Una prima differenza potrebbe rintracciarsi nell'ambito di applicazione dell'istituto dell'accreditamento nel senso che, almeno in astratto, l'accreditamento dovrebbe essere richiesto ai soggetti privati che erogano prestazioni per conto e a carico del servizio pubblico; mentre per quelli che operano sulla base della libertà riconosciuta e garantita dall'art. 38, ult. co., della Costituzione, l'applicazione di tale istituto potrebbe risultare sproporzionata e non ragionevole³¹⁹.

In realtà, non è possibile utilizzare come criterio di distinzione fra attività assistenziale di servizio pubblico e attività assistenziale "privata" l'ambito di applicazione dell'accreditamento; ciò perché tale istituto (e il suo ambito di applicazione) risentono proprio di quella confusione che dovrebbero aiutare a chiarire; nel senso che spesso, sia nella legislazione statale sia in quella regionale, il suo ottenimento è richiesto anche per quelle prestazioni che non sembrano qualificabili come servizi pubblici.

Occorre quindi cercare altrove elementi tali da dare rilievo, anche in termini di regime giuridico, alla distinzione di cui si discute, analizzando - ad esempio - il rapporto fra il prestatore e il destinatario della prestazione.

Il privato che agisce come erogatore di un pubblico servizio, al di là di specifiche previsioni contenute nelle carte di servizio, è tenuto ad osservare "*quel complesso di principi che sembra costituire il nucleo essenziale di ogni attività funzionale all'interesse pubblico*"³²⁰, e in particolare il principio di imparzialità³²¹ e di continuità nell'erogazione del servizio; ciò dovrebbe valere a prescindere dal modulo organizzativo di *outsourcing* prescelto, quindi sia nel caso in cui il privato si sostituisce all'amministrazione nell'erogazione del servizio (cd. affidamento a terzi), sia nel caso in cui il privato eroghi prestazioni per conto del soggetto pubblico, operando in un sistema in cui sono presenti anche altri erogatori, pubblici e privati³²².

³¹⁹ Cfr. DONATI D., *op. ult. cit.*, pp. 347 ss.

³²⁰ Così MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche*, cit., p. 8.

³²¹ ALBANESE A., *Diritto all'assistenza*, cit., p. 157-158 secondo cui il "*servizio pubblico, chiunque lo presti (...) non può non risultare caratterizzato da un regime giuridico diverso da quello proprio delle attività prestate dai soggetti privati come pure espressione della loro autonomia e libertà (...) La necessità di informare la propria attività al principio di imparzialità, con le sue molteplici conseguenze, ci sembra che costituisca, in ultima analisi, l'elemento che caratterizza in modo specifico, come per ogni attività pubblica, anche il regime giuridico del servizio pubblico*"; cfr. anche FREGO LUPPI S., *Servizi sociali e diritti della persona*, cit., p. 134 ss.

³²² Si fa spesso riferimento a tale situazione tramite l'espressione "acquisto del servizio" da un soggetto privato; su tale modello si tornerà ampiamente nei successivi paragrafi. Cfr. ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 272.

Tale conclusione, cui si può giungere anche partendo dal dato costituzionale³²³, è in linea con le osservazioni di autorevole dottrina³²⁴ circa l'evoluzione che sta caratterizzando il diritto amministrativo, secondo cui l'utilizzo sempre crescente del diritto privato e commerciale (il contratto, le società etc.), lungi dal rendere recessivo il diritto pubblico, sta portando a un allargamento dei suoi orizzonti, tanto da poter affermare - forse estremizzando, ma non per questo distorcendo la realtà - che il diritto privato non è più il solo "diritto comune", ma a questo si affiancano i principi e talune regole del diritto amministrativo³²⁵.

In altre parole, il sempre più frequente ricorso a strumenti organizzativi e funzionali di diritto privato (il contratto, la società etc.) per il perseguimento di compiti appartenenti a soggetti pubblici, non può prescindere dall'applicazione di principi e regole che tradizionalmente caratterizzano l'attività (e talvolta anche l'organizzazione) della pubblica amministrazione.

La sottoposizione dell'attività dei privati di espletamento di compiti di pubblico servizio ai principi dell'azione amministrativa, trova oggi conferma nell'art. 1, co. 1-ter, della l. n. 241/1990 secondo cui *"i soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative assicurano il rispetto dei criteri e dei principi di cui al comma 1, con un livello di garanzia non inferiore a quello cui sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge"*.

Secondo la tesi prevalente, tale disposizione *"non costituisce un fondamento di carattere generale all'imputazione dei principi della funzione amministrativa ai soggetti che svolgono attività oggettivamente volte al perseguimento dell'interesse generale"*, ma si limita a riconoscere che, anche ove svolta dai privati, *"l'attività amministrativa - definibile come tale in base al settore normativo di riferimento - sia assoggettata alle regole generali proprie"*³²⁶.

Il punto centrale è come intendere il riferimento all'"attività amministrativa": se si intende l'esercizio di una funzione amministrativa in senso proprio tale disposizione non riguarderebbe l'erogatore di pubblico servizio e avrebbe un ambito operativo limitato ai cd.

³²³ Come fatto da CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, cit., pp. 81 ss.

³²⁴ CASSESE S., TORCHIA L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna.

³²⁵ *Ibidem*.

³²⁶ Così, Cons. Stato, Sez. VI, 20 gennaio 2009, n. 269.

*munera*³²⁷. Pare, però, preferibile una soluzione che dia all'art. 1 co. 1-ter un ambito operativo più ampio, tale da comprendere anche i pubblici servizi³²⁸.

La locuzione in questione, così intesa, andrebbe quindi nel senso di dare conferma all'assunto che vede l'attività di erogazione di pubblico servizio, posta in essere dai privati, sottoposta a quel nucleo essenziale, rappresentato dai principi sull'attività amministrativa.

Tale conclusione, per quanto differenzi il regime giuridico dell'attività assistenziale di pubblico servizio da quella posta in essere liberamente dai privati (ma "favorita" da un soggetto pubblico), non lo fa in modo così rilevante come potrebbe pensarsi; infatti, anche l'attività "libera" (soprattutto quando il *favor* consiste nel conferimento di risorse pubbliche) non pare potersi ritenere esclusa dal rispetto di determinate garanzie per gli utenti.

Sul punto, non convince completamente il pensiero di illustre dottrina che - partendo dal presupposto che l'"attività amministrativa" di cui l'art. 1, co. 1-ter, della l. n. 241/1990 coincide con l'attività di interesse generale di cui all'art. 118, co. 4 - ritiene *ex se* applicabili all'attività dei privati favorita da un soggetto pubblico ex art. 118, co. 4, i principi del procedimento amministrativo³²⁹.

A conclusioni non troppo distanti, pare, tuttavia, potersi giungere - pur seguendo argomentazioni meno *tranchant* - sia sulla base di considerazioni di ordine teorico/generale, sia di specifiche previsioni.

Quanto alle prime, si fa riferimento ai caratteri generali del principio di sussidiarietà orizzontale: lo Stato è tenuto a rispettare e favorire l'attività dei privati che persegue l'interesse generale fintantoché questa risulti idonea a tal fine: tale idoneità, si ritiene, non possa prescindere dal rispetto di determinate garanzie che in buona parte dovrebbero coincidere con quel nucleo essenziale costituito dai principi sul procedimento amministrativo³³⁰.

³²⁷ Sul punto si veda MALTONI A., *op. ult. cit.*, p. 467 ss. secondo cui all'attività di privati che consiste nell'espletamento di potestà amministrative dovrebbero trovare applicazione, non solo il nucleo essenziale costituito dai principi, ma "quella trama di regole e di principi che identificano lo statuto del cittadino nei confronti dei soggetti che agiscono *iure imperii*" (fermo restando che non tutte le disposizioni della n. 241/1990 possono trovare puntuale e integrale applicazione).

³²⁸ Sulle differenze fra le nozioni di funzione pubblica e servizio, si veda CAIA G., *Funzione pubblica e servizio pubblico*, cit., pp. 937 ss., secondo cui se la doverosità è il tratto comune, il servizio pubblico si contraddistingue per l'assenza di espressioni autoritative nella fase di prestazione, ma non in quella di "predisposizione-organizzazione" del servizio.

³²⁹ CERULLI IRELLI V., *op. ult. cit.*, p. 4 ss.

³³⁰ Vedi *supra*, par. 6 ss.

Inoltre, il conferimento di risorse pubbliche, anche quando questo non è configurabile come compensazione di un onere di servizio pubblico, pare di per sé tale da imporre il rispetto di determinate garanzie per gli utenti³³¹.

Quanto alle specifiche previsioni dalle quali pare potersi ricavare, in via sintomatica e non diretta, che l'attività assistenziale dei privati "libera" ma "favorita" debba rispettare garanzie maggiori rispetto all'attività assistenziale libera ma completamente "autonoma", pare sensato un richiamo al disegno di legge di riforma del "Terzo settore"³³² che prevede disposizioni relative a obblighi di trasparenza e pubblicità.

Per concludere, il rispetto di determinate "garanzie pubblicistiche", nell'attività di erogazioni di prestazioni agli utenti, è un profilo rispetto al quale l'attività del privato erogatore di pubblico servizio, e l'assistenza "libera" ma "favorita" (specie mediante l'attribuzione di risorse pubbliche) dall'amministrazione, presentano delle differenze con contorni, tuttavia, sfumati.

Proprio perché, se osservate dal punto di vista del rapporto fra il prestatore e l'utente, l'attività assistenziale che è servizio pubblico e quella privata non sembrano presentare differenze così marcate, occorre cercare "altrove" un'ulteriore differenza nel regime giuridico di tali attività, che sia tale da attribuire reale pregnanza alla distinzione. Al tal fine pare necessario cambiare la prospettiva di analisi, spostando l'attenzione sul rapporto giuridico fra l'amministrazione e il soggetto privato "erogatore".

7.2.2. Profili giuridicamente rilevanti della distinzione fra attività assistenziale di pubblico servizio e attività assistenziale libera e ragioni della sua persistente opacità.

³³¹ Per quanto trattasi di profili distinti, va ricordato che l'erogazione di contributi e la stipula di convenzioni è quasi sempre subordinata all'iscrizione ad appositi registri (cfr. legge sul volontariato e sulle associazioni di promozione sociale), e per le associazioni di volontariato anche alla dimostrazione "attitudine e capacità operativa". Al riguardo merita un cenno il *Disegno di legge per la riforma del Terzo settore, dell'impresa sociale e per la disciplina del Servizio civile universale* (n. 2617) che prevede la riorganizzazione del "sistema di registrazione degli enti e di tutti gli atti di gestione rilevanti, secondo criteri di semplificazione, attraverso la previsione di un registro unico del Terzo settore(...) L'iscrizione nel registro, è obbligatoria per gli enti del Terzo settore che si avvalgono prevalentemente o stabilmente di finanziamenti pubblici, di fondi privati raccolti attraverso pubbliche sottoscrizioni o di fondi europei destinati al sostegno dell'economia sociale o che esercitano attività in regime di convenzione o di accreditamento con enti pubblici o che intendono avvalersi delle agevolazioni previste ai sensi dell'articolo 9".

³³² A tal riguardo si veda l'art. 4 del disegno di legge di riforma del Terzo settore cit., che fra i principi e i criteri direttivi del riordino richiama la disciplina "degli obblighi di controllo interno, di rendicontazione, di trasparenza e d'informazione nei confronti degli associati e dei terzi, differenziati anche in ragione della dimensione economica dell'attività svolta e dell'impiego di risorse pubbliche"; nonché la disciplina "nel pieno rispetto del principio di trasparenza, i limiti e gli obblighi di pubblicità relativi agli emolumenti, ai compensi e ai corrispettivi a qualsiasi titolo attribuiti ai componenti degli organi di amministrazione e controllo, ai dirigenti nonché agli associati".

Si è detto che le modalità con cui l'amministrazione, nell'ottica della sussidiarietà orizzontale, può favorire l'autonoma iniziativa dei privati sono le più varie.

Talvolta, il rapporto che si crea fra amministrazione sussidiante e privato sussidiato presenta caratteri tali per cui la differenza rispetto all'ipotesi in cui il privato opera come erogatore di pubblico servizio sono evidenti; si pensi a tutti i casi in cui non vi sia una disciplina convenzionale come, ad esempio, quando si ha solo un provvedimento dell'amministrazione che concede contributi ai privati³³³.

Più complesso è distinguere fra assistenza privata e assistenza qualificabile come servizio pubblico quando, come non di rado accade, in entrambe le fattispecie il rapporto pubblico-privato assume tratti (più) stabili, dei quali è indice la presenza di uno "strumento consensuale". Occorre cioè chiedersi se la diversa natura di tale rapporto (che solo in un caso dovrebbe configurarsi come vincolo concessorio di servizio pubblico) si ripercuota sullo strumento che lo contiene; e occorre chiederselo, soprattutto, nei casi in cui è previsto solo un generico riferimento alla "convenzione".

Come noto, la convenzione è uno strumento poco definito che può indicare sia accordi convenzionali interamente riconducibili al diritto civile, sia accordi che, per quanto consensuali, mantengono un carattere pubblicistico³³⁴.

Rinviando a una successiva parte del lavoro una trattazione più approfondita del tema³³⁵ - al momento è sufficiente osservare che, a parere di chi scrive, la diversa natura del rapporto giuridico fra pubblico privato dovrebbe incidere sulla natura giuridica dello "strumento consensuale".

Di modo che una convenzione che regoli l'attività assistenziale libera e non doverosa prestata dai privati, dovrebbe essere riconducibile *tout court* ai contratti rientranti nell'attività di diritto privato dell'amministrazione; manca, in questi casi, il collegamento con l'esercizio di un potere amministrativo necessario per giustificare lo scostamento dal diritto civile.

³³³ In questi casi, infatti, per quanto il provvedimento di concessione dei contributi di norma possa influenzare obiettivi e modalità di svolgimento dell'attività del privato (ammettendosi anche controlli *ex post*), l'attività del privato rimane sostanzialmente autonoma.

³³⁴ Cfr. PERFETTI L, *op. ult. cit.*, p. 82 e DE CARLI P. *op. ult. cit.*, p. 396; di entrambi gli Autori si vedano nello specifico le parti riportate in precedenza. Interessante a tal riguardo l'osservazione di ALBANESE A., *I rapporti fra soggetti non profit.*, cit., pp. 159 ss., secondo la quale la convenzione non sarebbe idonea a regolare rapporti di servizio pubblico in quanto un contenitore "troppo generico e informale, insufficiente a garantire che la relazione fra p.a. e Terzo settore sia fondata su regole chiare, al tempo stesso rispettose della identità dei soggetti non profit e improntate ad una corretta definizione del loro ruolo rispetto a quello degli operatori commerciali".

³³⁵ *Infra*, cap. III, par. 4.1.

Diversamente, quando la convenzione regola un rapporto di servizio pubblico, la titolarità pubblica dell'attività e, quindi, il carattere di doverosità, la connotazione pubblicistica del momento concernente l'erogazione-predisposizione del servizio³³⁶ e la funzionalizzazione dell'attività al perseguimento di un interesse pubblico, sono tutti elementi che dovrebbero ricondurre la fattispecie all'accordo pubblicistico che, come noto, presenta un regime giuridico in parte diverso dai contratti *tout court* privatistici, non interamente riconducibile al diritto civile.

Pertanto, sembra potersi concludere nel senso che distinguere fra l'attività assistenziale del privato prestata in qualità di erogatore di pubblico servizio e quella libera tutelata dall'art. 38, ult. co., della Costituzione eventualmente favorita da un soggetto pubblico, non rileva solo su un piano teorico ma anche su quello delle conseguenze in termini di regime giuridico; come meglio si vedrà nelle successive parti del lavoro, tali differenze riguardano la presenza (in un caso e non nell'altro) di un'attività discrezionale dell'amministrazione sia nella fase iniziale del rapporto, sia al termine di questo (potestà di revoca e rinnovo della convenzione)³³⁷.

Per concludere, pare opportuno soffermarsi brevemente sulle ragioni per cui nel settore dei servizi sociali venga spesso trascurato di dare rilievo alla distinzione fra l'attività assistenziale di pubblico servizio e quella privata "libera"; con ciò risultando evidente la distanza rispetto ad altri settori (propriamente economici) in cui la differenza fra la libera iniziativa economica dei privati e l'attività di pubblico servizio è sempre stata netta. Infatti, nonostante i mutamenti solitamente sintetizzati riferendosi al passaggio dallo *Stato gestore* allo *Stato regolatore*³³⁸ hanno certamente contribuito a sfumare tale differenza, essa continua a mantenere la sua rilevanza³³⁹.

La prima ragione di tale distanza pare legata all'evoluzione del settore dell'assistenza e del concetto di beneficenza. Infatti, fino alle novità della fine degli anni '70, il rapporto fra pubblico e privato in tale settore ha assunto quell'ibrida "sembianza" che trovava espressione nella disciplina delle IPAB, consistente in una formale pubblicizzazione di rapporti che rimenevano sostanzialmente privati; invece, negli altri settori dove la categoria

³³⁶ CAIA G., *La disciplina dei pubblici servizi*, cit., pp. 945 ss.

³³⁷ Cfr. sul punto PERFETTI L., *op. ult. cit.*, p. 87. Si v. *infra*, cap. 3 par. 4.1 per ulteriori riferimenti dottrinali.

³³⁸ Per tutti, S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit.

³³⁹ Cfr. CAIA G., *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, cit., p. 146, secondo cui "i servizi di interesse generale (servizi pubblici) non sembrano essere identificati con qualsivoglia attività economica sottoposta a programmi pubblici o autorizzazioni amministrative, bensì con prestazioni alla collettività e agli utenti per le quali è centrale il ruolo istitutivo-organizzativo e/o di affidamento da parte della pubblica amministrazione".

giuridica del servizio pubblico aveva preso piede, veniva pacificamente attribuita natura concessoria alla relazione fra il privato erogatore e il soggetto pubblico titolare del servizio.

Quando si è affermata la moderna concezione di assistenza e si è avuto il trasferimento dei relativi compiti ai comuni, si è da subito manifestata l'esigenza, anzitutto dettata da ragioni economiche, di instaurare forme di collaborazione, raccordo, etc. con i privati³⁴⁰. Si potrebbe forse sostenere che tale apertura si sia realizzata preliminarmente (e, quindi, a prescindere) da qualunque inquadramento teorico da parte della dottrina e della giurisprudenza (inquadramento che sarebbe, forse, stato necessario per adattare categorie e istituti dei servizi pubblici alle peculiarità dei servizi sociali)³⁴¹.

La seconda ragione pare riconducibile all'assenza, per lunghi anni, di una legge nazionale che disciplinasse il settore e in particolare il rapporto fra pubblico e privato (dopo soprattutto che le riforme di fine anni '70 e in particolare il d.P.R. n. 1616/1977 aveva sancito definitivamente l'inadeguatezza della legge Crispi)³⁴². Ciò ha favorito l'affermarsi delle soluzioni più eterogenee e articolate, contribuendo, a parere di chi scrive, a rafforzare lo stato di confusione sui profili di cui si discute.

La terza ragione è quella che, più delle altre, presenta profili di attualità; si ritiene, infatti, che possa aver contribuito alla "diluizione" delle categorie giuridiche (servizio pubblico vs. attività assistenziale privata, convenzione vs. concessione di servizio pubblico vs. contratto di diritto privato) una ragione non strettamente giuridica, ma derivata da una sorta naturale di difficoltà a coniugare rapporti convenzionali e procedure ad evidenza pubblica geneticamente proprie di rapporti contrattuali in senso stretto.

³⁴⁰ Come ricordato in precedenza, i primi "semi" di *welfare mix* si ritrovano nelle legislazioni regionali immediatamente successive al d.P.R. n. 616/1977; sul punto si veda anche FERIOLI E., *op. ult. cit.*, p. 51 la quale mette in evidenza la differenza fra l'impostazione di tale decreto di trasferimento di funzioni alle regioni, che pareva rivolto a realizzare un sistema socio-assistenziale incentrato su attività (pubbliche) provenienti da soggetti pubblici, e le soluzioni emerse a livello regionale.

³⁴¹ È noto, infatti, come l'istituto della concessione di pubblico servizio sia stata "costruita" sui servizi pubblici propriamente economici e tradizionalmente ritenuta non utilizzabile per i servizi quali sanità, istruzione etc. (cfr. PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Roma, 1920, p. 332). Ma anche dopo che l'art. 22 della l. n. 142/1990 ne ha espressamente previsto la sua utilizzabilità anche per i servizi sociali (*infra*), dalle riflessioni della dottrina emergeva un atteggiamento di particolare "cautela" sull'utilizzo di tale strumento come modello organizzativo dei servizi alla persona (cfr. CAVALLO PERIN R., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998, pp. 93 ss., che considera l'impossibilità per gli utenti di verificare direttamente la qualità del servizio" – a causa del carattere non industriale e dei conseguenti fenomeni di asimmetria informativa – una ragione che potrebbe portare a limitare – non escludere – l'utilizzo della concessione per la gestione di determinati servizi a carattere non industriale). Sull'argomento, cfr. anche PELLIZZER F., SANTI G., *La "convenzione" con gli enti non profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazionali ed intervento attuativo regionale*, in CARINCI F. (a cura di), *Non profit e volontariato: profili giuridico istituzionali*, Milano, 1999, pp. 139 ss.

³⁴² *Supra*, par. 3.2 ss.

Con questo determinando, però, la conseguenza che la progressiva attenzione (anche di derivazione europea) a individuare una disciplina per la scelta del privato con cui stipulare la convenzione (sempre salvaguardando uno spazio di discrezionalità dell'amministrazione) ha, nella sostanza, indotto a trascurare i profili concernenti la qualificazione di tali rapporti convenzionali. Rapporti che comunque sembrano mantenere - anche a livello di categorie giuridiche dell'ordinamento nazionale - elementi di differenziazione rispetto ai tradizionali rapporti contrattuali passivi dell'amministrazione, continuando a caratterizzarsi per un profilo funzionale pubblicistico ben più pregnante.

Altra prospettiva è, invece, quella di far discendere differenziazioni di regime giuridico concorrenziale tra i suddetti rapporti per il sol fatto che nel contesto europeo siano stati introdotti diversi livelli di regole concorsuali, in derivazione dei particolari e settori di attività³⁴³.

8. Le modalità di gestione dei servizi sociali. Delimitazione del campo di indagine.

L'analisi delle forme di gestione dei servizi sociali è operazione complessa in quanto richiede, già a monte, una difficoltosa opera di sistematizzazione al fine di individuare le fonti normative di riferimento.

Tale analisi deve partire dall'esame della specifica regolamentazione di settore, costituita dalla legge quadro n. 328/2000; già in tale fase emergono i primi profili problematici relativi al ruolo rivestito dalla legge in questione. Infatti, dopo che la riforma costituzionale del 2001 ha attribuito la potestà legislativa in materia di servizi sociali alla competenza residuale delle regioni, la legge n. 328/2000 sembra aver dismesso il suo ruolo giuridico di legge-quadro, cedendo il passo alla legislazione regionale³⁴⁴.

La disamina delle forme di gestione dei servizi sociali non può, tuttavia, arrestarsi alla legislazione di settore, rendendosi altresì necessaria l'analisi della disciplina generale sui servizi pubblici locali. E ciò a sua volta richiederebbe, non solo di confrontarsi con la instabilità che ha caratterizzato tale disciplina (oggetto proprio in questi giorni di un nuovo

³⁴³ Tali riflessioni sembrano trovare conferma in quanto si dirà nel successivo paragrafo, nonché nel cap. III, paragrafo 4.1 e 5.

³⁴⁴ V. *infra*, par. 4.2; sul tema, cfr. MOLASCHI V., *I servizi sociali*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008; MATTIONI A., op. ult. cit., p. 3 e GUIGLIA G., *Il diritto all'assistenza sociale*, cit., pp. 164 ss.

intervento legislativo), e quindi con il succedersi di regolamentazioni differenziate³⁴⁵; ma anche con le difficoltà derivanti dall'inquadrare le attività oggetto dei servizi sociali nell'ambito delle nozioni di "servizi di rilevanza economica" e di "servizi privi di rilevanza economica". Da tali classificazioni, infatti, conseguono forme gestionali differenti la cui disciplina - dopo la nota sentenza della Corte cost., n. 272/2004 - è attribuita a livelli di governo diversi (statale vs. regionale).

In ragione di ciò, considerate le finalità della ricerca, ci si limiterà, da un lato, a inquadrare tali profili problematici senza la pretesa di poter dare risposte definitive; dall'altro, verranno approfonditi soltanto le forme organizzative di servizi sociali alla persona che, nelle successive fasi della ricerca, saranno oggetto di specifica analisi alla luce del diritto europeo.

8.1. La gestione dei servizi sociali fra disciplina generale sui servizi pubblici locali e disciplina di settore.

In ragione del ruolo dei comuni nella gestione dei servizi sociali³⁴⁶, occorre fare riferimento alla disciplina generale riguardante le modalità di gestione dei servizi pubblici locali³⁴⁷. Tale necessità non è venuta meno nemmeno con l'adozione della legge quadro n. 328/2000 posto che tale legge-quadro, per quanto abbia introdotto forme di gestione tipiche per i servizi socio-assistenziali³⁴⁸, non è intervenuta in modo sistematico, tassativo e completo sulle modalità di gestione dei servizi in questione.

Di modo che, fino alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 113-bis del d.lgs. n. 267/2000 di cui alla richiamata sentenza del 2004, per individuare tali forme di gestione si faceva riferimento sia alla disciplina generale sui servizi pubblici locali privi di rilevanza economica³⁴⁹, sia alle specifiche disposizioni della legge quadro³⁵⁰.

³⁴⁵ Rende perfettamente l'idea di quanto sia instabile il quadro normativo di riferimento, CAMMELLI M., *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in BRUTI LIBERATI E., DONATI F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2009, p. 127, che definisce la materia adatta a una trasmissione del tipo, "tutto il calcio minuto per minuto"; tale osservazione è ancor più attuale alla luce delle più recenti vicissitudini che hanno riguardato la materia in questione, quali la tornata referendaria del 2011 e la pronuncia di incostituzionalità di cui alla sentenza, Corte cost., n. 199/2012.

³⁴⁶ Cfr. art. 131, comma 2, del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112 e, da ultimo, art. 19 d. l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 135.

³⁴⁷ Cfr. CORBETTA C., *La gestione dei servizi sociali nell'ordinamento comunale. Ipotesi applicative e modelli societari*, in *San. pubbl.*, 11-12, pp. 161 ss.

³⁴⁸ *Infra*, par. 10.

³⁴⁹ Secondo l'art. 113 TUEL che aveva ripreso, salvo alcune modifiche, l'art. 22, legge n. 142 del 1990, i servizi pubblici locali potevano essere gestiti: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le

caratteristiche del servizio non fosse stato opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistevano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora fosse stata opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati; f) a mezzo di società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria a norma dell'articolo 116. La disciplina si caratterizzava per la distinzione fra "servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale" e "servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale"; tale distinzione rilevava ai fini del ricorso a due differenti tipologie organizzative: rispettivamente, l'azienda speciale (che l'art. 114 TUEL definiva come "*ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale*") e l'istituzione, definita dallo stesso articolo quale "*organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale*", sulla quale si tornerà a breve. Il quadro cambia con la legge 28 dicembre 2001 n. 448. Come noto, tale novella, introducendo la dicotomia "servizi di rilevanza industriale – servizi privi di rilevanza industriale", ha operato una distinzione rispetto alle forme organizzative cui le amministrazioni potevano fare ricorso per la gestione dei servizi pubblici, in funzione delle modalità di produzione di un servizio (la rilevanza industriale, appunto). Per quanto qui di interesse, per i servizi privi di rilevanza industriale, erano state riprese le modalità di gestione previste dall'originario art. 113. L'art. 113-bis, infatti, aveva previsto la regola dell'affidamento diretto a: a) istituzioni; b) aziende speciali, anche consortili; c) società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile. La nuova norma aveva quindi previsto la possibilità di gestire i servizi "privi di rilevanza industriale" indifferentemente a mezzo di istituzione o azienda speciale, superando le previsioni della precedente versione dell'art. 113 TUEL che escludeva quest'ultima modalità di gestione per quei servizi che all'epoca erano qualificati come "servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale". Si era mantenuta la gestione in economia quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non fosse opportuno procedere ad affidamento ai soggetti sopra richiamati. Per i servizi culturali e del tempo libero era stata prevista un'ulteriore ipotesi di affidamento diretto ad associazioni e fondazioni costituite o partecipate dagli enti locali. La previsione che ammetteva la concessione a terzi era stata sostituita con la possibilità, in presenza di ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale, di affidamento a terzi, in base a procedure di evidenza pubblica, secondo le modalità stabilite dalle normative di settore. Sul punto, pare condivisibile la posizione di chi ritenuto che le locuzioni "affidamento" e "concessione" di servizio pubblico fossero da considerare "sinonimi; cfr. CAIA G., *I servizi pubblici locali nella dimensione della concorrenza*, cit., p.125; nello stesso senso anche BERTONAZZI L. - VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 1854 ss.; *contra*, TRIMARCHI BANFI F., *La gestione dei servizi pubblici e la tutela della concorrenza*, in *Ammin.*, 3, 2010, p. 344, secondo cui il legislatore, con la diversa espressione, avrebbe inteso "*espungere i connotati pubblicistici che caratterizzano la concessione – forma tradizionale dell'associazione dei privati a compiti pubblici*". La prima delle due posizioni richiamate dovrebbe trovare conferma nella nuova disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica; cfr. art. 2 dello schema di decreto legislativo recante "*Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*", che dovrebbe dare attuazione alla delega contenuta negli art. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e attualmente reperibile su <http://www.funzionepubblica.gov.it/>.

In questo quadro si è inserito l'art. 14, d.l. n. 269 del 2003, convertito con modificazioni dalla l. 24 novembre 2003 n. 326, che ha nuovamente inciso sulle soluzioni ammissibili in punto di organizzazione dei servizi sociali, innanzitutto introducendo quale criterio di distinzione per l'utilizzabilità dei diversi modelli organizzativi di cui agli art. 113 e 113-bis del TUEL, quello di stampo relativistico-relazionale (la rilevanza economica). Inoltre, il nuovo art. 113-bis, poi dichiarato incostituzionale dalla sent. n. 272/2004, aveva lasciato invariate le disposizioni che ammettevano il ricorso all'affidamento diretto ad azienda speciale e a istituzione, nonché quelle relative alla conduzione in economia e quelle concernenti l'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni costituite o partecipate da enti locali. Aveva, invece, previsto che, ferme restando le disposizioni previste per i singoli settori, i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica, potevano essere gestiti mediante affidamento diretto a "*società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano*". Il legislatore, pertanto, aveva recepito anche in relazione ai "servizi privi di rilevanza economica", la nozione europea di affidamento *in house*. Inoltre, la novella aveva abrogato il co. 4 dell'art. 113-bis che, come detto, ammetteva (seppur con limitazioni) l'affidamento a terzi per i servizi privi di rilevanza economica. Sebbene per i servizi privi di rilevanza

Per la verità, dopo che il d.l. n. 269 del 2003, convertito con modificazioni dalla l. 24 novembre 2003 n. 326, aveva eliminato fra le forme di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica quella dell'affidamento a terzi, mantenendo solo forme di gestione diretta³⁵¹, in dottrina³⁵² si era fatto riferimento anche alla disciplina prevista per i

economica rimanevano solo forme di gestione diretta, ciò non significava che per la gestione dei servizi sociali non si potesse più fare ricorso all'affidamento a terzi (v. *infra* sul punto).

³⁵⁰ E ciò nonostante i dubbi circa il carattere vincolante per le regioni delle disposizioni della legge quadro dopo la riforma costituzionale del 2001; in realtà, come già ricordato, il ruolo centrale mantenuto dalla legge quadro è dipeso anche dell'atteggiamento delle regioni che, nelle legislazioni di settore, l'hanno richiamata espressamente, ricalcando la sua impostazione (in taluni casi – Regione Calabria, l. r. n. 23/2003 - la legge regionale è stata adottata “in attuazione della l. n. 328/2000”).

³⁵¹ Per completare il quadro relativo alle forme di gestione diretta dei servizi sociali occorrono ulteriori precisazioni. In primo luogo, alle forme di gestione richiamate in una delle note precedenti, va aggiunto il possibile il ricorso all'Asl (prima Usl), già previsto in diverse leggi regionali successive al trasferimento di funzioni del 1977, come modello organizzativo prevalente per l'erogazione di servizio socio-assistenziali. Le regioni, infatti, prima dell'entrata in vigore della legge statale sui servizi pubblici privi di rilevanza economica, elaborarono differenti modelli di sistemi relazionali fra comuni e Usl, ma la soluzione di affidare la gestione delle funzioni socio-assistenziali in forma associata agli organi istituzionali delle Usl, fu quella prevalente; si veda *amplius*, FERIOLI E., *op. ult. cit.*, pp. 48 ss., nonché CAVELERI P., *La gestione dei servizi di assistenza sociale nella legislazione regionale*, in *Le Reg.*, 1984, pp. 920 ss. Tale soluzione, trovava un riscontro normativo in alcune previsioni del d.P.R. n. 616/1997 e della l. n. 833/1978. Quanto alla prima, si fa riferimento, in particolare, al co. 2 dell'art. 25 del d.P.R., che attribuiva alle Regioni, al fine di individuare ambiti territoriali adeguati alla gestione dei servizi sociali e sanitari, il potere di promuovere, sentiti i comuni interessati, forme di cooperazione tra gli enti locali territoriali, nonché forme anche obbligatorie di associazione fra essi, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 117 della Costituzione; nonché al co. 3 dello stesso articolo, secondo cui gli ambiti territoriali di cui sopra dovevano concernere contestualmente la gestione dei servizi sociali e sanitari. Con riguardo legge 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva del servizio sanitario nazionale e alle previsioni in essa contenute circa le forme di gestioni di servizi sociali e socio-sanitari, il tema verrà più approfonditamente ripreso nel paragrafo dedicato al processo di integrazione socio-sanitaria. Al momento, è sufficiente il richiamo all'art. 11 co. 5 secondo cui gli ambiti territoriali delle unità sanitarie locali dovevano coincidere con quelli di gestione dei servizi sociali; nonché all'art. 15, ult. comma, che attribuiva alla legge regionale il compito di stabilire norme “*per la gestione coordinata ed integrata dei servizi dell'unità sanitaria locale con i servizi sociali esistenti nel territorio*”. Sulla base di tali previsioni è possibile concludere che la previsione di cui all'art. 3 co. 3 (secondo cui gli enti locali possono delegare all'Asl la gestione, ma non l'onere, dei servizi socio-assistenziali), introdotta nella prima versione del d.lgs. n. 502/1992 e tutt'ora vigente, non ha costituito una novità assoluta.

Sempre con riguardo alle modalità di erogazione diretta di servizi socio-assistenziali da parte di soggetti pubblici, va ricordato come la legislazione di settore abbia da sempre dato un forte impulso alle forme di gestione associata per i comuni di piccole dimensioni. Anche in passato, infatti, è stato molto frequente l'istituzione di consorzi fra enti locali e delle altre forme associative previste dalla l. n. 141/1990 e poi dal d.lgs. n. 267/2000; cfr. sul punto FERIOLI E., *op. ult. cit.*, pp. 52 ss. Diverse leggi regionali di settore attualmente in vigore prevedono forme di gestione associata dei servizi sociali (cfr. Regione Marche, l. r. n. 32/2014, art. 6; Regione Liguria, l. r. n. 12/2006 art. 5; Regione Puglia, l. r. n. 19/2006 art. 6; Regione Piemonte l. r. n. 2/2004 art. 9). Da ultimo, va ricordato come un forte impulso alla gestione associata dei servizi da parte dei comuni di piccole dimensioni sia arrivato dal legislatore nazionale; l'art. 14, co. 28, della l. n. 30 luglio 2010 n. 122, di conversione, con modificazioni, del d. l. 31 maggio 2010, n. 78, così come sostituito dall'art. 19, comma 1, lettera b), legge n. 135 del 2012, prevede, infatti, che i comuni con popolazione fino a 5.000 abitanti esercitino obbligatoriamente in forma associata, mediante unioni di comuni o convenzione, le proprie funzioni fondamentali, ivi compresi i servizi sociali.

Infine, occorre approfondire la gestione affidata alle istituzioni e all'Azienda di servizi alla persona; quest'ultima non disciplinata dalla legislazione generale sui servizi pubblici locali, ma dalla regolamentazione di settore. Sull'istituzione si è già detto che si tratta di un organismo strumentale dell'ente locale che gode di autonomia gestionale e di un proprio statuto che disciplina i propri organi ma privo di personalità giuridica; ad esso l'ente locale di riferimento conferisce il capitale di dotazione, determinandone le finalità e gli indirizzi dell'attività, approvandone gli obiettivi fondamentali e mantenendo, chiaramente,

servizi di rilevanza economica; ciò al fine di individuare un riferimento normativo che consentisse di continuare a fare ricorso all'affidamento a terzi per la gestione dei servizi sociali. In altre parole, si era escluso che il legislatore - abrogando il co. 4 dell'art. 113-bis³⁵³ - avesse voluto espungere tale forma di gestione per i servizi sociali, ammettendo la sola gestione pubblica diretta; si sarebbe, infatti, potuto applicare l'art. 113, comma 5, lett. a, che prevedeva per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'affidamento a terzi

poteri di controllo e di verifica dei risultati. Tale modulo gestorio, non ha riscosso particolare successo - soprattutto con riguardo ai servizi socio-assistenziali rivolti a persone svantaggiate - a causa delle incertezze del quadro complessivo dei servizi sociali e dei caratteri della stessa istituzione; in tal senso SANVITI G., *I servizi sociali e l'istituzione per il loro esercizio*, in SANVITI G. (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1995, p. 354 e FERRARI E., *I servizi sociali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 2003, p. 912. Diverso il discorso per le *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza* (IPAB). A quel che si è detto in precedenza sulle vicissitudini che hanno caratterizzato la loro esistenza fino alla sentenza della Corte Costituzionale n. 396/1988, va aggiunto che alcune Regioni - nella legislazione di settore successiva al d.P.R. del 1977 che ha sancito il passaggio alla nuova concezione di assistenza - hanno incluso le IPAB fra i soggetti che concorrevano a realizzare le attività e gli interventi previsti dalla programmazione regionale (Regione Emilia Romagna, l. r. 12 gennaio 1985, n. 2, art. 13; Regione Lombardia, l. r. 7 gennaio 1986, n. 1, art. 4). Le prestazioni erogate dalle IPAB, possono essere incluse fra i casi di erogazione diretta di prestazioni da parte di un soggetto pubblico, anche se i rapporti fra l'amministrazione e le IPAB venivano normalmente regolati mediante convenzioni, al pari di quanto avveniva per i soggetti del privato sociale (cfr. Regione Emilia Romagna, l. r. 12 gennaio 1985, n. 2, art. 20). Dopo la richiamata sentenza della Corte Costituzionale (n. 396/1988), è stato adottato il d.P.C.M. 16 febbraio 1990 nel quale sono stati inseriti dei criteri, per il riconoscimento della personalità giuridica di diritto privato alle *Ipab* a carattere regionale e infra-regionale per le quali "sia *alternativamente accertato a) il carattere associativo; b) il carattere di istituzione promossa ed amministrata da privati; c) l'ispirazione religiosa*". Ne è derivata una situazione complessa in cui alcune IPAB in possesso dei requisiti sopra indicati, sono state trasformate in enti privati; mentre la maggior parte di esse, frenate dal timore di perdere alcuni privilegi connessi allo status pubblicistico, hanno continuato a operare come enti pubblici locali non territoriali, con i loro patrimoni che sono stati concentrati nelle mani degli enti territoriali di riferimento, soprattutto i Comuni (cfr. RANCI C., *Oltre il Welfare state: terzo settore, nuove solidarietà e trasformazioni del welfare*, Bologna, 1999, p. 182). Tale situazione si è protratta fino all'approvazione della legge quadro n. 328/2000 il cui art. 10 ha dettato i principi per l'inserimento delle *IPAB* nella rete degli interventi del sistema integrato, dando delega al Governo di adottare un decreto legislativo di riforma di tale istituzioni, con la specifica finalità di includerle nella programmazione regionale e di qualificarne il ruolo nella rete dei servizi, nonché di migliorarne l'efficienza funzionale e organizzativa. Sulla base di tale delega, l'anno successivo è stato adottato il d.lgs. 4 maggio 2001, n. 207 che, in linea con la sentenza n. 396/1988 della Consulta, ha previsto la loro trasformazione in persone giuridiche private o in Aziende pubbliche di servizi alla persona (*Asp*), dettando la disciplina di queste ultime e sancendo, così, il definitivo superamento della legge Crispi. Posto che quasi tutte le regioni hanno legiferato sul punto, seppur seguendo impostazioni in parte differenti (a titolo di esempio, la Lombardia ha rimesso alle IPAB ogni decisione sul modello organizzativo in cui trasformarsi - *Asp* o persona giuridica di diritto privato -, mentre la Regione Emilia Romagna ha dato maggior impulso alla soluzione pubblicistica), le *Asp* possono essere annoverate fra i principali modelli gestori attraverso cui si realizza un'erogazione diretta da parte di un soggetto pubblico, per quanto trattasi normalmente di soggetto distinto da quello titolare del servizio. In estrema sintesi, le *Asp* sono aziende di diritto pubblico prive di fini di lucro, con personalità giuridica di diritto pubblico, autonomia statutaria, patrimoniale, contabile, gestionale e tecnica, che opera con criteri imprenditoriali. Esse devono informare l'attività di gestione a criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, in questi compresi e trasferimenti. Hanno un loro statuto che disciplina le modalità di nomina del consiglio di amministrazione e del presidente.

³⁵² CAIA G., *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi*, cit., pp. 365 ss.

³⁵³ Come sopra ricordato, tale disposizione prevedeva che, in presenza di ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale, i servizi privi di rilevanza economica potessero essere affidati a terzi, in base a procedure ad evidenza pubblica, secondo le modalità stabilite dalle normative di settore.

attraverso l'espletamento di gare con procedure a evidenza pubblica³⁵⁴. Ciò anche in base all'idea che il servizio sociale - quando affidato a terzi - fosse qualificabile come "servizio di rilevanza economica", seppur "relativa" (*infra* sul punto).

Nella disamina delle forme di gestione dei servizi sociali, uno spartiacque è rappresentato dalla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 113-bis che disciplinava le modalità di gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica (*supra*), a opera della richiamata sentenza della Corte cost., n. 272/2004.

Fino a quel momento, infatti, era stata proprio quella la disciplina di riferimento. Ciò pur considerando i già citati richiami alla disciplina prevista per i servizi pubblici di rilevanza economica di cui all'art. 113³⁵⁵ e il ruolo della legge quadro n. 328/2000; tale ultima normativa, per quanto dal valore giuridico incerto dopo la riforma costituzionale del 2001, ha, infatti, sempre continuato a costituire un riferimento per i legislatori regionali³⁵⁶.

Come noto, con la sentenza la Corte costituzionale ha ritenuto l'illegittimità di una disciplina statale (art. 113-bis TUEL) che poneva la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica; la Corte ha, infatti, ritenuto non potersi invocare il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza, dal momento che in riferimento a tali servizi non esisterebbe un mercato concorrenziale.

Nei primi commenti a tale pronuncia, oltre a lucide riflessioni critiche³⁵⁷, è stato osservato come tra i suoi primi effetti vi sia stato quello di far venire meno, fintantoché non reintrodotta a livello regionale³⁵⁸, il principio di tipicità delle forme organizzative di tali servizi³⁵⁹.

³⁵⁴ Né si sarebbe potuto ravvisare un ostacolo all'applicabilità dell'art. 113 co. 5 ai servizi sociali nella circostanza che tale disposizione prevedeva l'affidamento a società di capitali; tale norma doveva essere interpretata in senso costituzionalmente orientato, più che altro come principio di sistema del metodo della procedura a evidenza pubblica per l'affidamento a terzi dei servizi sociali. Su tale aspetto, si veda CAIA G., *op. ult. cit.*, p. 366; cfr. anche MOLASCHI V., *I servizi sociali*, cit., p. 371.

³⁵⁵ La possibilità di fare riferimento all'art. 113 anche per le modalità di gestione dei servizi sociali sulla base delle considerazioni di Caia sopra riportate, era divenuto possibile dopo che l'ambito applicativo di tale disposizione, con la novella del 2003, riguardava non più i servizi di rilevanza industriale" ma quelli di "rilevanza economica" (tale modifica era stata adottata in seguito all'atto di messa in mora della Commissione C(2002)2329. Nel novero della categoria dei servizi di "rilevanza industriale" non potevano, infatti, farsi rientrare i servizi sociali; su tali profili, oltre a CAIA G., *op. ult. cit.*, pp. 364 ss., si veda POLICE A., GIULIETTI W., *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato*, cit., pp. 831 ss.

³⁵⁶ Sul tema, cfr. MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, p. 366-367.

³⁵⁷ POLICE A., GIULIETTI W., *op. ult. cit.*, p. 838, dubitano dell'adeguatezza del carattere economico del servizio come criterio utile per radicare la competenza fra legislatore statale e regionale dato che "almeno teoricamente, tutti i servizi pubblici possono assumere rilevanza economica in ragione della disciplina posta riguardo alle loro forme di gestione.

³⁵⁸ MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, p. 379.

³⁵⁹ SCIULLO G., *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, in *Lexitalia.it*, 2004, n. 7-8.

Alla luce di tale pronuncia, nonché del riparto della potestà legislativa in materia statale così come cristallizzato dalla riforma del 2001, si possono individuare svariati profili problematici.

8.2. (Segue) Questioni aperte in tema di potestà legislativa sulla disciplina delle modalità di gestione e modalità di affidamento dei servizi sociali alla persona.

Si è posta, innanzitutto, la questione se le previsioni della legge quadro n. 328/2000 siano ancora vincolanti per le regioni; ovvero se, al contrario, il legislatore regionale vi si possa legittimamente discostare. Per quanto qui di interesse, il problema si pone, soprattutto, con riguardo agli istituti dell'autorizzazione, dell'accreditamento e dei titoli di acquisto sui quali è basato il modello organizzativo dei servizi sociali cd. "sistema delle tre a"³⁶⁰; problematica è pure la questione delle "forme di aggiudicazione o negoziali che consentano ai soggetti operanti nel terzo settore la piena espressione della propria progettualità" di cui all'art. 5 della legge quadro, in attuazione del quale è stato emanato il d.P.C.M. 30 marzo 2001.

Il suddetto d.P.C.M. è un "Atto di indirizzo e coordinamento sui sistemi di affidamento dei servizi alla persona"; tale atto, nel regolare i rapporti fra i comuni e il terzo settore, disciplina le modalità di selezione dei soggetti del terzo settore, sia nell'ambito del modello organizzativo dei servizi sociali cd. "sistema delle tre a", sia nell'ambito dell'affidamento/concessione a terzi.

È noto, infatti, che con la riforma costituzionale sia venuto meno il potere dello stato di adottare atti di indirizzo e coordinamento nelle materie di potestà concorrente ed esclusiva; ciò è confermato dall'art. 8, co. 3, della legge n. 131 del 2003³⁶¹. E' questa la ragione per cui molte realtà regionali si sono discostate dai contenuti del suddetto d.P.C.M.

A tal proposito, desta diverse perplessità il recente documento dal titolo "Linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", adottato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) il 6 luglio 2015. Tale documento, infatti, nel ripercorrere la normativa applicabile agli affidamenti al terzo settore, richiama l'atto di

³⁶⁰ Sul punto si veda MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, p. 382-383. Sul "sistema delle tre a" e sugli altri istituti richiamati, *infra*, par. 10.

³⁶¹ Cfr. sul punto, MOLASCHI V., *op. ult. cit.* e CUOCOLO L., *La funzione statale di indirizzo e coordinamento in materia sanitaria e assistenziale. Primi spunti dopo la riforma costituzionale*, in BALDUZZI R., DI GASPARE G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002, p. 319 ss.

indirizzamento e coordinamento in questione senza nemmeno porsi il problema che esso possa essere stato (legittimamente) superato dalla disciplina regionale di settore.

In secondo luogo, anche in conseguenza delle problematiche sopra evidenziate, ci si è interrogati sulla legittimazione di un (nuovo) intervento del legislatore statale sulle modalità di gestione e sulle modalità di affidamento dei servizi sociali alla persona; si è posto, infatti, il problema di individuare la base giuridica (costituzionale) che potrebbe giustificare tale intervento. In altre parole, si tratta di capire se in tale materia possa intervenire il solo legislatore regionale o anche quello statale.

Infine, occorre interrogarsi sull'*an* e sul *quomodo* di una (eventuale) incidenza della disciplina statale sui servizi pubblici locali di rilevanza economica sulla normativa di settore che regola le modalità di gestione dei servizi sociali, vuoi di livello statale, vuoi regionale. A tal riguardo, pare sufficiente fare riferimento allo schema di decreto legislativo recante "*Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*", (d'ora in avanti "*Testo unico*"), che, un volta in vigore, costituirà il riferimento normativo sulla disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica³⁶².

Il suddetto Testo unico, che prevarrà in linea generale sulle discipline di settore, non fa espresso riferimento ai servizi sociali e alla loro disciplina di settore, né per includerli nel suo ambito di applicazione (riguarderà tutti i "*servizi pubblici locali di interesse economico generale*"), né per escluderli (vengono espressamente richiamate alcune discipline di settore che saranno fatte salve)³⁶³.

Il profilo dirimente è, quindi, se i servizi sociali siano, o meno, qualificabili come servizi pubblici locali di "rilevanza economica" (o meglio di "interesse economico generale").

³⁶² "*Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale*", che dovrebbe dare attuazione alla delega contenuta negli art. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124 e attualmente reperibile su <http://www.funzionepubblica.gov.it/>. Infatti, i ragionamenti che si svilupperanno con riguardo al tale Testo unico, saranno perlopiù corrispondenti a quelli che si sarebbero potuti svolgere sulle precedenti discipline in materia di servizi pubblici locali. Si fa riferimento, nello specifico, all'art. 23 bis del d.l. n. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazione, dalla legge 6 agosto 2008 n. 113, abrogato dal referendum del 2011; all'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, dichiarato incostituzionale da Corte cost. n. 199/2012 per violazione dell'art. 75 Cost.; e all'art. 34 co. 20 ss., del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221.

³⁶³ Ai sensi dell'art. 3 co. 2, vengono fatte salve, ad eccezioni del profilo riguardante le modalità di affidamento, alcune discipline di settore specificamente richiamate: il servizio idrico integrato, il servizio di gestione integrata dei rifiuti, il trasporto pubblico locale, il servizio di distribuzione di energia elettrica, il servizio di distribuzione del gas naturale e il servizio farmaceutico.

A ben riflettere, tale profilo è centrale anche per le altre due questioni problematiche oggetto di trattazione; infatti, come correttamente osservato in dottrina³⁶⁴, il fondamento dell'azione statale sulle forme di gestione (e sulle modalità di affidamento) dei servizi sociali potrebbe rinvenirsi anche nella materia “tutela della concorrenza” di cui all'art. 117, comma 2, lett. e, Cost. Ma perché tale intervento non si configuri come lesivo delle competenze regionali, fermo il rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza³⁶⁵, è necessario accertare l'interesse (o la rilevanza) economico/a dei servizi sociali.

8.3. I servizi sociali alla persona come servizi pubblici locali di interesse economico generale?

Per valutare se i servizi sociali vanno qualificati, o meno, come servizi di rilevanza economica, sono preliminarmente necessari due precisazioni che saranno, per altro, oggetto di approfondimento nei paragrafi successivi:

a. il progressivo interessamento dell'ordinamento UE per i servizi sociali (cap. II, par. 3.1). Tale interessamento si è basato sul presupposto che il carattere sociale del servizio non sia tale, di per sé, da escludere l'applicazione delle norme di mercato contenute nei trattati (concorrenza, libertà economiche di circolazione, contratti pubblici etc.)³⁶⁶. Occorre guardare, invece, alla rilevanza economica delle relative attività, che ben potrebbe coesistere con la finalità sociale di tali servizi; anzi, a detta della Commissione, sempre più servizi sociali andrebbero considerati di rilevanza economica³⁶⁷.

b. La nozione di “attività di rilevanza economica” sviluppate dalle Istituzioni UE; essa assume contorni e contenuti distinti a seconda che vengano in rilievo le norme in materia di concorrenza (*antitrust* e aiuti di stato) o quelle sul cd. mercato interno (libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi, contratti pubblici, etc.).

Alla luce dei diversi significati della nozione di attività di rilevanza economica, ampiamente analizzate nel cap. II, par. 4 ss. cui si rinvia, si può giungere alle seguenti

³⁶⁴ MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, 379. Non andrebbe trascurata, per altro, anche la possibile rilevanza della potestà esclusiva statale in materia di “ordinamento civile” (art. 117, comma 2, lett. l, Cost.), in materia di “funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane” (art. 117, secondo comma, lettera p) e, soprattutto, in materia di “livelli essenziali di prestazioni concernenti di diritti civili e sociali” (art. 117, comma 2, lett. m, Cost.). Sulla possibilità di ricondurre alla competenza esclusiva statale art. 117, comma 2, lett. m, Cost. anche profili cd. organizzativi, quali alla definizione dei requisiti per le autorizzazioni o per l'accreditamento, si v. *supra*, par. 4.2. Non vi è dubbio, infatti, che in taluni casi anche i profili “organizzativi” risultano strettamente connessi al contenuto dei livelli essenziali delle prestazioni.

³⁶⁵ Corte cost., n. 272/2004 cit.

³⁶⁶ *Infra*, cap. II, par. 2.3.

³⁶⁷ Comunicazione della Commissione, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, 26 aprile 2006, COM(2006)177 def.

conclusioni: i servizi sociali erogati dai sistemi pubblici sviluppati a livello regionale/locale, sono certamente attività economiche con riguardo al diritto europeo del mercato interno; al contrario, le modalità organizzative delineate a livello regionale ricalcando l'impostazione della legge quadro n. 328/2000, sembrano tali da escludere la rilevanza economica delle relative attività se si prende in considerazione tale nozione così come sviluppata dalle Istituzioni UE nel contesto del diritto europeo della concorrenza.

Dall'analisi dei sistemi pubblici di erogazione di servizi sociali, sembrano, infatti, rinvenibili quegli indici concreti a cui, in settori quali la sanità, la previdenza, l'istruzione etc., la Corte di giustizia dà rilievo per ritenere prevalente il ruolo del principio di solidarietà rispetto a quello di competitività/remuneratività; e dai quali desumere, conseguentemente, l'assenza di un vero e proprio mercato concorrenziale e, quindi, escludere la necessità/opportunità di applicare le regole *antitrust* e quelle sul divieto di aiuti di stato. Infatti:

- l'attività dei gestori è sottoposta a un pervasivo controllo pubblico che incide sia sui profili riguardanti l'attività (sulla quantità, sul prezzo e sull'entità delle prestazioni), sia su quelli organizzativi (si pensi al ruolo dell'accreditamento);
- i sistemi pubblici di erogazione di servizi sociali sono basati, quasi esclusivamente, sul principio di solidarietà e le rispettive prestazioni - erogate indipendentemente dalla loro remuneratività - non sarebbero in grado di raggiungere gli obiettivi di cui agli art. 2 e 3 della Cost. se la logica "erogativa/assistenziale" fosse, anche solo in parte, temperata da logiche di capitalizzazione;
- tali sistemi si basano su un finanziamento proveniente dalla fiscalità generale in termini certamente più rilevanti di quanto avviene per i servizi pubblici a carattere "economico-produttivo". Rispetto a tali servizi, nel settore dei servizi sociali il fallimento del mercato (infra, cap. 2, par. 2) assume portata e confini ben più marcati. Sembra trattarsi, in altre parole, di mercati la cui sopravvivenza dipende dal finanziamento pubblico, molti dei quali non esisterebbero se questo assumesse tratti diversi dalla logica redistributiva che al momento lo caratterizza. Se si introducesse, infatti, come regola generale quella dell'integrale copertura dei costi con i ricavi provenienti dagli utenti, alcune prestazioni non verrebbero nemmeno erogate; altre, residuerebbero soltanto a favore di una fascia molto ridotta della popolazione³⁶⁸. Alla

³⁶⁸Si v. *supra*, par. 5 e, *infra*, cap. III.

luce di tali considerazioni, e con tutte le cautele del caso, dovute anche al carattere dinamico e evolutivo di tali concetti, i sistemi pubblici di erogazione di servizi sociali alla persona, o almeno la maggior parte di questi, sembrano poter essere definiti come dei “non mercati”.

La bontà di tale affermazione, sembrerebbe trovare conferma se si riflette su alcuni istituti di origine europea, ma ormai pienamente integrati nel nostro ordinamento, quali quello di obbligo di servizio pubblico e sua compensazione, servizio universale, etc.

Per esempio, con il concetto di servizio universale si stabiliscono le condizioni per assicurare che taluni servizi vengano messi a disposizione di tutti i consumatori e utenti di uno Stato membro, a prescindere dalla loro localizzazione geografica, a un determinato livello di qualità e, tenendo conto delle circostanze nazionali, a un prezzo abbordabile.

Orbene, un simile concetto potrebbe apparire, con gli opportuni adattamenti, per certi tratti assimilabile al concetto interno di livello essenziale delle prestazioni (che nel settore socio-assistenziale prendono il nome di LIVEAS); cioè di prestazioni percepite come irrinunciabili dalla collettività e, pertanto, da assicurare su tutto il territorio nazionale. Sia il servizio universale, sia i livelli essenziali delle prestazioni, infatti, fanno riferimento a un livello di prestazione minimo da assicurare ai cittadini.

In realtà, da una riflessione più attenta, emerge la sostanziale differenza fra i due istituti.

Il servizio universale è stato concepito al fine di rendere possibile un normale funzionamento del mercato pur in presenza di un suo fallimento (inteso come incapacità di raggiungere determinati obiettivi frutto di una scelta “politica”); esso costituisce, in altre parole, componente essenziale della liberalizzazione del mercato nel settore dei servizi, quali le telecomunicazioni, i servizi postali e i trasporti.

I livelli essenziali delle prestazioni, invece, perseguono un obiettivo diverso: non servono a rendere funzionante un mercato già esistente ma creano un “mercato” (pubblico), talvolta parallelo a quello privato, ma che il più delle volte costituisce l’unico “mercato” possibile per quel determinato tipo di prestazioni³⁶⁹.

³⁶⁹ Interessanti al riguardo, sono alcuni passaggi della pronuncia Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 16 giugno 2010, n. 1891, che esclude il carattere di impresa (e quindi il carattere economico delle relative attività) delle strutture pubbliche erogatrici di servizi sanitari. Nonostante le differenze fra il settore sociale e quello sanitario (v. *infra*, parte II, par 2.), molti di tali ragionamenti sembrano estendibili anche ai sistemi di erogazione di servizi sociali alla persona. Secondo il giudice amministrativo “*La qualificazione, in termini economici o meno, dell’attività esercitata dalle strutture pubbliche erogatrici di servizi sanitari passa attraverso la valutazione di precisi elementi di riferimento alla cui stregua ricostruire le caratteristiche organizzative dei servizi. Nel caso che ci occupa, sussistono decisivi parametri strutturali e funzionali che*

D'altronde, va considerato che la presenza di elementi concorrenziali previsti dal legislatore statale con la legge quadro del 2000 - ripresi da molti legislatori regionali - va collocata all'interno delle politiche di contenimento della spesa, di implementazione dell'efficienza e della qualità delle prestazioni; e tuttavia tali elementi non sono in grado di trasfigurare un regime ancora fortemente permeato da elementi solidaristici e re-distributivi; infatti, come si avrà modo di osservare, la presenza di elementi concorrenziali in una determinata attività sociale, non ne modifica la natura sociale e non imprenditoriale, ma diventa addirittura ancillare al perseguimento della stessa funzione sociale³⁷⁰.

Tali conclusioni, secondo cui i servizi sociali avrebbero rilevanza economica solo con riguardo alle norme riconducibili al diritto del mercato interno e non a quello della concorrenza, non presentano particolari problemi con riguardo all'applicazione del diritto UE; ciò dal momento che, come si dirà, i diversi sub-settori, di cui questo si compone, hanno un certo grado di autonomia. Al contrario, diversi sembrano i profili problematici sul piano del diritto interno.

depongono nel senso del carattere non imprenditoriale dell'attività in questione. Le strutture pubbliche del SSN non costituiscono imprese o associazioni di imprese (anche nella nozione presa in considerazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza) dal momento che:

- svolgono una funzione di carattere esclusivamente sociale, basata sul principio della solidarietà, sprovvista di ogni scopo di lucro, dove le prestazioni sono previste dalla legge ed erogate gratuitamente indipendentemente dalla loro remuneratività, assicurando la copertura universale dei cittadini il cui benessere è in linea con gli obiettivi posti dagli articoli 2 e 3 Cost.;

- il finanziamento proveniente dalla fiscalità generale consente la redistribuzione del reddito da soggetti economicamente più abbienti ad altri che, in mancanza di questo meccanismo ed in ragione dei loro mezzi e condizioni di salute, sarebbero privati della necessaria tutela;

- la disciplina legale regola gli aspetti qualitativi e quantitativi delle prestazioni da erogare;

- l'attività dei gestori è, pertanto, sottoposta ad un pieno e pervasivo controllo statale senza che essi abbiano alcuna possibilità di influire sull'impiego dei fondi pubblici e sulla determinazione dell'entità delle prestazioni;

- la funzione esclusivamente sociale svolta è assolutamente prevalente rispetto alle ragioni che militerebbero a favore di una gestione economica dell'attività in questione e ciò fa sì che le strutture pubbliche non sono in effettiva concorrenza né tra loro né con gli istituti privati per quanto riguarda l'erogazione delle prestazioni legali ed obbligatorie di tipo medico;

- gli elementi pro-concorrenziali introdotti dal legislatore vanno collocati all'interno delle politiche di contenimento della spesa e di implementazione dell'efficienza e non sono in grado di trasfigurare un regime ancora fortemente permeato da elementi solidaristici e re-distributivi.

Soltanto ove il legislatore nazionale mutasse in maniera sostanziale le caratteristiche strutturali di tale sistema, conformando in termini economici l'attività delle strutture sanitarie pubbliche, diverrebbe ineludibile l'applicazione delle regole del Trattato applicabili alle imprese. La distinzione tra attività economiche e non economiche, in tal senso, ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non è possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica (cfr. il Libro Verde sui servizi di interesse generale: COM-2003-270").

³⁶⁹ Sulle cui caratteristiche ci si è ampiamente soffermati nel primo capitolo; ulteriori riflessioni si faranno nel capitolo successivo.

³⁷⁰ Cfr. cap. II, par. 4.2.

Per quanto qui di interesse, si tratta di capire se la nuova disciplina sui servizi pubblici locali di interesse economico generale troverà o meno applicazione, una volta in vigore, anche a i servizi sociali alla persona³⁷¹.

8.4. L'incidenza della nuova disciplina sui servizi pubblici locali di rilevanza economica sui servizi sociali alla persona: un tentativo di sistematizzazione.

Nel TU mancano espliciti riferimenti sulla sua estensione ai servizi sociali alla persona; né, d'altra parte, quest'ultimi possono essere qualificati *tout court* come servizi di interesse economico generale. Onde si può concordare circa la sua tendenziale non applicazione ai servizi sociali alla persona. Il Testo unico, infatti, contiene diverse disposizioni finalizzate a promuovere e garantire un mercato concorrenziale, riconducibili cioè, al diritto della concorrenza che, come ricordato, trovano applicazione ai soli servizi pubblici *tout court* economici³⁷².

Ciò tuttavia non implica una totale irrilevanza di tale apparato normativo per i servizi sociali; per queste attività dovrebbero trovare applicazione le sue disposizioni - o almeno dei principi da esse ricavabili - riconducibili al diritto del mercato interno.

Per chiarire il punto pare opportuno riprendere le riflessioni di illustre dottrina che, per quanto sviluppate alcuni anni orsono, sembrano ancora fortemente attuali.

Tale ragionamenti partono dal concetto di "rilevanza economica" e dalla sua riferibilità ai servizi sociali. Pur muovendo da un approccio apparentemente diverso da quello basato sui diversi significati di tale concetto nel diritto UE, le conclusioni cui si giunge sembrano le medesime³⁷³.

³⁷¹ D'altronde, che vi debba essere una certa corrispondenza nella nozione di attività economica fra il diritto UE e il diritto interno, prescinde dalle ultime evoluzioni che hanno portato il legislatore nazionale ad abbandonare la locuzione "rilevanza economica" per quella di origine europea "interesse economico generale"; in tal senso pare sufficiente richiamare le contestazioni mosse dalla Commissione quando il legislatore italiano aveva usato come criterio distintivo per le modalità di gestione dei servizi pubblici locali quello del "carattere industriale" (v. *supra*, par. 8.1).

³⁷² Si vedano, in particolare, l'art. 4 che richiama la disciplina sugli aiuti di stato, e l'art. 7, commi 2 ss., che subordina a particolari condizioni (collegate ad appositi oneri motivazionali e alla richiesta di parere all'Autorità garante della concorrenza e del mercato) la possibilità di optare per il modulo della gestione diretta mediante affidamento *in house* e mediante azienda speciale; tali disposizioni sono evidentemente finalizzate a "limitare" la sottrazione al mercato di determinate attività.

³⁷³ Si v. CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali (art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 convertito in legge 24 novembre 2003, n. 326 ed art. 4, comma 234° della legge 24 dicembre 2003, n. 350)*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2004; cfr. anche POLICE A., GIULIETTI W., *op. ult. cit.*, pp. 831 ss. Secondo Caia, "L'applicazione della nuova dicotomia è dunque interamente rimessa all'interprete, ma si può dire che la definizione dei contorni dei nuovi concetti è abbastanza semplice perché essi coincidono sostanzialmente con quelli di cui all'art. 2082 Cod. civ. (e, per quanto di ragione, art. 2195) o, per differenza, con ciò che non vi può essere ricompreso. In sostanza occorrerà anzitutto verificare quale sia la modalità tipica o prevista per l'espletamento delle prestazioni del

Viene osservato, infatti, come anche un servizio erogativo come quello sociale, verrebbe ad acquisire rilievo economico laddove *“l'ente locale abbia la facoltà di affidare, e concretamente affidi, a operatori privati la gestione di detto servizio, sul presupposto che vi siano nel mercato operatori potenziali disposti a gestirlo a fronte di una copertura integrale o parziale dei costi da parte della fiscalità generale”*³⁷⁴. In altre parole, anche *“un servizio che in sé non ha carattere economico tuttavia presenta rilievo economico in senso relativo (segnatamente per il gestore e prima ancora per i vari soggetti che intendono concorrere all'affidamento della gestione)”*³⁷⁵.

Invero, le somiglianze fra il concetto di “rilevanza economica relativa” e la distinzione fra “rilevanza economica” per il “diritto della concorrenza” e per il “diritto del mercato interno”³⁷⁶ sembrano evidenti.

Al fine di individuare l'esatta incidenza del Testo unico sulle forme di gestione dei servizi sociali, dai ragionamenti sviluppati dagli Autori richiamati, sembrano potersi riprendere non solo i presupposti, ma anche le conclusioni.

servizio pubblico di volta in volta in questione, ma – ovviamente – si dovrà anche tenere conto del fatto che i servizi pubblici possono essere resi uti singuli e pure uti universi (è il caso, ad es., dell'illuminazione pubblica). Pertanto, saranno privi di rilevanza economica i servizi che sono resi agli utenti in chiave meramente erogativa e che, inoltre, non richiedono una organizzazione di impresa in senso obiettivo. Per qualificare un servizio pubblico come avente rilevanza economica o meno è ragionevole pensare che si debba prendere in considerazione non solo la tipologia o caratteristica merceologica del servizio (vi sono attività meramente erogative come l'assistenza agli indigenti), ma anche la soluzione organizzativa che l'ente locale, quando può scegliere, sente più appropriata per rispondere alle esigenze dei cittadini (servizi della cultura e del tempo libero da erogare, a seconda della scelta dell'ente pubblico, con o senza copertura dei costi). Dunque, la distinzione di cui si sta parlando può anzitutto derivare da due presupposti, in quanto non solo vi può essere un servizio che ha rilevanza economica o meno in astratto ma anche uno specifico servizio che, per il modo in cui è organizzato nel caso di specie, presenta o non presenta tale rilevanza economica. Esemplificando, vi sono servizi pubblici per i quali la legislazione impone una tariffa economica (...) ed invece servizi pubblici che per essere tali devono necessariamente venire erogati con oneri a totale carico dell'ente locale o sottocosto. Ancora, vi sono servizi pubblici che presentano tipologicamente un carattere neutro e che acquisiscono rilievo economico o meno a seconda del modo e conseguentemente del tipo di organizzazione che l'ente locale ha scelto, ritenendosi cioè sufficiente, per l'interesse della collettività, che la prestazione vi sia ancorché a pagamento ovvero, all'opposto, che la prestazione per essere di servizio pubblico debba essere resa gratuitamente o sottocosto. Quelli appena elencati appaiono certamente come indici dai quali ricavare se ci si trova o meno davanti ad un servizio pubblico con rilevanza economica in senso stretto; si tratta di indici che fanno emergere il "carattere" realmente economico o meno del servizio”.

³⁷⁴ Così, POLICE A., GIULIETTI W., *op. ult. cit.*, pp. 831 ss.

³⁷⁵ In questi termini, CAIA G., *op. ult. cit.* L'Autore, infatti, osserva come vada considerato che *“legge utilizza un'espressione ampia, perché parla di 'rilevanza', in modo cioè da poter alludere a ciò che ha 'carattere' economico in senso stretto ed anche a ciò che può essere rilevante economicamente pur quando la prestazione resa agli utenti non integra 'di per sé' un'attività economica perché il servizio (al) pubblico è di tipo sociale o meramente erogativo. Allora, e salvo approfondimenti, si può pensare che il legislatore si sia voluto riferire non solo ad evenienze come quelle descritte sopra ove il servizio pubblico ha 'carattere' economico o meno, ma anche ad ipotesi nelle quali un servizio che in sé non ha 'carattere' economico tuttavia presenta 'rilievo' economico in senso relativo (segnatamente per il gestore e prima ancora per i vari soggetti che intendono concorrere all'affidamento della gestione)”.*

³⁷⁶ V. *infra* cap. II, par. 4.2.

Police, pronunciandosi sugli effetti della pronuncia della Corte 272/2004 sulle modalità di gestione dei servizi sociali, afferma che soltanto, laddove, nell'ambito della categoria del servizio sociale, *“la scelta normativa comporti la previsione di affidamenti ai privati, tale da determinare l'acquisizione di rilevanza economica del servizio in senso subiettivo, tornerebbe a valere la rilevanza dei principi posti dall'art. 113 ed in special modo del principio concorsuale, principio del resto ormai immanente nell'ordinamento tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della P.A. In queste ipotesi, il principio di ragionevolezza e proporzionalità dovrebbe costituire il criterio della legittimità dell'adeguamento che le normative di settore di fonte regionale operano sulla disciplina dell'art. 113”*. Alle stesse conclusioni era già giunto Caia nella parte in cui aveva sostenuto la possibilità di fare riferimento alla disciplina sui servizi pubblici di rilevanza economica (e in particolare, all'art. 113, comma 5, lett. a, del TUEL) per legittimare il ricorso all'affidamento a terzi per la gestione dei servizi sociali³⁷⁷.

Pertanto, pare potersi concludere nel senso che la normativa sui servizi pubblici locali di interesse economico generale inciderà sulla disciplina delle modalità di gestione dei servizi sociali nella parte in cui impone, nella competizione a monte per la conclusione di una concessione di pubblico servizio, il rispetto della disciplina sui contratti pubblici. L'art. 7, comma 1, lett. a, del Testo unico prevede, infatti, che l'affidamento a terzi debba avvenire *“mediante procedura a evidenza pubblica, in applicazione delle disposizioni in materia di contratti pubblici”*. Si tratta quindi di individuare quale sia lo specifico regime della procedura a evidenza pubblica quando l'amministrazione affida una concessione avente a oggetto un servizio sociale alla persona³⁷⁸.

Al momento ci si può limitare a osservare come la portata innovativa che il Testo unico avrà sulle forme di gestione dei servizi sociali alla persona non pare dirompente; il necessario rispetto di procedure competitive di evidenza pubblica nell'affidamento a terzi di un servizio sociale lo si ricava già dai principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi e, più in generale, di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, nonché da quelli di efficacia, efficienza dell'azione amministrativa. Inoltre, con specifico riferimento agli affidamenti ai soggetti del terzo settore, il medesimo risultato lo si ricava dalla disciplina di settore: in particolare, dal d.P.C.M. 30 marzo 2001,

³⁷⁷ CAIA G., *op. ult. cit.* e ID, *I servizi sociali degli enti locali*, cit., pp. 365 ss.

³⁷⁸ *Infra*, cap. III, par. 5 ss.

adottato sulla base dell'art. 5 della legge-quadro n. 328/2000 (ciò sempre che si ritengano superati i dubbi sulla "tenuta" di tale normativa dopo la riforma costituzionale del 2001).

L'art. 6 del D.P.C.M., in tema di affidamento di servizi sociali alla persona a soggetti del terzo settore, prevede, infatti, che le regioni, nel disciplinare l'affidamento di servizi sociali alla persona a soggetti del terzo settore, debbano tenere conto delle norme nazionali e comunitarie che "*disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione*"³⁷⁹. Infine, sono in corso di recepimento del Direttive³⁸⁰ europee in materia di contratti pubblici, che prevedono specifiche disposizioni per i servizi sociali, sia in caso di affidamento di un contratto di appalto, sia nel caso di concessione di servizi.

Nell'analizzare il rapporto fra il nuovo Testo unico e la disciplina sulle forme di gestione dei servizi sociali, appare allora opportuno evitare un approccio binario (inclusione/esclusione) e dare maggiore enfasi a una ipotesi "terza" (il grigio anziché il nero o il bianco), una prospettiva conciliativa anziché "esclusiva" o *tout court* inclusiva.

Per quanto il Testo unico sia stato concepito con riguardo ai servizi pubblici locali di interesse economico, e solo a questi servizi trovi piena applicazione, l'ampia libertà di scelta che esso lascia alle amministrazioni nell'individuare i modelli organizzativi di servizio pubblico³⁸¹, potrebbe essere interpretata come un rafforzamento di quella libertà che, nel settore dei servizi sociali, trova già riscontro, soprattutto a livello di legislazione regionale. In altre parole, ora che la maggiore autonomia nella scelta delle forme di gestione è stata generalizzata, il *modus operandi* adottato nel settore dei servizi sociali trova una, seppur indiretta, conferma.

Sempre nell'ottica di un rafforzamento delle soluzioni già proprie applicate a tale settore, merita un richiamo l'art. 6, comma 1, lett. b del Testo unico che prevede, anche per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, la possibilità di perseguire gli obiettivi di interesse pubblico che caratterizzano il servizio pubblico locale, attraverso "*il riconoscimento agli utenti di vantaggi economici e titoli per la fruizione del servizio*". Si tratta, come è del tutto evidente, di una generalizzazione di un istituto già diffuso nel settore sociale, quale quello del *voucher*.

9. L'affidamento in concessione a terzi del servizio sociale alla persona. Rinvio.

³⁷⁹ Cfr. "*Linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*", cit., dell'ANAC, p. 9.

³⁸⁰ Nello specifico, Direttiva 2014/24/UE in tema di appalti, e Direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni.

³⁸¹ Cfr., in particolare, art. 6 e 7.

Con riguardo al modulo gestorio tramite affidamento o concessione a terzi, si è detto come tali locuzioni siano sinonimi³⁸²; si è aggiunto che tale modulo organizzativo non possa (più) prescindere dal rispetto di procedure competitive funzionali ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento etc.³⁸³. Sulla disciplina di tali procedure, sulle loro specificità quando oggetto del servizio è un'attività socio-assistenziale e sulle differenze nelle regole dell'evidenza pubblica quando si affida un contratto di appalto o una concessione di servizio pubblico si tornerà più avanti³⁸⁴; in quel contesto ci si soffermerà anche su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia che, a determinate condizioni, hanno considerato compatibili con i trattati l'affidamento diretto di un servizio (nel caso di specie, trasporto sanitario) a associazioni di volontariato.

Al momento pare sufficiente dare conto di come, recenti approdi del giudice europeo, abbiano inciso sulla forma di gestione dei servizi sociali oggetto di specifica trattazione.

Si è osservato in passato, come il discrimine fra una convenzione (nel caso di specie a soggetti del volontariato ex legge 11 agosto 1991, n. 266) e una concessione di servizio pubblico sociale, potesse basarsi sull'entità del corrispettivo: limitato a un contributo a parziale copertura dei costi o a un rimborso spese nel primo caso, vero e proprio corrispettivo nel secondo caso³⁸⁵.

Tale criterio di discriminare, dal quale nel contesto precedente si potevano desumere differenti regimi giuridici delle rispettive procedure selettive³⁸⁶, non pare più del tutto attuale: come si dirà, la Corte di giustizia in recenti pronunce ha affermato che non esula dalla qualificazione di appalto una convenzione fra un soggetto pubblico e un'associazione di volontariato che prevede - come controprestazione all'erogazione di un servizio - il solo rimborso delle spese effettivamente sostenute, senza remunerazioni occulte³⁸⁷.

Tale evoluzione della giurisprudenza europea pare confermare le conclusioni cui si è giunti in precedenza: la necessità di far riferimento al profilo funzionale pubblicistico al

³⁸² *Supra*, par. 8.1.

³⁸³ *Supra*, par. 8.4, ma anche *infra* cap. III, par. 2, 4.1 e 5 ss.

³⁸⁴ *Infra*, cap. III, par. 5 ss.

³⁸⁵ Cfr. CAIA G., *I servizi sociali degli enti locali*, cit., p. 370.

³⁸⁶ L'art. 10 della legge sul volontariato si limita a prevedere che le regioni disciplinino "i requisiti ed i criteri che danno titolo di priorità nella scelta delle organizzazioni per la stipulazione delle convenzioni, anche in relazione ai diversi settori di intervento"; sulle diverse modalità con cui le regioni hanno dato attuazione a tale previsione, PELLIZZER F., SANTI G., *La "convenzione" con gli enti non profit*, cit., pp. 147 ss.; FERIOLI E., *op. ult. cit.*, p. 195.

³⁸⁷ Corte. Giust., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»* e Corte giust., 26 gennaio 2016, causa C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) e altri c. Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4)*; il tema verrà ripreso al cap. II par. 4.1.

fine di distinguere le concessioni di servizio pubblico dagli altri rapporti convenzionali dell'amministrazione.

10. La legge quadro del 2000 e il modello di *outsourcing* per l'erogazione di servizi sociali alternativo all'affidamento a terzi.

La legge quadro n. 328/2000 e soprattutto il d.P.C.M. 30 marzo 2001 distinguono il modello organizzativo dell'affidamento a terzi della gestione del servizio dall'acquisto di servizi e prestazioni.

Pur con tutte le problematiche di cui si è provato a dare conto nel paragrafo precedente, l'inquadramento del modello gestorio dell'affidamento ha presentato profili di incertezza molto minori rispetto a quello che legge e d.P.C.M. definiscono "acquisto di servizi".

Infatti entrambe le normative, pur rimarcando in modo netto la differenza fra le due soluzioni, non offrono un quadro sistematico di tale modello organizzativo.

Va dato merito della sua ricostruzione anche a certa dottrina, che, prendendo spunto anche da soluzioni affermatesi nella legislazione regionale anche prima del 2000 e, soprattutto, dal "sistema delle tre a" affermatosi nel settore sanitario con il d.lgs. n. 502/1992 ss. mm., ha fornito - colmando imprecisioni e ambiguità della normativa statale di riferimento - importanti indicazioni su struttura e caratteristiche di tale modello di erogazione che, per semplicità, verrà indicato ricorrendo alle espressioni "sistema delle tre a" o modello di "quasi mercato"³⁸⁸. Si eviterà, invece, di fare ricorso all'espressione "acquisto di prestazioni e servizi" usata dal legislatore e ancora ricorrente nella prassi, perché la si ritiene foriera di confusione: tale espressione potrebbe dare l'idea di un sistema interamente riconducibile al diritto privato, scevro cioè da strumenti di natura "pubblicistica".

La differenza più evidente fra l'affidamento a terzi e il "sistema delle tre a" riguarda lo spazio per la libera scelta degli utenti; mentre nel primo caso il privato si sostituisce al pubblico nella gestione del servizio, rimanendo lo spazio per la scelta dell'utente di norma

³⁸⁸ Il riferimento è all'opera di ALBANESE A. *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, già più volte citata nel corso di questo lavoro; ma importanti indicazioni si sono ricavate anche da MOLASCHI V., *I servizi sociali*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 363 ss. e da RENNA M., *Commento all'art. 11*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali*, cit., pp. 300 ss.

inesistente³⁸⁹, il sistema delle tre a prevede che all'offerta degli operatori pubblici si affianchi quella di più soggetti privati autorizzati e accreditati³⁹⁰.

Tale modello/sistema, come avviene per il sanitario, è basato sulla sequenza autorizzazione, accreditamento, contratto con ruolo centrale rivestito dal (precedente) momento della programmazione dei bisogni e delle risorse e con tariffe predeterminate³⁹¹; per altri aspetti, invece, le differenze rispetto a quanto previsto dal d.lgs. n. 502/1992 ss. mm. risultano più significative³⁹².

Il momento autorizzatorio, necessario per svolgere attività socio-assistenziale anche al di fuori del servizio pubblico (art. 38 della Costituzione), non è collegato alle esigenze di programmazione ed è quindi del tutto privo di una funzione selettiva o di contingentamento. L'autorizzazione, spesso richiesta per i soli servizi a carattere residenziale e semi-residenziale, viene concessa in seguito all'accertamento dell'esistenza di requisiti tecnici "minimi" richiesti dalla legge³⁹³; nell'accertamento di tali requisiti, la pubblica amministrazione competente svolge, in alcuni casi, un mero accertamento, in altri una valutazione riconducibile alla discrezionalità tecnica (la posizione giuridica dell'operatore richiedente è, quindi, quella del diritto soggettivo). La *ratio* di tale fase è

³⁸⁹ Si condividono le osservazioni di ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 271 che osserva come il fatto che l'art. 5 comma 2 della legge quadro 328/2000 – nella parte in cui con l'espressione "*fermo restando quanto stabilito dall'art. 11*" stabilisce che l'affidamento di servizi sociali a terzi ha come presupposto la necessità che i soggetti affidatari siano comunque in possesso dell'autorizzazione e dell'accreditamento - non contraddice l'alternatività fra un sistema di erogazione basato sulle tre A e l'affidamento a terzi; infatti, quando l'accreditamento è preliminare all'affidamento, esso rileva quale strumento per la verifica dei requisiti qualitativi.

³⁹⁰ Anche il profilo della valorizzazione della libera scelta dell'utente, non costituisce una novità assoluta della legge n. 328/2000, essendo già previsto in alcune leggi settore; si veda, ad esempio, legge 5 febbraio 1992 n. 104 "*Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate*".

³⁹¹ Sebbene nel sociale, come precedentemente ricordato, non viene garantito un universalismo "puro" ma "selettivo" per cui, nelle modalità di fruizione delle prestazioni, vi è una selettività e/o compartecipazione alle spese, che varia in base al reddito.

³⁹² Va comunque tenuto presente come tale ricostruzione sconti esigenze di semplificazione, necessarie per la frammentarietà delle soluzioni regolative presenti nella materia in questione. Tale frammentarietà non dipende solo dalle varieguate soluzioni adottate a livello regionale; ma è fortemente accentuata, oltre che dalla componente territoriale, anche dal tipo di servizio (residenziale, semiresidenziale, domiciliare) e, infine, dai destinatari dei servizi (disabili, minori, anziani). Un utile contributo all'armonizzazione delle diverse normative regionali, almeno per quanto concerne le definizioni e le classificazioni utilizzate, è costituito dal "*Nomenclatore interregionale degli interventi e dei servizi sociali*", adottato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il 29 ottobre 2009.

³⁹³ Si tratta perlopiù di meri accertamenti o di valutazioni che richiedono l'esercizio di discrezionalità tecnica; ad esempio, si richiede che le strutture siano ubicate in luoghi facilmente raggiungibili o che presentino determinati spazi; che il personale abbia determinate caratteristiche e abbia ricevuto una determinata formazione; la predisposizione di piani individuali di assistenza etc; cfr. CONSITO M., *Accreditamento e terzo settore*, cit., p. 48 ss. Tali requisiti minimi sono stati individuati, a norma dell'art. 11 della legge quadro, dal D.M. 21 maggio 2001, n. 308, regolamento recante "*Requisiti minimi strutturali e organizzativi per l'autorizzazione all'esercizio dei servizi e delle strutture a ciclo residenziale e semiresidenziale*", a norma dell'articolo 11 della legge 8 novembre 2000, n. 328. Il nuovo assetto costituzionale ha fatto sorgere dei dubbi sulla "tenuta" della disciplina nazionale di tali "requisiti nazionali minimi"; sul tema, MOLASCHI V., *I servizi sociali*, cit., pp. 385 ss.; RENNA M., *op. ult. cit.*, p. 311 ss.

facilmente intuibile e trova fondamento nel rispetto dell'utilità sociale che la Costituzione impone a chi esercita una libera iniziativa economica (art. 41 co. 2) col fine di lucro che ne consegue; nella necessaria "adeguatezza" dell'attività privata espressione di sussidiarietà orizzontale³⁹⁴ se si tratta di attività riconducibile all'art. 38, co. 5, della Costituzione.

Va, infine, osservato come diverse Regioni prevedano una *segnalazione certificata di inizio attività*; in alcuni casi al posto dell'autorizzazione, in altri casi per i soli servizi che non presentano il carattere della residenzialità o semi-residenzialità (in questa ultima circostanza l'accertamento dei requisiti richiesti non dovrebbe richiedere nemmeno l'esercizio di discrezionalità tecnica).

L'accreditamento, provvedimento unilaterale conseguente a un procedimento a istanza di parte, è lo strumento necessario (ma non sufficiente) per l'ingresso nel sistema pubblico (*rectius*, per erogare prestazioni per conto del servizio pubblico). Dalle scarse disposizioni sul punto della l. n. 328/2000, emerge come anche tale momento sia scollegato dalla fase programmatica³⁹⁵, ma venga concesso a chiunque rispetti requisiti tecnici ulteriori rispetto a quelli richiesti per l'autorizzazione/SCIA; la sua concessione è, pertanto, subordinata a una valutazione riconducibile alla discrezionalità tecnica.

La legge quadro non contiene alcun riferimento espresso alla fase del contratto/accordo; tale momento, però, al quale l'art. 5 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 fa solo un ambiguo riferimento³⁹⁶, è giustamente ritenuto necessario in dottrina³⁹⁷; e infatti, seppure con differenze rilevanti, è quasi sempre previsto nella normativa regionale.

In alcuni casi, infatti, il momento contrattuale svolge una funzione di contingentamento dell'offerta sulla base delle risorse stanziare in programmazione; in tal senso si sono orientati la Regione Umbria³⁹⁸, la Regione Sardegna³⁹⁹ e sembra pure la Regione Lombardia, sebbene non attraverso lo strumento legislativo⁴⁰⁰.

³⁹⁴ CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 69.

³⁹⁵ *Contra*, MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, p. 374.

³⁹⁶ Art. 5 co. 4: "I Comuni stipulano convenzioni con i fornitori iscritti nell'elenco di cui al comma 2, anche acquisendo la disponibilità del fornitore alla erogazione di servizi e interventi a favore di cittadini in possesso dei titoli di cui all'articolo 17 della legge n. 328 del 2000".

³⁹⁷ ALBANESE, *op. ult. cit.*, p. 236; simile sembra la posizione di MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, p. 377.

³⁹⁸ L. r. 9 aprile 2015 n. 11, *Testo unico in materia di Sanità e Servizi sociali*, art. 346 co. 4: "Gli ATI concludono gli accordi contrattuali che prevedono un volume di attività ed una spesa comunque non superiori a quelli previsti dagli atti di programmazione".

³⁹⁹ L.r. 23 dicembre 2005, n. 23, art. 42 che indica dei criteri per la scelta dei soggetti con cui stipulare le convenzioni (art. 38 co. 2).

⁴⁰⁰ La l. r. n. 3/2008 nulla dice riguardo a una funzione di contingentamento della fase contrattuale, che però sembra essere prevista dalla delibera del 15 febbraio 2010, n. 1254, del Direttore Generale competente (p. 14).

In altri casi, invece, il contratto svolge esclusivamente una funzione “regolativa”, di disciplina (convenzionale) delle modalità operative delle condizioni di erogazione delle prestazioni. In tale sistema, che a detta di alcuni sarebbe il più conforme allo spirito della legge n. 328/2000⁴⁰¹, il rispetto dei budget individuati nella programmazione è garantito attraverso il controllo della domanda; in questa direzione può inserirsi la distribuzione di titoli di acquisto di servizi (o *voucher*) agli utenti che accedono a un programma pubblico di assistenza, per consentire loro di usufruire delle prestazioni di soggetti accreditati⁴⁰².

Come osservato dalla dottrina da ultimo richiamata, sono le caratteristiche (anche storiche) del servizio socio-assistenziale a far sì che modelli organizzativi come quelli appena descritti risultino idonei, a differenza di quanto è accaduto nel settore sanitario, ad assicurare la compatibilità fra il rispetto dei contenuti della programmazione, il contenimento e il controllo della spesa pubblica da un lato e un livello di concorrenza fra gli operatori accreditati, dall’altro⁴⁰³.

Rispetto al sanitario, infatti, nel settore sociale l’esigenza di collegare la concessione dell’accreditamento (o la successiva fase della contrattazione) alle scelte programmatiche in funzione di contingentamento appare meno pressante, e ciò per diverse ragioni.

Innanzitutto perché nei servizi sociali l’accesso da parte degli utenti alle prestazioni a carico di fondi pubblici avviene in molto più centralizzato di quanto non accada nel settore sanitario dove l’accesso è più frammentario e diffuso; uno degli strumenti attraverso cui può essere raggiunto tale obiettivo è il servizio di Segretariato Sociale, che l’art. 22 della legge quadro n. 328/2000 indica come uno degli interventi che costituiscono livello essenziale delle prestazioni, poi disciplinato più analiticamente dal Piano Sociale

⁴⁰¹ Cfr. ALBANESE 2007 pp. 236 ss. e P RINALDI.G. 2007, *Art. 6. (Funzioni dei Comuni)*, in BALBONI E., BARONI B. MATTIONI A., PASTORI G., *Il sistema integrato dei servizi sociali: commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo 5 della Costituzione*, Milano, pp.192 ss. Tale soluzione sembra quella adottata dalla Regione Toscana, sulla base di quanto sembra emergere da l. r. 24 febbraio 2005, n. 41, “*Sistema integrato di interventi e servizi per la tutela dei diritti di cittadinanza sociale*”; l. r. 28 dicembre 2009 n. 82, “*Accreditamento delle strutture e dei servizi alla persona del sistema sociale integrato*” e dal Regolamento di attuazione di questa legge adottato con Decreto del Presidente della 3 marzo 2010, n. 29. In realtà, dall’art. 5 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 sembra potersi evincere la previsione di un momento convenzionale con una funzione “selettiva”. Il comma 2, lett. c, di tale disposizione prevede, infatti, che le regioni disciplinino i criteri “*per l’eventuale selezione dei soggetti fornitori sulla base dell’offerta economicamente più vantaggiosa, tenuto conto di quanto previsto dall’art. 4*”.

⁴⁰² Sulla “tenuta” della disciplina statale di tale istituto (art. 5 del d.P.C.M. 30 marzo 2001 e art. 17 legge n. 328/2000) dopo la riforma costituzionale del 2001, cfr. MOLASCHI V., *I servizi sociali*, cit., p. 378; sul tema dei *voucher*, cfr. anche DE CARLI P., *L’emersione giuridica della società civile*, cit., pp. 201 ss.

⁴⁰³ Cfr. ALBANESE A., *op. ult. cit.*, pp. 239 ss.; nello stesso senso anche PIOGGIA A., *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, cit., pp. 178 ss.

Nazionale del 2001 e, comunque, realizzato a livello di comuni, con forme e modalità differenti⁴⁰⁴.

Nella stessa direzione rilevano la minore redditività del settore sociale che quindi si presta meno allo sviluppo di dinamiche concorrenziali e, soprattutto, l'esiguo numero di strutture pubbliche esistenti con un rischio, quindi, contenuto che la maggiore apertura agli operatori privati comporti la loro sottoutilizzazione.

Poiché trattasi di un sistema "composito", per la loro analisi alla luce del diritto UE sarà necessario considerare separatamente i singoli momenti che lo compongono (autorizzazione, accreditamento, accordo/contratto), anche dal punto di vista della loro natura giuridica⁴⁰⁵.

In tale prospettiva, è necessario introdurre anche il tema dell'integrazione socio-sanitaria per vedere quali differenze presenti il "sistema delle tre a" quando oggetto delle prestazioni sono servizi socio-sanitari (e non socio-assistenziali).

Ciò pare opportuno per due distinte ragioni: intanto perché la tendenza attuale è quella di procedere a una sempre maggiore integrazione fra il sociale e il socio-sanitario che in alcuni casi (come fatto dalla Regione Emilia Romagna) può portare a una disciplina unitaria per servizi sociali e socio-sanitari; ma non va nemmeno trascurato il fatto che confrontare sistemi che, per quanto presentino caratteristiche molto diverse fra loro, hanno una struttura (quella basata sul sistema delle tre a, appunto) e finalità (favorire la concorrenza fra strutture pubbliche e private e, quindi, la possibilità di scelta dell'utente) simili; ciò può essere di aiuto per trovare le soluzioni più opportune, da adattare ovviamente alle peculiarità dei singoli servizi.

PARTE II

1. I servizi socio-sanitari. Linee evolutive del processo di integrazione.

⁴⁰⁴ Sul tema, cfr. MOLASCHI V., *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, in *Dir. econ.*, 2, 2013, pp. 475-494.

⁴⁰⁵ Il cap. III infatti, sarà in buona parte dedicato all'analisi di tale sistema di erogazione di servizi sociali (sistema delle tre a o modello di quasi mercato) alla luce del diritto europeo, al fine di valutare possibili momenti di frizione fra il livello di governo nazionale e quello sovranazionale.

Quello descritto nel precedente paragrafo rientra fra i sistemi/modelli di erogazione di prestazioni definiti “quasi mercato” o “a concorrenza amministrata”, fra i cui tratti caratterizzanti rientrano la pluralità di soggetti erogatori fra cui l’utente può, più o meno liberamente, scegliere e le prestazioni rimborsate (in tutto o in parte) dall’ente pubblico finanziatore con la definizione di tariffe standard, ovvero attraverso un sistema che sottrae al mercato la “competenza” sulle decisioni finanziarie⁴⁰⁶. Tale sistema dà origine a un mercato (pubblico) che - sebbene presenti aspetti di disomogeneità rispetto ai mercati “ordinari” sia dal lato dell’offerta che da quello della domanda⁴⁰⁷ - risulta comunque caratterizzato da dinamiche di concorrenza (nel mercato) fra gli operatori.

Le stesse qualificazioni - forse impropriamente - vengono talvolta utilizzate per fare riferimento a sistemi di erogazione in cui una reale concorrenza fra gli operatori pare molto più sfumata. Ci si riferisce, ad esempio, ai servizi sanitari, in cui il reale spazio lasciato alla scelta degli utenti (e quindi l’effettivo grado di concorrenza fra gli operatori) pare dipendere dalle soluzioni adottate a livello regionale, tanto da poter risultare anche essere minimo⁴⁰⁸; lo stesso può dirsi, ed è quanto interessa ai fini di questo scritto, per i sistemi di erogazione di servizi socio-sanitari⁴⁰⁹.

In linea con gli obiettivi della ricerca, si descriveranno, quindi, i principali sistemi/modelli di organizzazione e erogazione dei servizi socio-sanitari individuabili a livello regionale, facendo particolare attenzione alle modalità con cui gli operatori privati vengono “coinvolti” nell’erogazione del servizio pubblico e avendo cura di premettere un breve inquadramento del processo di integrazione socio-sanitaria⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Cass., Sez. Un., 14 gennaio 2015, n. 473; Cass., Sez. VI, 3 giugno 2014, n. 12393; Cass., Sez. III, 25 gennaio 2011, n. 1740. Per una completa disamina dei principi caratterizzanti il modello in questione, prendendo spunto dal sistema sanitario anglosassone in cui il sistema di “quasi mercato” si è affermato per la prima volta, si veda SPAGNUOLO VIGORITA R., *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003, pp. 36 ss.; cfr. anche CIVITARESE MATTEUCCI S., *Servizi sanitari, mercato e “modello sociale europeo”*, in PIOGGIA A., DUGATO M., RACCA G., CIVITARESE MATTEUCCI P. (a cura di), *Oltre l’aziendalizzazione del sistema sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008, p. 364. Sui modelli di quasi mercato nelle politiche sociali, LE GRANDE J., *Quasi-markets and Social Policy*, in *Economic Journal*, 1991, 101, pp. 1256 ss.

⁴⁰⁷ SPAGNUOLO VIGORITA R., *op. ult. cit.*, p. 38.

⁴⁰⁸ In alcuni casi, infatti, possono essere predeterminati sia la quota da destinare all’offerta privata, sia i soggetti cui distribuirla e persino la scelta del prestatore può essere sottratta al beneficiario per essere affidata a un soggetto pubblico che, in nome dell’utente, sceglie il prestatore. Cfr. CIVITARESE MATTEUCCI S., *op. ult. cit.*, p. 364-365; DE CARLI P., *L’emersione giuridica della società civile*, cit., p.175.

⁴⁰⁹ Per un iniziale studio del processo di integrazione socio-sanitaria e per approfondimenti sulla sua attuazione, anche a livello di legislazione regionale, si suggerisce la lettura dei documenti reperibili sul sito dell’Agenas: <http://www.agenas.it/aree-tematiche/organizzazione-dei-servizi-sanitari/programmazione-sanitaria-e-psr/integrazione-socio-sanitaria>.

⁴¹⁰ Per una completa trattazione del processo di integrazione socio-sanitaria si rinvia ad ALBANESE A., *L’integrazione socio-sanitaria*, in PELLEGRINI R.M., MOLASCHI V. (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2012, pp. 129-154 e PIOGGIA A., *op. ult. cit.*, p. 209 ss.; DEGANI L.,

A tal riguardo non par dubbio che il coordinamento fra attività di cura sanitaria e assistenza sociale abbia radici storiche, tanto che fin dai primi anni dell'Italia unita le due materie erano difficilmente scindibili.

Il percorso di "allontanamento" dei due ambiti ebbe inizio con il R.D. 30 dicembre 1923, n. 2841, in virtù del quale l'"ospedale" venne configurato come un'opera pia "diversa" dalle altre, rafforzandone la doverosità dell'attività (e quindi la parte "embrionale" di servizio pubblico)⁴¹¹ e concependo il servizio di cura come attività rivolta non solo ai poveri, ma anche a soggetti abbienti (seppur a pagamento)⁴¹². Tale ultima caratteristica trovò poi accentuazione - sia nella prassi che a livello normativo (in particolare con il r.d. 30 settembre 1938, n. 1631, cd. legge *Petragnani*) - con l'affermarsi dei primi enti mutualistici e assicurativi, che diedero vita al primo sistema di "sicurezza sociale", con la compresenza di tre categorie di utenti: i soggetti mutuati, i poveri e i paganti in proprio⁴¹³.

Tuttavia, è solo con la legge del 12 febbraio 1968 n. 132 che il servizio sanitario perdeva i tratti "caritativi"⁴¹⁴, assumendo quelli propri del pubblico servizio, poi formalmente confermati nella l. 23 dicembre 1978, n. 833, istitutiva, infatti, del Servizio Sanitario Nazionale.

Per vero con la riforma del 1978, mentre da un lato veniva evidenziato il divario fra la protezione accordata al diritto alla salute rispetto a quella garantita al diritto all'assistenza sociale, dall'altro trovava riconoscimento l'esigenza - per altro già emersa nel d.P.R. n. 616/1977⁴¹⁵ - di considerare come integrati, in determinate situazioni, i profili sanitari e sociali tant'è che, a livello regionale, trovava riscontro la cd. "sanitarizzazione"

MOZZANICA R., L'integrazione socio-sanitaria, in CODINI E., FOSSATI A., FREGO LUPPI S. A., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2011, pp. 49 ss.; BARONI B., *Linee evolutive dell'integrazione fra servizi socio-sanitari*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, pp. 47 ss., e alla dottrina ivi richiamata.

⁴¹¹ All'art. 78 della legge Crispi 17 luglio 1890, n. 6972, si aggiunge il 78-a che rafforza l'obbligo di cura in capo agli ospedali (con spese a carico di appartenenza secondo la disciplina del domicilio di soccorso, art. 75 ss) nei casi in cui alla povertà si aggiunga l'urgenza; cfr. FALCON G., *L'ospedale pubblico dalle Opere Pie al Servizio Sanitario Nazionale*, cit., pp. 235 ss.

⁴¹² ID., *op. ult. cit.*, p. 236.

⁴¹³ ID., *op. ult. cit.*, p. 241.

⁴¹⁴ Cfr. GASPARINI CASARI V., *L'ordinamento ospedaliero nella legislazione vigente e nelle prospettive di evoluzione*, Modena, 1974, p. 366 e FALCON G., *op. ult. cit.*, p. 242.

⁴¹⁵ Si vedano i commi 2 e 3 dell'art. 25; in particolare il co. 3, pur non chiarendo a che punto dovesse arrivare l'integrazione, dispone in modo tassativo che gli ambiti territoriali, determinati dalla regione, devono concernere contestualmente la gestione dei servizi sociali e di quelli sanitari; si veda *supra*, par. 8.1, in nota.

del sociale, ovvero l'erogazione di servizi sociali attraverso le "strutture" proprie del servizio sanitario⁴¹⁶.

Il processo di integrazione, continuato con l'art. 30 della l. 27 dicembre 1983, n. 730⁴¹⁷, e con il d.P.C.M 8 agosto 1985⁴¹⁸, ha subito poi un rallentamento con il d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502. Infatti, come noto, la normativa ancora oggi di riferimento del sistema sanitario, nel ricercare a livello organizzativo una sorta di necessitata aziendalizzazione delle aziende e strutture pubbliche, ha comportato, quasi inevitabilmente, un depotenziamento del livello di governo locale, ovvero del contesto in cui maggiormente emergono le esigenze del sociale e in cui sono allocate le principali competenze amministrative. Pertanto, la sostanziale estromissione dei comuni dal governo della sanità (in chiara contrapposizione al sistema delineato dalla l. n. 833/1978) ha generato quasi naturalmente un elemento di difficoltà nella piena integrazione socio-sanitaria⁴¹⁹.

Tanto è che solo con la "riforma della riforma" di cui al d.lgs. 19 giugno 1999, n. 229 (in particolare con le norme di cui agli art. 3-septies e 3-opties) tale processo riprende vigore, per poi proseguire con la l. n. 328/2000 che, come si è evidenziato, vi fa più volte riferimento.

⁴¹⁶ Si fa riferimento, in particolare, all'art. 11 co. 5 della l. n. 833/1978 secondo cui le "regioni, sentiti i comuni interessati, determinano gli ambiti territoriali delle unità sanitarie locali, che debbono coincidere con gli ambiti territoriali di gestione dei servizi sociali; e all'art. 15 che rimanda alla legge regionale il compito di affrontare i problemi organizzativi e di finanziamento creati dal distinto regime giuridico dei due servizi. Secondo CAVALERI P., *La gestione dei servizi di assistenza sociale nella legislazione regionale*, cit., p. 932 il legislatore statale, nel d.P.R. n. 616/1977 e nella l. n. 833/1978, con cautela ma senza equivoci, esprime un *favor* per una gestione unificata – da parte dell'associazione dei comuni attraverso le Usl – dei servizi sanitari e sociali, lasciando comunque spazio alle scelte del legislatore regionale. Effettivamente, come già ricordato in precedenza, dall'analisi delle legislazioni regionali in materia, adottate intorno agli anni '80, la gestione dei servizi locali tramite le Usl risulta essere la soluzione prevalente in forma singola o associata, rispetto alla gestione diretta dei comuni; in molti casi, infatti, i comuni, per evitare di dar vita a nuove forme associative o cooperative, hanno ritenuto opportuno rivolgersi a strutture già esistenti, quali le Usl. Sul punto si veda anche FERIOLI E., *op. ult. cit.*, p. 49.

⁴¹⁷ Tale disposizione prevedeva espressamente la possibilità per regioni e enti locali, comunque affermatasi nella prassi sulla base di disposizioni di cui alla nota precedente, di avvalersi delle Usl, pur mantenendone l'onere finanziario – al fine di esercitare le competenze socio-assistenziali. L'importanza innovativa di tale previsione stava nell'aver cercato di risolvere le incertezze create dalla legislazione regionale, introducendo il principio dell'imputazione al SSN dei soli costi relativi alla componente sanitaria delle prestazioni integrate.

⁴¹⁸ Tale d.P.C.M. affrontava il tema relativo alle permanenti difficoltà di carattere organizzativo e di ripartizione della spesa fra fondo sanitario nazionale e comuni, non riuscendo, però, a evitare un rilevante contenzioso.

⁴¹⁹ Come sopra ricordato, l'art. 3 co. 3 del d.lgs. n. 502/1992 mantiene la possibilità per le aziende sanitarie di assumere la gestione di servizi socio-sanitari, in questo caso su delega degli enti locali, ma si tratta di previsione non sufficiente a evitare un rallentamento del processo di integrazione; cfr. PIOGGIA A., *op. ult. cit.*, p. 215. Tuttavia, in alcune regioni si è ricorso ad accordi di programma fra le Asl e i Comuni, ai sensi previsti del 18 agosto 2000 n. 267, quale strumento primario per la realizzazione dell'integrazione socio-sanitaria, principalmente nella forma concreta dell'assistenza domiciliare integrata (cfr. Piano sanitario nazionale, 2006-2008 p. 39).

Esso riceve un ulteriore impulso dai d.P.C.M. 14 febbraio 2001 (riguardante nello specifico le attività socio-sanitarie integrate) e 29 novembre 2001 di definizione dei Lea sanitari, oltre che, ovviamente, con le discipline regionali di riferimento; anche il recente *Patto della salute 2014-2016* contiene uno specifico articolo dedicato all'integrazione socio-sanitaria (art. 6).

Ed è proprio correlando le anzidette normative che possono desumersi interessanti elementi di raffronto, sotto il profilo sia organizzativo sia funzionale.

2. Le principali differenze fra servizi sanitari e servizi sociali.

L'integrazione socio-sanitaria consegue principalmente l'obiettivo di garantire efficienza e razionalizzazione, nonché di invertere il principio personalistico attraverso modelli che siano in grado di affrontare i bisogni della persona non separatamente, ma in modo complessivo e integrato per garantire quella tutela della persona richiesta dalla Costituzione⁴²⁰. La finalità principale è, infatti, il superamento della settorializzazione degli interventi, a favore di interventi sanitari e sociali integrati e coordinati.

Sono state individuate - sulla base del diverso livello di intensità di cura - tre diverse tipologie di prestazioni socio-assistenziali: ossia le prestazioni sanitarie a rilevanza sociale, le prestazioni sociali a rilevanza sanitaria e le prestazioni sociosanitarie a elevata integrazione sanitaria⁴²¹.

⁴²⁰ Sono le interessanti riflessioni di PIOGGIA A. *op. ult. cit.*, p. 209 secondo cui l'integrazione potrebbe anche considerarsi come "risposta" a una nuova (e più estesa) concezione di salute, che comprenderebbe il benessere non solo fisico e psichico, ma anche sociale.

⁴²¹ L'art. 3-septies del d.lgs. n. 502/1992, introdotto nella riforma del 1999, e dal d.P.C.M. 14 febbraio 2001 distinguono tra:

a. prestazioni sociali a rilevanza sanitaria b. prestazioni sanitarie a rilevanza sociale e c. prestazioni sociosanitarie a elevata integrazione sanitaria. Ne fornisce di conseguenza le seguenti definizioni:

a. prestazioni sociali a rilevanza sanitaria (prestazioni assistenziali che, erogate contestualmente ad adeguati interventi sociali, sono finalizzate alla promozione della salute, alla prevenzione, individuazione, rimozione e contenimento di esiti degenerativi o invalidanti di patologie congenite o acquisite);

b. prestazioni sanitarie a rilevanza sociale (interventi a favore di infanzia, poveri, persone non autosufficienti, anziani, disabili o affetti da dipendenza);

c. prestazioni sociosanitarie a elevata integrazione sanitaria (prestazioni caratterizzate da particolare rilevanza terapeutica e intensità della componente sanitaria, le quali attengono prevalentemente alle aree materno-infantile, anziani, handicap, patologie psichiatriche e dipendenze da droga, alcool e farmaci, patologie per infezioni da H.I.V. e patologie terminali, inabilità o disabilità conseguenti a patologie cronico-degenerative);

Si prevede, inoltre, che mentre la prima e la terza categoria di prestazioni siano erogate dalle Ausl e a carico del Fondo sanitario, la seconda rimanga a carico dei Comuni e del fondo destinato ai servizi sociali, con partecipazione alle spese da parte dei cittadini (come di norma avviene per i servizi sociali). Nonostante un'ulteriore specificazione in una tabella allegata al d.P.C.M., non sono venuti meno i problemi inerenti all'addebito dei costi alle Ausl o ai Comuni e il relativo contenzioso. Tali difficoltà nella ripartizione dei costi delle prestazioni socio-sanitarie dipendono anche dal fatto che, mentre per molti profili si è avuta una

I soggetti cui rivolgere prioritariamente le prestazioni integrate tra sanità e sociale, sono minori, donne, famiglia, anziani, disabili, persone con patologie psichiatriche, persone con problemi di dipendenza patologica anche senza sostanza, malati terminali, persone con patologie da HIV; la “fragilità” può essere considerata come la “dimensione peculiare dell’integrazione”.

Non è un caso, pertanto, che l’integrazione abbia acquisito una nuova centralità a seguito del mutamento del quadro epidemiologico, con il crescente aumento di malattie legate all’invecchiamento della popolazione e alle maggiori diseguglianze sociali che favoriscono le situazioni di emarginazione.

Per quanto tale processo di integrazione venga implementato ormai da diversi anni, il sistema socio-sanitario risulta tuttavia ancora in profonda trasformazione e non sono ancora state del tutto superate quelle difficoltà che lo hanno caratterizzato sin dai suoi albori.

Se le difficoltà riconducibili alla distinta distribuzione delle competenze legislativa (concorrente nei servizi sanitari e residuale in quelli sociali) e amministrativa (rispettivamente, regionale e comunale) possono essere “attenuate” elaborando soluzioni organizzative *ad hoc* per agevolare l’integrazione socio-sanitaria (che possono riguardare dalla programmazione “integrata” alla disciplina delle circoscrizioni territoriali, dalla previsione di un unico assessorato con deleghe a salute e politiche sociali alla concentrazione delle relative funzioni in un unico apparato di vertice)⁴²², vi sono alcune differenze, quasi “endemiche”, fra il settore sociale e quello sanitario che, direttamente o indirettamente, si ripercuotono sulla *governance* dei servizi socio-sanitari nel senso di rendere non immediata l’individuazione delle soluzioni più adatte alla regolazione di tale ultimo settore; ciò è vero, a maggior ragione, se si tiene presente che, rispetto al momento iniziale della presa in carico del paziente, possono via via variare le esigenze di cura e di assistenza e, quindi, il carattere (più marcatamente sanitario o sociale) della relativa prestazione.

Con riguardo alle principali differenze fra i due settori, va segnalata in primo luogo la maggiore quantità di risorse pubbliche destinata ai servizi sanitari rispetto a quelli sociali; ciò si ripercuote, anche indirettamente, sui profili funzionali e organizzativi quali,

socializzazione del sanitario, con riguardo alla natura degli interventi, i servizi socio-sanitari mantengono un carattere “personalizzato”; ciò rende più difficoltosa una preventiva quantificazione dei costi.

⁴²² Nel senso che il momento della programmazione, per quanto spettante a comparti istituzionali distinti, costituisce un tratto comune fondamentale fra i due settori da cui muovere per sviluppare il processo di integrazione, si veda il Piano sanitario 2006-2008 cit. p. 39; con riferimento alle altre soluzioni richiamate, cfr. PIOGGIA A., *op. ult. cit.*, pp. 216 ss.

ad esempio, la diversa ripartizione dell'onere finanziario e di partecipazione alle spese dell'utente, il diverso rapporto fra il privato *for profit* e quello sociale (quest'ultimo decisamente più presente nel settore socio-assistenziale), oppure la (più) intensa ingerenza della "politica" che da sempre utilizza il settore sanitario come uno fra i principali "strumenti" di consenso elettorale.

Ancora, si pensi alla presenza di strutture pubbliche molto maggiore nel sanitario tale da rendere più alto il rischio di una loro sottoutilizzazione e molto più pregnante l'esigenza di razionalizzazione; viceversa, nel settore sociale è più problematica la questione della (necessaria) garanzia di "pluralismo" dell'offerta, di guisa che - dato il ridotto numero di erogatori pubblici la cui presenza è certamente garanzia di imparzialità⁴²³ - si richiede un'offerta privata particolarmente "variegata".

Infine, va rilevata la diversa natura delle prestazioni oggetto dei due servizi - più standardizzabili quelle sanitarie, dal carattere più marcatamente personalistico quelle sociali - da cui discendono alcune delle difficoltà che hanno contribuito, nel settore socio-assistenziale, a "rallentare" l'individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni (Liveas) e a rendere più complessa quella dei prezzi/costi *standard*⁴²⁴ e quindi, in ultima istanza, alla diversa esigibilità e ampiezza delle prestazioni.

Tali aspetti - che hanno certamente inciso, e incideranno, su diversi profili della *governance* dei servizi sociali e sanitari - vanno considerati al momento di definire la disciplina dei servizi socio-sanitari che certamente risentono, seppure in modo variabile, delle caratteristiche dei settori da cui il processo di integrazione ha origine.

2.1. Evoluzione del rapporto pubblico-privato nel sistema sanitario e l'attuale sistema delle "tre A".

⁴²³ Come osserva attenta dottrina (CAFAGGI F. *Modelli di governo*, cit., pp. 43-44), il pluralismo viene garantito dall'imparzialità che contraddistingue i soggetti pubblici; invece non sempre la concorrenza è garanzia di pluralismo, anzi quest'ultima potrebbe anche ostacolare il raggiungimento di tale obiettivo. Sull'importanza del pluralismo nei servizi sociali, in considerazione anche del loro carattere personale, si rinvia alla già citata monografia di ALBANESE A., *op. ult. cit., passim*, in part. pp. 55 ss. e 255 ss.

⁴²⁴ La diversa natura delle prestazioni pare ripercuotersi anche su un altro aspetto richiamato, quale la il ruolo del *no profit* nel sociale molto più determinante rispetto al sanitario; infatti, mentre il carattere personale, poco standardizzato, degli interventi sociali li rende meno adatti ad essere gestiti secondo logiche imprenditoriali, al contrario, l'ormai ineluttabile bisogno di costosi strumenti di alta tecnologia nell'erogazione di prestazioni sanitarie può essere considerato un aspetto tale da rendere il privato *for profit* più idoneo ad affrontare le sfide futuro.

Con specifico riferimento al regime giuridico del rapporto pubblico-privato nel settore socio-sanitario⁴²⁵, il legislatore nazionale nella versione del d.lgs. n. 502/1992 introdotta con il d.lgs. n. 229/1999, pare aver optato per una completa assimilazione del socio-sanitario al sanitario.

Infatti le regioni, non solo per la regolazione dei servizi sanitari ma anche per quella dei servizi socio-sanitari, dovrebbero essere “vincolate” al rispetto di tutte le previsioni del d.lgs. n. 502/1992 ss. mm. che regolano il rapporto fra la pubblica amministrazione titolare del servizio e gli operatori privati interessati a erogare prestazioni per conto e a carico del servizio pubblico (si fa riferimento, nello specifico, alle disposizioni in tema di autorizzazione, accreditamento e contratto).

A tale conclusione sembra condurre una lettura combinata degli art. 8-*bis*, ult. co. (che prevede appunto l’applicazione degli art. 8-*ter*, 8-*quater* e 8-*quinquies* anche ai servizi socio-sanitari)⁴²⁶ e 19, co. 1 (“*Le disposizioni del presente decreto costituiscono principi fondamentali ai sensi dell’articolo 117 della Costituzione*”), dello stesso decreto.

Del resto, la Corte Costituzionale ha più volte ribadito che le disposizioni del d.lgs. n. 502/1992 sono vincolanti per le regioni⁴²⁷ e proprio in tema di requisiti tecnici per ottenere l’autorizzazione, ha fornito una definizione molto estesa di “principio fondamentale” escludendo che le previsioni di cui all’art. 8-*ter* vadano considerate come “norme di dettaglio” giacché le sue prescrizioni sono “*molto ampie e richiedono sia un’attività normativa di attuazione, precisazione e adattamento alle singole realtà territoriali, sia un’attività amministrativa di valutazione*”⁴²⁸.

⁴²⁵ Sul tema la letteratura è molto vasta. *Ex multis*, CONTICELLI M., *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012; CATELANI A., *La sanità pubblica*, in SANTANIELLO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. 40, Padova, 2010; FERRARA R., *L’ordinamento della sanità*, Torino, 2007; CILIONE G., *Diritto sanitario*, Rimini, 2005; CORBETTA C., *La sanità privata nell’organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Rimini 2004; AICARDI N., *La sanità*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, Tomo I, Milano, 2003, pp. 625-710; ID., *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Dir. amm.*, 3-4, 1998, pp. 487-540; SPAGNUOLO VISOGRITA R., *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003; CASSESE S., *Stato e mercato: la sanità*, in AMATO G., CASSESE G., TURCHETTI G., VARALDO R. (a cura di), *Il governo della sanità*, Milano, 1999, pp. 17 ss.; LIGUORI F., *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996; TRIMARCHI BANFI F., *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazione e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, 1990.

⁴²⁶ “*La realizzazione di strutture sanitarie e l’esercizio di attività sanitarie, l’esercizio di attività sanitarie per conto del Servizio sanitario nazionale e l’esercizio di attività sanitarie a carico del Servizio sanitario nazionale sono subordinate, rispettivamente, al rilascio delle autorizzazioni di cui all’articolo 8-*ter*, dell’accreditamento istituzionale di cui all’articolo 8-*quater*, nonché alla stipulazione degli accordi contrattuali di cui all’articolo 8-*quinquies*. La presente disposizione vale anche per le strutture e le attività sociosanitarie*”.

⁴²⁷ Da ultimo, Corte cost. n. 132/2013 e n. 292/2012.

⁴²⁸ Corte cost. n. 387/2007.

Prima di procedere alla descrizione del contenuto di tali previsioni, pare quindi opportuno un breve inquadramento dell'evolversi del rapporto pubblico/privato nel servizio sanitario, solitamente distinto in tre momenti/modelli: quello a marcata "filosofia" pubblicistica, quello caratterizzato da una parziale ritrazione della "mano pubblica" nella fase della gestione e quello "a carattere misto"⁴²⁹.

Il primo modello risale al periodo di vigenza della legge 23 dicembre 1978 n. 833⁴³⁰, durante il quale i privati che venivano coinvolti - mediante convenzioni - nell'erogazione di prestazioni per conto del SSN⁴³¹, finivano per assumere un ruolo meramente strumentale/sussidiario rispetto al "sistema" pubblico e alle sue strutture tanto che, di norma, i cittadini potevano rivolgersi alle strutture private convenzionate solo in caso di incapacità di quelle pubbliche di erogare il servizio⁴³².

Il secondo momento coincide con l'adozione del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, che, insieme ai successivi interventi di modifica e integrazione di cui al d.lgs. n. 517/93 e alla l. n. 724/94, ha costituito la risposta alla cd. "malasanità" e all'eccessiva incidenza del settore sanitario sul bilancio statale (al tempo, entrambi attribuiti tanto all'ingerenza della "politica" su decisioni che sarebbero dovute spettare alle strutture "tecniche", quanto all'inefficienza degli strumenti organizzativi meramente pubblicistici e all'assenza di qualunque dinamica concorrenziale fra gli operatori pubblici e privati). Di guisa che la riforma del 1992, insieme ai richiamati interventi degli anni immediatamente successivi, interviene sui profili organizzativo/gestionali: allocazione delle competenze a livello regionale, contrattualizzazione del rapporto di lavoro e managerializzazione della sua gestione, aziendalizzazione delle Usl con richiami alla loro autonomia gestionale e all'utilizzo del diritto comune pur mantenendo personalità giuridica pubblica. Interviene, pure, sul ruolo della programmazione sanitaria e, in particolare, sul rapporto fra questa e la definizione dei livelli di assistenza: si adotta, di fatto, una logica "opposta" a quella del sistema precedente in cui era la programmazione dei livelli delle prestazioni sanitarie a

⁴²⁹ Cfr. FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, cit., p. 149.

⁴³⁰ Per tutti, su tale intervento, ROVERSI MONACO F., *Il sistema sanitario nazionale* (con il coordinamento di), Milano, 1979; AA.VV., *Il servizio sanitario nazionale. Atti del convegno sulla Legge n. 833/1978 (Parma, 22-23 giugno 1979)*, Milano, 1981.

⁴³¹ Come noto, nell'impostazione della legge del 1978 istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale, questo aveva una connotazione marcatamente pubblicistica anche con riguardo ai profili organizzativi.

⁴³² Cfr. SPAGNUOLO VISOGRITA R., *Politiche pubbliche del servizio sanitario*, cit., p. 53; *contra*, COCCA F. G., *La medicina convenzionata*, in *Ragiusan*, 1984, pp. 112 ss.

determinare il fabbisogno finanziario⁴³³; nonché sul legame fra il SSN e gli erogatori privati, nel senso di aprire ai valori di mercato e alle regole di concorrenza.

Relativamente a tale ultimo profilo, viene introdotto un sistema "aperto", basato su un accreditamento liberalizzato che viene concesso a tutti gli istanti che rispettano requisiti tecnici ulteriori a quelli richiesti per l'autorizzazione (la Corte Costituzionale parla di vero e proprio "diritto" all'accreditamento⁴³⁴) e caratterizzato dai principi di libertà di scelta degli utenti e di "parità delle armi" fra strutture pubbliche e private⁴³⁵, alla cui garanzia contribuiscono non solo la separazione fra i soggetti che governano e finanziano il servizio e quelli che erogano le prestazioni, ma anche una modalità di remunerazione di tutte le strutture (pubbliche e private) incentrata sulle prestazioni effettivamente erogate (non più quindi sui costi sostenuti) e su tariffe standard pre-determinate⁴³⁶.

Tale modello, il cui limite principale è consistito nell'aver dato vita a un sistema che incentivava gli operatori ad aumentare l'offerta con evidenti ripercussioni sul bilancio pubblico, è stato dapprima modificato nella seconda metà degli anni '90 con alcuni interventi "frammentari" che non hanno favorito la certezza dei rapporti giuridici⁴³⁷ e poi, di fatto, superato (almeno nella sua impostazione di fondo, rimanendo in parte invariati - almeno formalmente - gli istituti giuridici che lo componevano) dalla "riforma della riforma" di cui al d.lgs. 19 giugno 1999 n. 229 (di modifica del d.lgs. n. 502/1992); tale

⁴³³ Cfr. SPAGNUOLO VIGORITA R., *op. ult. cit.*, p. 31 la quale osserva, inoltre, come i "segni" caratterizzanti il processo di riforma si rinvengono nel d.P.R. 1 marzo 1994 di approvazione del Piano sanitario Nazionale per gli anni 1994-1996, ancor più che nelle singole disposizioni normative.

⁴³⁴ Corte Cost., n. 416/1995 con la quale la Corte è stata chiamata a pronunciarsi su diverse disposizioni della legge 23 dicembre 1994, n. 724, fra cui l'art. 6, co. 6, che ha previsto come "automatico" l'inserimento mediante accreditamento nel sistema di erogazione per conto del SSN, subordinandolo soltanto al rispetto di requisiti tecnici e all'accettazione del sistema di remunerazione a prestazione; tale pronuncia, di fatto, ha avallato il sistema aperto introdotto dal d.lgs. n. 502/1992 ss. mm.

⁴³⁵ In realtà, la formulazione originaria del d.lgs. n. 502/1992, nella parte in cui all'art. 8, co. 5, prevedeva che l'Usl, nell'erogazione delle prestazioni sanitarie, potesse avvalersi delle istituzioni private "*ad integrazione delle strutture pubbliche*", sembrava per certi aspetti rifarsi all'impostazione del modello precedente in cui il ricorso a strutture non pubbliche poteva essere effettuato in via sussidiaria. Tale inciso è stato poi soppresso dall'art. 6 co. 7 della l. n. 724/1994, sancendo in tal modo il principio di libertà di scelta fra le strutture, poi confermato dall'art. 2 co. 7 della l. n. 549/1995.

⁴³⁶ Sul tema, FERRARA R., *op. ult. cit.*; AICARDI N., *La sanità*, cit.; MOLASCHI V. *op. ult. cit.*, CONTICELLI M., *op. ult. cit.*; CORBETTA C., *La sanità privata*, cit.

⁴³⁷ È stato proprio la l. n. 724/1994 a introdurre i primi profili di programmazione preventiva, prevedendo all'art. 6 co. 5 l'adozione, per le sole aziende ospedaliere, di un piano annuale preventivo finalizzato a un controllo tendenziale sul volume complessivo della domanda quantitativa delle prestazioni; tale previsione è stata estesa dall'art. 2, comma 8, della legge 28 dicembre 1995 n. 549, a tutti i soggetti, pubblici e privati, accreditati. Il principio della pianificazione è stato poi confermato - con significative modificazioni che ne hanno accentuato il carattere autoritativo - dall'art. 1, comma 32, legge 23 dicembre 1996 n. 662, e dall'art. 32, comma 8, legge 27 dicembre 1997 n. 449. Per una puntuale ricostruzione di tali passaggi, si rinvia a SPAGNUOLO VIGORITA R. 2003 cit. pp. 54 - 67.

riforma ha inciso sulla “geometria” del sistema, rafforzandone il carattere pubblicistico e riducendo quello concorrenziale⁴³⁸.

In primo luogo è stato introdotto l’art. 8 ter in tema di “*Autorizzazioni alla realizzazione di strutture e all’esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie*” che prevede due distinte autorizzazioni che devono essere ottenute da chiunque voglia erogare prestazioni sanitarie e socio-sanitarie, quindi anche al di fuori del “sistema pubblico”.

Mentre il rilascio dell’autorizzazione relativa all’“esercizio dell’attività” è subordinato al possesso di requisiti minimi strutturali, tecnologici e organizzativi (tanto che il richiedente, se in possesso dei requisiti, è titolare di una posizione giuridica di diritto soggettivo a suo ottenimento), quella relativa alla “realizzazione” (o all’ampliamento) di strutture sanitarie e socio-sanitarie presuppone una verifica di compatibilità effettuata in rapporto al “fabbisogno complessivo” e alla “localizzazione territoriale” delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di favorire l’accessibilità ai servizi.

Si tratta, quindi, non di un atto di ammissione a contenuto vincolato, ma di una valutazione discrezionale funzionale a operare un contingentamento già prima dell’ingresso dei soggetti tra gli erogatori del servizio pubblico, che presenta diversi profili problematici che verranno ripresi in successive parti della ricerca⁴³⁹.

In secondo luogo, sono state significativamente modificate “natura” e “struttura” dell’atto necessario (sebbene non sufficiente) per poter erogare prestazioni per conto del servizio pubblico, ossia dell’accreditamento⁴⁴⁰, prevedendone uno non più “libero” - come nella versione originaria del d.lgs. n. 502/1992 e come previsto dalla l. n. 328/2000 per i servizi socio-assistenziali - ma strettamente connesso alle scelte programmatiche. Infatti, ai sensi dell’art. 8-*quater*, co. 1, d.lgs. n. 502/1992, l’accreditamento è rilasciato alle strutture

⁴³⁸ Sui tali profili si rinvia, per tutti, a FERRARA R., *op. ult. cit.*; SPAGNUOLO VIGORITA R. *op. ult. cit.*; CONTICELLI M., *op. ult. cit.*, pp. 63 ss. e pp. 150 ss.

⁴³⁹ *Infra*, cap. III, par. 3.

⁴⁴⁰ Sul tema, DE ANGELIS P., *Accreditamento, accordi e contratti: profili giuridici e questioni applicative*, in *Ragiusan*, 2011, pp. 1120-1762; CONSITO M., *Accreditamento e terzo settore*, cit., pp. 1 ss.; ID., *L’accreditamento come limite dell’appalto pubblico di servizi*, in PIOGGIA A., DUGATO M., RACCA G., CIVITARESE MATTEUCCI P. (a cura di), *Oltre l’aziendalizzazione del sistema sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008, pp. 342 ss.; CORBETTA C., *I rapporti tra la sanità privata e l’organizzazione pubblica: il sistema dell’accreditamento nell’attuale disciplina*, in *San. pubbl. priv.*, 2005, pp. 7-22; MOLASCHI V., *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2014, pp. 675-682; STICCHI DAMIANI E., *La concorrenza nell’erogazione dei servizi sanitari e le posizioni delle imprese private*, in *San. pubbl. priv.*, 2003, pp. 929-956; RAMPULLA C., *Pubblico e privato: dall’evoluzione all’involuzione della disciplina nazionale delle prestazioni ospedaliere*, in *Il Politico*, 1999, pp. 307-328; BARCELLONA G., *L’evoluzione dell’assetto organizzativo per l’erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie: dal sistema delle convenzioni a quello dell’accreditamento*, in *San. pubbl.*, 1998, pp. 114-13; LIGUORI F., *La concorrenza amministrata tra innovazioni legislative e resistenze burocratiche*, in *San. pubbl.*, 1997, pp. 511-528.

autorizzate, pubbliche o private e ai professionisti che ne facciano richiesta, subordinatamente “*alla loro funzionalità rispetto agli indirizzi di programmazione regionale*” oltre che alla loro “*rispondenza ai requisiti ulteriori di qualificazione*” e alla “*verifica positiva dell'attività svolta e dei risultati raggiunti*”.

Così strutturato l'accreditamento risulta un provvedimento discrezionale in quanto l'amministrazione che lo emana pone in essere due diversi “tipi” di valutazioni⁴⁴¹:

- nella parte in cui valuta il rispetto di requisiti e criteri “ulteriori” rispetto a quelli richiesti per l'autorizzazione, esercita una discrezionalità puramente tecnica o, semplicemente, un mero accertamento;
- nel momento in cui essa valuta la corrispondenza di una determinata richiesta di accreditamento al fabbisogno e alle risorse individuate in fase di programmazione, esercita una vera e propria discrezionalità amministrativa. Questa seconda valutazione veicola e governa la funzione di contingentamento o di selezione all'ingresso nel sistema pubblico: non tutti coloro in grado di soddisfare i requisiti tecnici richiesti hanno diritto a ottenerlo, ma solo quelli la cui attività si inserisce appropriatamente nella programmazione (non si può parlare di conseguenza di un ‘diritto’ all'accREDITAMENTO)⁴⁴².

Infine, va fatto riferimento alla figura del contratto (“accordo” se stipulato con una struttura pubblica⁴⁴³), attualmente disciplinata dall'art. 8-*quinquies* (sebbene delle forme di contrattazione annuale erano già state introdotte da alcuni interventi successivi alla riforma del 1992, le cui previsioni sono in parte vigenti⁴⁴⁴).

Come già ricordato, infatti, alla concessione dell'accREDITAMENTO - che comunque crea il nesso organico e funzionale di servizio pubblico - non consegue un immediato diritto/dovere del soggetto che è stato accREDITATO di erogare prestazioni per conto e con

⁴⁴¹ Interessante la ricostruzione delle soluzioni adottate a livello regionale, in particolare con riguardo a requisiti richiesti per l'accREDITAMENTO e rapporto fra questo e la fase della programmazione, di GIGLIONI F., CONTICELLI M., *L'accREDITAMENTO degli erogatori*, in DE VINCENTI C., FINOCCHI GHERSI R., TARDIOLA A., *La sanità in Italia*, Bologna, pp. 177 ss.

⁴⁴² Cfr., per tutti, AICARDI N., *La sanità*, cit., p. 673.

⁴⁴³ La distinzione fra accordo e contratto è stata introdotta dal d. l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2008, n. 133.

⁴⁴⁴ Si fa riferimento agli interventi richiamati in una delle note precedenti, fra cui soprattutto l'art. 32, co. 8, della l. n. 449/1997 che - nell'introdurre un modello bifasico di pianificazione in cui alla fase autoritativa segue quella negoziale - riconosce alle regioni il potere di individuare, per ciascuna istituzione o gruppi di istituzioni, i limiti massimi di spesa a carico del fondo sanitario (rimettendo alla contrattazione tra ASL e singole aziende la concreta determinazione del budget) e di fissare, già in fase programmatica, gli indirizzi e le modalità per la contrattazione. Sull'argomento si veda, in giurisprudenza, Cons. Stato, Ad. Plen., 12 aprile 2012, n. 3 e 4; Cons. Stato, Sez. IV, 3 maggio 2001 n. 2495; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 20 dicembre 2004 n. 6508. In dottrina, cfr. CONTICELLI M., *op. ult. cit.*, p. 186 ss. e SPAGNUOLO VIGORITA R., *op. ult. cit.*, pp. 110 e 115 ss.

spese (in parte) a carico dell'amministrazione; ai sensi dell'art. 8-*quater*, co. 2, l'operatività del soggetto accreditato consegue alla stipulazione, fra tale soggetto e l'autorità competente, del *contratto di servizio* cui spetta la puntuale regolamentazione delle caratteristiche e del volume massimo delle prestazioni “*che le strutture presenti nell'ambito territoriale della medesima unità sanitaria locale, si impegnano ad assicurare, distinto per tipologia e per modalità di assistenza*” (art. 8-*quinqües*, co. 2)⁴⁴⁵.

Per ricapitolare, con l'introduzione nella riforma del 1999 di uno stretto legame dell'accreditamento e del contratto con la fase della programmazione si è limitato lo spazio per la libera scelta degli utenti e, in parte, anche il livello di concorrenzialità fra gli operatori, “funzionalizzando”, di fatto, in modo molto più marcato rispetto al sistema del 1992, il loro operare alle esigenze pubblicistiche di tutela della salute e di contenimento della spesa.

Libertà di scelta degli utenti e concorrenza fra gli operatori continuano, tuttavia, a caratterizzare l'attuale sistema, trovando riconoscimento sia a livello di affermazioni di principio (art. 8-*bis*, co. 2) sia a livello di previsioni specifiche; si fa riferimento, in particolare, all'art. 8-*quater* del d.lgs. n. 502/1992 che, nel subordinare la concessione dell'accreditamento alla funzionalità con la programmazione regionale, ammette espressamente la possibilità di individuare “*dei limiti entro i quali sia possibile accreditare quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato, in modo da assicurare un'efficace competizione tra le strutture accreditate*”; nonché all'art. 8-*quinqües*, co. 2, che ammette che la stipula dei contratti possa essere preceduta da “*valutazioni comparative della qualità e dei costi*”.

Quanto sostenuto trova conferma in diverse pronunce della Corte Costituzionale, nelle quali si osserva come con le modifiche del d.lgs. n. 502/1992 introdotte dal d.lgs. n. 229/1999, si sia finito per “affiancare” ai principi della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private e della facoltà di libera scelta dell'utente, quello della programmazione, funzionale al “*contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario*”⁴⁴⁶.

⁴⁴⁵ La l. n. 133/2008 cit. ha modificato l' art. 8-*quinqües*, prevedendo la sospensione dell'accreditamento in caso di mancata stipula dei contratti.

⁴⁴⁶ Molto chiara in tal senso è stata la Corte Costituzionale; in particolare si veda la sentenza n. 200/2005 (in parte ripresa dalla successiva pronuncia n. 387/2007) in cui si afferma come “*l'evoluzione della legislazione sanitaria fino a circa la metà degli anni Novanta - per non dire di quella successiva (...) - abbia messo in luce che, subito dopo l'enunciazione del principio della parificazione e concorrenzialità tra strutture pubbliche e strutture private, con la conseguente facoltà di libera scelta da parte dell'assistito, si sia progressivamente imposto nella legislazione sanitaria il principio della programmazione, allo scopo di*

Per concludere, attualmente il sistema sanitario è caratterizzato dal tentativo di far “coesistere” principi che in astratto e in linea di principio possono considerarsi equivalenti.

Tuttavia chi scrive ritiene che, al momento della loro attuazione, il principio della programmazione e le finalità a questo connesse prevalgano sulla *par condicio* fra strutture pubbliche e strutture private, sulle aspettative degli operatori privati e sulla stessa libertà di scelta degli utenti.

Per vero, sia il principio di pianificazione sia i principi ispirati a logiche concorrenziali vanno considerati come “strumenti” introdotti dal legislatore al fine di raggiungere l’obiettivo di carattere primario e fondamentale del sistema sanitario, cioè la garanzia del “nucleo irriducibile” del diritto alla salute (Corte Cost., n. 509/2000); ma è proprio il rapporto diverso in termini di “necessarietà” fra tale fine e i due “strumenti” richiamati a suggerire che siano le esigenze programatorie e le finalità di razionalizzazione del sistema e di contenimento della spesa a prevalere sui valori concorrenziali e sui principi ad essi connessi, in quanto, per come l’intero sistema è strutturato, solo le prime risultano indispensabili per il raggiungimento del fine “fondamentale” dell’ordinamento settoriale in questione⁴⁴⁷. Conclusione che, fra l’altro,

realizzare un contenimento della spesa pubblica ed una razionalizzazione del sistema sanitario. In questo modo si è temperato il predetto regime concorrenziale attraverso i poteri di programmazione propri delle Regioni e la stipula di appositi “accordi contrattuali” tra le USL competenti e le strutture interessate per la definizione di obiettivi, volume massimo e corrispettivo delle prestazioni erogabili; si veda anche Corte Cost. n. 94/2009 secondo cui “L’evoluzione della disciplina ha determinato un assetto caratterizzato dalla programmazione del numero e dell’attività dei soggetti erogatori, in modo da evitare il rischio di una sottoutilizzazione delle strutture pubbliche; dalla ripartizione preventiva della domanda tra un numero chiuso di soggetti erogatori e dalla facoltà di scelta dell’assistito solo all’interno del novero delle strutture accreditate; dalla remunerazione in base al sistema a tariffa, allo scopo di ottenere un maggiore controllo della spesa, programmata e suddivisa tra i diversi soggetti erogatori, grazie alla fissazione di volumi massimi delle prestazioni erogabili”.

⁴⁴⁷ Tale impostazione sembra trovare conferma sia nella giurisprudenza costituzionale sia in quella amministrativa. Quanto alla prima, oltre alla richiamata decisione n. 200/2005, rilevano le pronunce Corte cost. n. 211/2005 e n. 94/2009 dalle quali sembra evincersi (rispettivamente punti 5 e 7.3) come l’equiordinazione fra strutture pubbliche e strutture private, ricavabile dagli art. 8-bis ss. del d.lgs. n. 502/1992) avrebbe una portata limitata (ad esempio vale con riguardo alla “remunerazioni delle prestazioni” (*rectius*, la fissazione delle tariffe standard) e non generale, in quanto a ciò osterebbe la “doverosa peculiarità connessa alla natura pubblica della struttura comporta che su di essa grava l’obbligo di prestare i servizi, anche oltre il tetto di spesa assegnato”. Quanto alla giurisprudenza amministrativa, si fa riferimento alle diverse pronunce in cui – pur non negandosi la necessità di considerare le aspettative dei privati e i principi di libertà di scelta degli utenti e di concorrenzialità fra strutture pubbliche e private - si riconosce un ampio potere discrezionale all’amministrazione in ordine all’individuazione dei volumi massimi di capacità di prestazioni stabiliti con i contratti e alla fissazione delle tariffe; in particolare, le pronunce Cons. Stato, Ad. Ple., 12 aprile 2012, n. 3 e 4 - riguardanti nello specifico la fissazione di tetti di spesa in via retroattiva, ossia nel corso dell’esercizio finanziario – rappresentano un chiaro esempio del bilanciamento fra principio della programmazione e valori concorrenziali/aspettative dei privati, con prevalenza del primo ma considerazione dei secondi; oltre ad una precedente Adunanza Plenaria (2 maggio 2006, n. 8) rispetto quale quella del 2012 si pone in espressa continuità, si vedano, *ex multis*, Cons. Stato, Sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6135; Sez. III, 7 luglio 2012, n. 1289; Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529; si vedano anche Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 6 dicembre 2012, n. 2939; Sez. III, 16 luglio 2010, n. 1891 e Sez. I, 20 dicembre 2004, n. 6508.

pare ulteriormente rafforzata dall'importanza oggi assunta dal valore/obbiettivo dell'equilibrio di bilancio, sia a livello di trattati europei sia di Costituzione.

Chiaramente, sia il legislatore (nazionale e/o regionale) sia l'amministrazione, nel momento in cui esercitano l'ampia discrezionalità politica/amministrativa che un sistema basato sul principio della programmazione gli riconosce, non possono non tenere conto delle aspettative degli operatori privati, della libertà di scelta degli utenti, del principio di *par condicio* fra le varie strutture, pubbliche e private; di guisa che una loro eventuale restrizione non risulti arbitraria, irragionevole, etc., ma effettivamente funzionale al contenimento della spesa, alla razionalizzazione del sistema e a evitare il rischio di una sottoutilizzazione delle strutture pubbliche.

2.2. (Segue) Alcuni esempi di modelli di erogazione dei servizi socio-sanitari predisposti a livello regionale: quali "scostamenti" possibili rispetto alla legislazione nazionale?

Un profilo poco approfondito della regolamentazione dei servizi socio-sanitari riguarda proprio i modelli organizzativi e, in particolare, le modalità con cui gli operatori privati partecipano all'erogazione di prestazioni per conto del servizio pubblico e ciò, probabilmente, nella convinzione che la necessità di applicare le disposizioni su autorizzazione, accreditamento e contratto del d.lgs. n. 502/1992 ss. mm. anche ai servizi socio-sanitari ai sensi degli art. 8-bis e 19 (vedi *supra*), comporti un inevitabile appiattimento, anche a livello regionale, del regime di tali servizi a quello previsto per i servizi sanitari.

In realtà, per quanto l'"assorbimento" dei servizi socio-sanitari nella disciplina prevista per i servizi sanitari sia una soluzione frequente (in tal senso si sono orientate, fra le altre, le Regioni Marche, Veneto, Umbria e, di recente, anche la Regione Lombardia seppur adottando una disciplina che, come si dirà, in parte si discosta dalle previsioni, sopra analizzate, del d.lgs. n. 502/1992 ss. mm.), a livello regionale sembrano riscontrarsi modelli che, per quanto simili al sanitario, presentano tratti di originalità; si fa riferimento, in particolare, alla Regione Emilia Romagna che prevede un'unica disciplina per servizi socio-assistenziali e socio-sanitari, distinta da quella prevista per i servizi sanitari anche se per molti tratti simile agli art. 8-bis ss. d.lgs. n. 502/1992 ss. mm. e alla Regione Lombardia che, prima della recente riforma dell'agosto 2015, prevedeva per i servizi socio-sanitari una disciplina autonoma, distinta sia dal sanitario che dal sociale.

Pare opportuno descrivere brevemente i tratti di originalità delle discipline delle due Regioni da ultimo richiamate rispetto alla legislazione nazionale di riferimento, prima di procedere - nei successivi paragrafi - all'analisi di tutti i modelli organizzativi cui si è fatto riferimento (compresi cioè quelli ispirati alla l. n. 328/2000) alla luce del diritto europeo sul mercato interno.

Il modello dell'Emilia Romagna. La soluzione adottata dall'Emilia Romagna per la regolazione dei servizi socio-sanitari e socio-assistenziali⁴⁴⁸, sembra discostarsi dal modello previsto dalla disciplina nazionale solo con riguardo alla fase dell'autorizzazione: il suo rilascio, infatti, è subordinato al rispetto di requisiti tecnici pre-determinati, mentre non pare richiedersi un'autorizzazione per la "realizzazione" o per l'ampliamento di strutture socio-sanitarie collegata al "fabbisogno complessivo" e alla "localizzazione territoriale" delle strutture presenti in ambito regionale.

Le successive fasi dell'accreditamento e del contratto sono invece collegate con il momento della programmazione dei bisogni e delle risorse e svolgono una funzione selettiva o di contingentamento degli operatori, di modo che non è scorretto affermare che nel modello emiliano l'ingresso degli operatori privati per l'erogazione di servizi socio-assistenziali per conto del servizio pubblico segue logiche più "pubblicistiche" rispetto a quanto previsto dalla legge quadro n. 328/2000, con una maggiore limitazione, almeno in astratto, dell'effettivo spazio per la libera scelta degli utenti.

Occorre però distinguere tra i servizi coincidenti con strutture residenziali e semi-residenziali e i servizi che non hanno come elemento caratterizzante una struttura (ad esempio, assistenze domiciliari).

Mentre nei primi - in cui *"l'accreditamento seleziona direttamente, in rapporto alla offerta di posti già esistenti, il quantum di risorsa che deve essere oggetto del "contratto di servizio"* - lo spazio per la libera scelta dell'utente è molto legato al "fattore temporale" (in altre parole, gli utenti che accedono al sistema per ultimi hanno una facoltà di scelta limitata se non nulla).

Nei secondi servizi - quelli che non coincidono con una struttura (ad esempio, assistenze domiciliari) dove l'amministrazione potrebbe accreditare in eccesso rispetto agli

⁴⁴⁸ Nella descrizione del modello pubblicistico si prende come riferimento il sistema per l'erogazione dei servizi socio-sanitari predisposto dalla Regione Emilia Romagna; a tal fine si è fatto riferimento legge regionale 12 marzo 2003, n. 2, come modificata dall'articolo 39 della l. r. 22 dicembre 2005, n. 20; all'art. 23 della l. r. 19 febbraio 2008, n. 4; alle delibere di Giunta regionale n. 772/2007 e n. 514/2009. Il funzionamento e l'organizzazione del Servizio Sanitario Regionale trovano, invece, la loro disciplina nella l. r. 23 dicembre 2004, n. 29, ss. mm.

indici del fabbisogno espresso in programmazione -, vi potrebbe essere maggior spazio per la scelta degli utenti⁴⁴⁹. Si tratta comunque di profili che, riguardando le modalità di accesso degli operatori al mercato, verranno ripresi nella parte successiva dello scritto.

Il modello della Lombardia. Il modello di erogazione di servizi socio-sanitari predisposto dalla Regione Lombardia presenta tratti di “originalità” evidenti rispetto a quanto previsto dal d.lgs. n. 502/1992 ss. mm., e ciò vale sia per il precedente quadro normativo di riferimento⁴⁵⁰, sia a seguito della recente entrata in vigore della l. r. 11 agosto 2015, n. 23.

Con riguardo al sistema *ante* riforma, veniva espressamente esclusa qualunque verifica di compatibilità con la programmazione regionale per la realizzazione o l’ampliamento di strutture di ricovero e di cura (art. 27 co. 6 l. r. n. 33/2009), e il momento dell’*autorizzazione* veniva quasi sempre sostituito dalla *segnalazione certificata di inizio attività* (SCIA).

Anche l’*accreditamento* era esente da qualunque funzione di contingentamento degli operatori in quanto slegato dai fabbisogni e dalle risorse individuate dalla programmazione: veniva concesso a tutti coloro che ne facevano domanda qualora in possesso di tutti i requisiti richiesti - ulteriori rispetto a quelli richiesti per la SCIA - di carattere soggettivo, strutturale e gestionale. Il privato sembrava quindi titolare di un diritto soggettivo a ottenere l’accreditamento, in quanto le uniche valutazioni rimesse alle amministrazioni erano di ordine meramente tecnico.

Il collegamento con la fase programmatica veniva spostato al successivo *momento contrattuale*, nel quale sembrava che il soggetto pubblico dovesse individuare solo il *quantum massimo* di prestazioni che ogni soggetto accreditato poteva erogare; il *preciso quantum* di prestazioni effettivamente erogate sembrava dipendere, invece, dalle scelte degli utenti che, nell’intenzione del legislatore, avrebbero dovuto premiare qualità ed efficienza degli operatori. Dal punto di vista dello spazio lasciato alla libera scelta degli utenti, si trattava di una soluzione intermedia rispetto alle due precedentemente esaminate (cioè fra i modelli basati sulla l. n. 328/2000 da un lato, e quelli delineati sulla base degli art. 8-bis ss. del d.lgs. n. 502/1992 ss. mm., compreso quello della Regione Emilia Romagna per servizi sociosanitari e socio-assistenziali, dall’altro).

⁴⁴⁹ Oppure l’amministrazione potrebbe anche procedere a una selezione dei soggetti da contrattualizzare mediante procedure comparative; v. infra, cap. III, par. 5 ss.

⁴⁵⁰ Si è fatto riferimento alla l. r. 12 marzo 2008, n. 3, alle delibere della Giunta regionale, 1 dicembre 2010 n. 937, 30 maggio 2012 n. IX/3540 e 20 dicembre 2013 n. X/1185; i servizi sanitari trovavano la loro disciplina nella l. r. n. 33/3009.

Il modello lombardo, tuttavia, già induceva a una serie di riflessioni, sia in ragione del fatto che la Regione Lombardia, nel dicembre 2013, in seguito a una pronuncia di illegittimità del Consiglio di Stato, aveva sospeso il rilascio di nuovi accreditamenti per l'anno successivo⁴⁵¹; sia, soprattutto, per gli spunti offerti da una distinta e successiva pronuncia del 2014, con cui il Consiglio di Stato aveva avuto modo di approfondire il tema della particolare forma di accreditamento liberalizzato, assumendone la contrarietà rispetto ai principi cardine, legislativamente definiti, dell'accREDITAMENTO sanitario, in correlazione anche a quelli di contenimento della spesa pubblica.

Al di là del ragionamento, non sempre condivisibile, con cui i giudici avevano spiegato come lo spostamento sul contratto della funzione di “raccordo” con le scelte programmatiche potesse costituire un *vulnus* per le finalità di contenimento della spesa, si avvertiva già l'esigenza di una seria riflessione sull'opportunità di mantenere le regioni “vincolate” al rispetto di tutte le previsioni del d.lgs. n. 502/1992 ss. mm. su autorizzazione, accreditamento e contratto anche per la regolazione dei servizi socio-sanitari; questi servizi, infatti, per taluni aspetti presentano caratteristiche tali da assimilarli più ai servizi socio-assistenziali che a quelli sanitari. E ciò a maggior ragione se si considera la posizione della Corte Costituzionale che, nel delineare la distinzione fra “principi fondamentali” e “norme di dettaglio” ai sensi dell'art. 117 della Costituzione, attribuisce al primo dei due concetti un significato ben più ampio rispetto a quello desumibile dal suo tenore letterale⁴⁵².

L'attualità di tale riflessione - che non dovrebbe limitarsi solo all'accREDITAMENTO ma potrebbe riferirsi anche all'autorizzazione di cui all'art. 8-ter, in particolare quella per la “realizzazione di strutture” collegata al fabbisogno - pare ancora maggiore alla luce della recente l. r. della Lombardia 11 agosto 2015 n. 23 “*Evoluzione del sistema sociosanitario lombardo (...)*” che modifica diverse parti della l. r. 30 dicembre 2009 n. 33 (*Testo unico delle leggi regionali in materia di sanità*).

Tale intervento, con il quale viene accorpata la disciplina dei servizi sanitari e di quelli socio-sanitari, presenta diverse e rilevanti novità, relative sia ai profili strettamente

⁴⁵¹ Ciò in esecuzione della sentenza Cons. Stato, Sez. IV, 16 settembre 2013, n. 4574, che aveva ritenuto illegittimo il sistema lombardo in quanto impediva il reale accesso al mercato delle prestazioni sanitarie di nuovi operatori privati (sul punto si veda *infra*, cap. III, par. 4.1.2); la stessa delibera 20 dicembre 2013 n. X / 1185 (punto 2.3.1), prevede, inoltre, che una parte delle risorse non vada più distribuita su base storica, ma destinata ai “nuovi contratti” sulla base di apposite procedure di selezione.

⁴⁵² Come noto, l'art. 117 della Costituzione richiama la tutela della salute fra le materia di legislazione concorrente rispetto alle quali lo Stato può dettare i “principi fondamentali” ma non una “normativa di dettaglio”; la Corte Costituzionale sembra intendere in termini molto ampi il concetto di principio fondamentale, come si evince, *ex multis*, dalla sentenza n. 387/2007, sopra richiamata (parte II, par. 2.1).

organizzativi sia a quelli funzionali, molte delle quali vanno nel senso del rafforzamento del processo dell'integrazione fra il sanitario e il sociale.

Per quanto di maggior rilievo ai fini di questa ricerca, la legge in questione sembra aver riproposto - estendendola al sanitario ma con una "copertura legislativa" - la soluzione di un *accreditamento liberalizzato* (il cui rilascio è subordinato al rispetto di requisiti strutturali, tecnologici e organizzativi), spostando il collegamento con la fase programmatica al successivo momento contrattuale (art. 15); inoltre, con riguardo all'autorizzazione, pare confermata l'assenza di verifiche di compatibilità con la programmazione regionale per la realizzazione o l'ampliamento di strutture sanitarie e socio-sanitarie.

CAPITOLO II

I SERVIZI SOCIALI E SOCIO-SANITARI NEL DIRITTO SOVRANAZIONALE

1. Premesse di inquadramento

Nel precedente capitolo si sono seguite le tracce dell'evoluzione storica, normativa e istituzionale, dei servizi sociali e socio sanitari nell'ordinamento nazionale fino ai più recenti sviluppi, con particolare riguardo al rapporto pubblico privato.

L'attuale *governance* del settore, sebbene in maniera meno evidente rispetto ad altre tipologie di servizi (trasporto, energia, comunicazioni, servizio idrico etc.), risente certamente del processo di integrazione europea e della conseguente attività di regolazione.

Il presente capitolo si pone, pertanto, l'obiettivo di ricostruire il progressivo coinvolgimento del diritto UE nell'attività di regolazione dei servizi sociali e socio-sanitari; tale passaggio è necessario per poi, nel terzo capitolo, evidenziare possibili e/o potenziali asimmetrie fra il quadro regolativo nazionale e quello europeo.

L'analisi della disciplina sovranazionale dei servizi sociali e socio-sanitari non può che prendere le mosse dalla nozione di servizio di interesse (economico) generale che, come noto, è stata sviluppata a livello sovranazionale per superare le diverse concezioni di servizio pubblico esistenti nei diversi Stati membri (*infra*). Si tratta, notoriamente, di un concetto ormai considerato "*pivot*" dell'ordinamento UE.

Un rapido inquadramento di tale nozione è, per altro, necessario per una corretta comprensione del quadro regolativo attuale; come si avrà modo di approfondire, a livello europeo è sempre più frequente l'espressione di "servizio sociale di interesse (economico) generale" a testimonianza della volontà di estendere, in quanto compatibili, i principi e gli istituti che forgiarono i contorni della categoria del servizio di interesse economico generale, anche ai servizi sociali. Va, comunque, precisato che il processo di assimilazione fra l'istituto nazionale del servizio sociale (o socio-sanitario) e quello di origine sovranazionale del servizio sociale di interesse economico generale non è giunto a un livello di sofisticata elaborazione come nei servizi pubblici "classici" (quelli, cioè, che nel precedente capitolo sono stati definiti a "contenuto economico-produttivo").

Come si dirà più avanti, infatti, in quest'ultima tipologia di servizi si è giunti a completa sovrapposizione dei margini tra le due nozioni di servizio pubblico e servizio di interesse economico generale; ciò è dimostrato, da ultimo, dallo schema di decreto legislativo in materia di servizi pubblici locali che, già dal titolo, manifesta una chiara scelta del legislatore in tal senso (*“Testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale”* che dà attuazione alla delega contenuta negli art. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124).

Nel settore sociale e socio-sanitario, invece, ciò non è ancora avvenuto; tale processo implica, infatti, faticosi adattamenti delle categorie europee alle peculiarità nazionali di tali attività; nonostante ciò, dalla messa a fuoco di tali categorie generali non sembra potersi prescindere.

2. Le nozioni di servizio di interesse (economico) generale e di obbligo di servizio pubblico: una rapida sintesi.

Nel linguaggio della letteratura grigia e delle fonti europee⁴⁵³, al fine di superare differenze storiche, contenutistiche e terminologiche esistenti fra i vari Paesi, raramente si fa riferimento ai pubblici servizi⁴⁵⁴, preferendosi il sintagma “servizi di interesse economico generale” (d’ora in avanti, SIEG), intendendo, con tale espressione, i servizi “*di natura economica che, in virtù di un criterio di interesse generale, gli Stati membri o la Comunità assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico*”⁴⁵⁵; come emerge anche da una più recente Comunicazione della Commissione⁴⁵⁶, elemento centrale della nozione in questione è l’istituto obbligo di servizio pubblico (d’ora in avanti, OPS), con ciò intendendosi veri e propri obblighi o incarichi che i soggetti pubblici affidano a una o più

⁴⁵³ Per un’efficace e sintetica ricognizione delle definizioni degli istituti che saranno trattati in questa parte della ricerca, cfr. CAIA G., *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Libro dell’anno del Diritto 2013*, Roma, 2013.

⁴⁵⁴ È contenuto un riferimento al “pubblico servizio” nell’art. 93 TFUE: “*Sono compatibili con i trattati gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio*”.

⁴⁵⁵ Comunicazione della Commissione, *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, 12 maggio 2004, COM(2004) 374 def.; nello specifico si veda Allegato 1. Sulla nozione di SIEG, nei suoi risvolti sia giuridici sia economici, si veda OLIKKE G.S. – MOLLGARD P., *What is a service of general economic interest?*, in *Eur. j. law. econ.*, 41, 2013, pp. 205- 241.

⁴⁵⁶ Comunicazione della Commissione, *Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa*, 20 dicembre 2011, COM/2011/900 def., “*(...) i SIEG sono attività economiche i cui risultati contribuiscono all’interesse generale che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento statale (o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento o accesso universale). Al fornitore incombe un obbligo di servizio pubblico sulla base di un incarico e di un criterio di interesse generale che assicura che il servizio sia fornito a condizioni che gli consentano di assolvere i propri compiti*”.

imprese individuate, per realizzare dei risultati che – in quanto non remunerativi – risultano estranei alla logica imprenditoriale e che, pertanto, non potrebbero esser conseguiti né attraverso la sola disciplina generale dell'attività, né tantomeno se si lasciassero gli operatori del settore liberi di curare solo l'interesse commerciale.

In altri termini, l'OPS altro non è che la risposta della pubblica autorità a un fallimento del mercato (*market failure*) inteso come inadeguatezza del suo operare alla stregua di una valutazione politica⁴⁵⁷.

Infatti, prima del processo di integrazione europea, la nozione di pubblico servizio veniva utilizzata con una certa elasticità in ambito nazionale per giustificare l'applicazione generalizzata della normativa pubblicistica; l'interessamento della Comunità europea per il settore in questione – nei modi e nei limiti che più dettagliatamente si diranno – ha, invece, introdotto l'esigenza di analizzare separatamente tutte le diverse attività economiche che compongono i singoli settori di servizio pubblico. E ciò al fine di distinguere quelle attività che, se lasciate alle dinamiche concorrenziali, sarebbero comunque in grado di raggiungere le missioni di interesse generale, rispetto a quelle che, invece, necessitano di un intervento diretto dello stato, in termini di imposizione di obblighi di servizio pubblico non realizzabili dal mercato⁴⁵⁸.

Invero, nell'ottica europea il libero mercato è, di norma, il miglior meccanismo per raggiungere anche finalità di interesse generale: servizi primari come l'alimentazione, l'abitazione e l'abbigliamento sono forniti alla collettività senza che sia necessario alcun intervento pubblico correttivo. Vi sono, tuttavia, casi in cui la tutela dell'interesse della collettività è un obiettivo che non sempre sarebbe garantito se fosse lasciato al solo mercato e agli effetti della libera concorrenza fra operatori economici⁴⁵⁹.

⁴⁵⁷ Con l'espressione "fallimento del mercato" si vuole intendere la sua potenziale inadeguatezza al raggiungimento di certi obiettivi, ritenuti cogenti dalla valutazione politica, e che si collocano pertanto in una logica estranea a quella propria del mercato; tale espressione viene utilizzata anche in un significato diverso, strettamente economico, per indicare l'inadeguatezza dovuta alla struttura non concorrenziale di un mercato o comunque ad un cattivo funzionamento dei suoi meccanismi concorrenziali. Cfr. TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui «nuovi» servizi pubblici*, cit., p. 954; in termini simili BERTONAZZI L., VILLATA R., 2007, *Servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 1797 ss.

⁴⁵⁸ Cfr. MONCERI F., *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011, p. 130 ss.

⁴⁵⁹ Riprendendo alcuni passi della Relazione al Consiglio europeo di Laeken, *Servizi di interesse generale*, COM/2001/0598 def., "Il mercato, di per sé, svolge un buon lavoro nel fornire molti servizi d'interesse generale a numerose persone. Tuttavia a volte il mercato non riesce a conseguire obiettivi socialmente desiderabili e di conseguenza fornisce servizi in misura insufficiente. Ciò può verificarsi ad esempio perché (i) l'individuo o il mercato non riescono a valutare adeguatamente tutti i vantaggi che si verificherebbero in futuro o che la società nel suo complesso ottiene (ad esempio nel caso dell'istruzione), (ii) la società desidera incoraggiare la fornitura e l'uso di "beni meritori" e "beni di club", come ad esempio i musei, oppure (iii) la società desidera garantire a tutti i cittadini, inclusi i più poveri, l'accesso a determinati servizi di qualità adeguata. In tali casi può essere necessario l'intervento del settore pubblico".

Al ricorrere delle di queste due condizioni (la necessità di tutelare un interesse generale/collettivo e il fallimento del mercato nel raggiungere tale obiettivo), le autorità pubbliche possono intervenire e imporre, a tutte o solo ad alcune delle imprese che operano sul mercato, specifici obblighi di servizio pubblico (*cd. oneri impropri*), anche se ciò comporta una deroga alle norme del Trattato in materia di mercato interno e concorrenza.

Dato che l'imposizione di tali obblighi è molto spesso finanziata attraverso risorse pubbliche (*cd. compensazione di obblighi di pubblico servizio, v. infra*), nella sostanza si tratta di un intervento per certi versi assimilabile a quello che, a lungo, ha caratterizzato la politica economica nazionale prima dell'avvio del processo di integrazione economica⁴⁶⁰. In altri termini, il diritto europeo non ha per nulla compromesso la "doverosità" dell'intervento pubblico diretto nell'organizzazione dei servizi pubblici o sociali; allo stesso modo, non ha pregiudicato il potere dei soggetti pubblici di intervenire "sull'economia": imporre obblighi di servizio pubblico equivale, infatti, a destinare determinate risorse del paese alla "*diretta soddisfazione di bisogni sociali*"⁴⁶¹.

Tale intervento pubblico, tuttavia, è stato "*riscritto*" dall'ordinamento UE secondo i caratteri delle proporzionalità⁴⁶² in modo che il mercato e la libera iniziativa economica non vengano ristretti oltre quanto necessario per raggiungere l'obiettivo prefissato: lo Stato non ha più quella libertà che la "*rule of politics*" gli concedeva, ma deve muoversi all'interno dei più ristretti binari della "*rule of law*"⁴⁶³. Invero, le Istituzioni europee esercitano apposite forme di controllo sull'attività della autorità nazionali che decidono di sottrarre, per ragioni di interesse generale, un'attività al solo operare delle regole di mercato.

⁴⁶⁰ C.d. intervento pubblico "sull'economia", inteso come quell'intervento che incide sull'equilibrio fra pubblico e privato con particolare riguardo alla scelta di quanta parte di risorse deve essere destinata alla "riproduzione del capitale" e quanta, invece, va rivolta alla soddisfazione di "bisogni sociali". Il virgolettato è di GALGANO F., *Rapporti Economici*, cit., p. 206 ss. Più in generale, per una ricostruzione dell'intervento pubblico nell'economia, con particolare riferimento al settore dei servizi pubblici, si rinvia a CASSESE S., *La nuova costituzione economica (a cura di)*, Bari, 2008; TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 2007, Torino, pp. 1 ss. e NAPOLITANO G., *Regole e mercato*, cit., pp. 7 ss.

⁴⁶¹ GALGANO F., *op. ult. cit.*, p. 206 ss.

⁴⁶² Si riprende l'espressione utilizzata - in un diverso contesto - da FONDERICO G., *Il Comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, 2012, p. 259, nell'approfondita analisi su come il diritto europeo (e il principio di proporzionalità in particolare) abbia fatto emergere il servizio pubblico locale quale sintesi di istituti differenti, in cui "*oggetti e fini differenti erano confusi in un'unica nozione*", nonché su quali siano state le ragioni che per molti anni hanno condotto a indentificare la disciplina dell'ufficio di servizio pubblico e il regime dell'attività, consentendo alle imprese comunali l'esercizio in condizioni di monopolio.

⁴⁶³ Cfr. SCWEITZER H., *Services of General Economic interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Member States*, in CREMONA M. (a cura di), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, 2011, p. 49.

Prima di procedere nell'approfondimento di tali aspetti, occorre soffermarsi sul regime giuridico, ricavabile dal Trattato, da applicare in presenza di un servizio di interesse economico generale, tenendo presente - come osservato da attenta dottrina - che il SIEG *“non designa uno speciale regime giuridico, ma individua il presupposto che rende possibile l'applicazione del regime speciale”*⁴⁶⁴.

Tale regime - che consente di derogare alle regole sul libero mercato - si instaura nel momento in cui i pubblici poteri impongono, alle imprese che gestiscono i SIEG, specifici correttivi a fallimenti del mercato (OPS); dal punto di vista normativo, esso va ricondotto all'attuale art. 106, par. 2, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) che, rispetto alla versione originaria del Trattato di Roma, ha cambiato numerazione, ma non formulazione: *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale (...) sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”*.

Come noto, questa previsione - che consente, appunto, di derogare alle norme sul libero mercato quando la loro applicazione renda impossibile, alle imprese incaricate di gestire SIEG, il perseguimento della missione loro affidata dalle pubbliche autorità - fu voluta dalla Francia e dall'Italia per limitare gli effetti sulle loro imprese pubbliche, e comunque su tutte l'imprese che erogano pubblici servizi, derivanti dal loro assoggettamento alle regole del libero mercato concorrenziale⁴⁶⁵. Essa va letta insieme al comma 1 del medesimo articolo secondo cui *“Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 18 e da 101 a 109 inclusi”*, a sua volta voluta principalmente dai Paesi del Benelux, preoccupati di un'impari competizione fra le loro imprese, in massima parte private, e i colossi pubblici francesi e italiani⁴⁶⁶.

I primi due paragrafi dell'art. 106 hanno costituito il principale strumento utilizzato dalle Istituzioni comunitarie per scardinare i monopoli nazionali esistenti in diversi settori economici, presupposto necessario per la successiva fase di liberalizzazione che ha riguardato alcuni di essi.

⁴⁶⁴ TRIMARCHI BANFI F., *op. ult. cit.*, p. 86.

⁴⁶⁵ CORSO G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. serv. pub.*, 1999, p. 8.

⁴⁶⁶ *Ibidem*.

Considerate, tuttavia, le finalità di questa ricerca, pare opportuno concentrare l'attenzione sui profili riguardanti il solo art. 106, par. 2, per quanto – è bene ripeterlo – un completo inquadramento dell'influenza del processo di integrazione europea sull'intervento pubblico sull'economia, richiederebbe di considerare anche l'evoluzione della giurisprudenza europea sul divieto di cui al primo paragrafo dell'art. 106⁴⁶⁷.

In particolare, nei successivi paragrafi, l'art. 106, par. 2 TFUE verrà analizzato sotto i seguenti profili:

- a. condizioni, presupposti e ambito “soggettivo” di applicazione dello specifico regime giuridico da esso previsto;
- b. evoluzione dell'interpretazione/applicazione di tale regime giuridico e, più in generale, evoluzione della considerazione del SIEG da parte delle Istituzioni comunitarie;
- c. ambito “oggettivo” di applicazione.

2.1. Condizioni e ambito “soggettivo” di applicazione dello specifico regime giuridico “derogatorio” previsto dall'art. 106, paragrafo 2, del TFUE.

L'applicazione dell'art. 106, paragrafo 2 del TFUE è condizionata alla sussistenza di una serie di presupposti. Per comodità espositiva e semplificazione concettuale, può risultare opportuno suddividere tali presupposti in due categorie:

A) quelli necessari affinché possa ritenersi sussistente un SIEG: natura di impresa dell'operatore incaricato; rilevanza economica dell'attività svolta; sussistenza di un atto di incarico; precisa individuazione della missione di interesse generale, senza errori manifesti di valutazione nella sua definizione.

B) Quelli necessari per far ritenere giustificabile la deroga all'applicazione delle norme del Trattato: in particolare, la *portata ostativa*, in fatto o in diritto, dell'applicazione

⁴⁶⁷ Al tal fine si rinvia, *ex multis*, a MONTERO PASCUAL J. J., *I monopoli pubblici in un mercato unico concorrenziale- evoluzione e riforma dell'articolo 90 del Trattato*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 3-4, 1997, p. 663-672; BUENDIA SIERRA J. L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford, 1999; SOTTILI V., *L' art.86 del Trattato CE*, in *Servizi essenziali e diritto comunitario*, L. G. RADICATI DI BROZOLO (a cura di), Torino, 2001, pp.35-60; CHIEFFI I., *Compatibilità di misure statali di intervento sui mercati con la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2, 2003, p. 385- 426; CASSINIS P., *Diritti speciali ed esclusivi e diritto della concorrenza*, in FRIGNANI A., PARDOLESI R. (a cura di), *La Concorrenza*, in AJANI G., BENACCHIO G. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, VII, Torino, 2006, pp. 229- 256; CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010, pp. 149 ss.; ID., *Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2006, p. 453-488; CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008; IANNONE C., *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009; GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010; TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012.

delle norme di mercato rispetto al raggiungimento delle missioni di interesse generale affidate all'impresa incaricata; la *conformità della deroga al principio di proporzionalità*; la *non compromissione degli scambi* in misura contraria agli interessi dell'Unione⁴⁶⁸.

2.1.1. A) Presupposti per ritenere sussistente un SIEG.

Anche alla luce delle definizioni di SIEG fornite dalla Commissione (*supra*), ci si è in primo luogo interrogati sul rapporto fra la nozione di “servizio” di cui all'art. 57 del TFUE⁴⁶⁹ e quella di servizio di interesse economico generale (106, par. 2, TFUE); a chi ha dato maggior evidenza alle differenze, anche funzionali, fra le due nozioni, pare contrapporsi chi individua tra le due nozioni un rapporto di genere a specie⁴⁷⁰. In realtà, la distanza fra tali posizioni è più apparente che reale, in quanto risulta ormai pacifico che al fine di individuare la nozione di SIEG, più che per l'oggetto della prestazione (e dei suoi destinatari), rilevino i concetti di impresa e di attività economica.

Infatti, ai sensi dell'art. 106, par. 2, gli operatori incaricati della gestione di un SIEG devono avere la natura di impresa; tale nozione è stata delineata dall'interpretazione della Corte di giustizia che ne ha dato un'interpretazione estensiva. In base a giurisprudenza costante, è impresa qualunque entità che svolge un'attività economicamente rilevante, industriale o commerciale o di prestazione di servizi, indipendentemente dalla forma giuridica e dal modo del suo finanziamento.

Tale affermazione, più volte ribadita nella giurisprudenza comunitaria⁴⁷¹, rinvia pertanto al concetto di attività economica per individuare la nozione di impresa.

⁴⁶⁸ Cfr. NEEGARD U., *The Concept of SSGi and the Asymmetries Between Free Movement and Competition Law*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, pp. 237 la quale osserva come si tratti di una “*simplified picture of the scheme of thinking which the the CJEU is likely – but not necessarily – to use. (...) this field of law is still under development and therefore characterised by a relatively high degree of uncertainty and unpredictability*”.

⁴⁶⁹ Si tratta nozione residuale riguardante tutte le prestazioni fornite normalmente dietro corrispettivo, in quanto non regolate dalle disposizioni sulla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone; sul tema, *ex multis*, TEASAURO G. *op. ult. cit.*, pp. 541 ss. e BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007, pp. 7 ss.

⁴⁷⁰ Quanto alla prima posizione, cfr. SORACE D., *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del 21° secolo*, in *Dir. amm.*, 11, 2010, pp. 6 ss.; SCOTTI E., *Il Pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, p. 151. In senso contrario, cfr. VILLATA R., *Pubblici servizi, discussione e problemi*, Milano, 2008, p. 32 e la bibliografia indicata alla nota 134 (fra cui, GIGLIONI F., *Osservazioni sulla evoluzione*, cit., pp. 2275 ss.). Sul tema, si v. anche PERFETTI L., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001, p. 317-318.

⁴⁷¹ Su tale nozione funzionale di impresa, si veda, *ex multis*, Corte giust., 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glockner*, cit., p. 19; Corte giust., 27 novembre 2003, cause riunite C-34-38/01, *Enirisorse c. Ministero delle Finanze*, cit., p. 28-299; Corte giust., 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *Pavel Pavlov e altri*, p. 75; Corte giust., 18 giugno 1998, causa C-35/96, *Commissione c. Italia*, p.

Ma pure l'individuazione di tale concetto è operazione non semplice⁴⁷² e la definizione talvolta usata dalla Corte di giustizia, per cui è attività economica quella che consiste nell' *"offrire beni e servizi su un determinato mercato"*, non fa venir meno l'incertezza⁴⁷³.

Peraltro, dal momento che la demarcazione fra impresa e ciò che impresa non è, va fatta in termini sostanziali, *"a prescindere dall'etichetta che il diritto attacchi al soggetto giuridico e alla sua attività"*⁴⁷⁴ e che il significato della nozione di attività economica è strettamente legato a quello della nozione di impresa, *sembra corretto* affermare che anche *"la distinzione tra ciò che appartiene alla sfera economica e ciò che ne è escluso, non può giovare di dati formali, (...) se così non fosse gli Stati potrebbero sottrarre le attività economiche alle regole del diritto comunitario, rivestendole (le imprese) delle forme tipiche di attività che hanno altra natura"*⁴⁷⁵.

In secondo luogo, quando è chiamata a pronunciarsi sull'art. 106, par. 2, la Corte di giustizia (o la Commissione ai sensi dell'art. 106 par. 3 del TFUE⁴⁷⁶) si concentra sulla la possibilità di identificare i compiti o le missioni di interesse economico generale assegnati alle imprese.

Si tratta di un profilo molto delicato, che può essere così riassunto e semplificato: gli Stati membri nella definizione dei SIEG, godono di un margine di potere discrezionale che riflette la ripartizione di competenze in materia. La definizione di tali servizi da parte dello Stato membro può essere messa in discussione dalle Istituzioni solo in caso di errore manifesto dovendosi distinguere, quanto all'incidenza di tale controllo, a seconda che il settore in questione sia oggetto (o meno) di una disciplina di livello europeo.

Per chiarire meglio tali affermazioni, va detto che in mancanza di specifiche discipline europee di settore, il compito di individuare le missioni di interesse generale rimane in capo agli Stati membri.

36. La dottrina sul punto è molto ampia; si rinvia, per tutti, a SAUTER W., SCHEPEL H., *State and market in European Union Law. The Public and Private spheres of the Internal Market before EU Courts*, Cambridge, 2009, pp. 75 ss.

⁴⁷² Sulla nozione di attività di rilevanza economica e sui diversi criteri sviluppati dalla Corte di giustizia per distinguere fra attività a carattere economico e non economico, si rinvia *infra*, par. 4 ss.

⁴⁷³ TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. ital. dir. pubb. com.*, 2008, p. 1066. Mette in evidenza la non univocità di tali nozioni anche BONURA H., *I servizi pubblici locali nell'era delle liberalizzazioni, tra regime delle attività e forme di gestione*, in *Agenda dei comuni 2012*, sez. II, Ed. Caparrini, 2012, pp. 288 e 299.

⁴⁷⁴ Si veda CORSO G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit., pp. 11 ss.

⁴⁷⁵ Così TRIMARCHI BANFI F., *op. ult. cit.*, p. 1066.

⁴⁷⁶ *"La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni"*.

Tale scelta, tuttavia, non gode più di quella libertà tipica della cd. *rule of politics*, ma è soggetta a un controllo delle Istituzioni europee che, per quanto non risulti idoneo fino al punto da mettere in discussione il nucleo politico del servizio pubblico, fa sì che tale potere di scelta sia soggetto alla cd. “*rule of law*”; e ciò proprio al fine di evitare che gli Stati membri adottino una definizione eccessivamente ampia di SIEG solo al fine di sfuggire all’applicazione delle norme del Trattato.

Con riguardo all’individuazione e definizione degli obblighi di servizio pubblico (e delle missioni di interesse generale che ne costituiscono l’oggetto), le Istituzioni si riservano un controllo sul cd. “errore manifesto” che consta di diversi ordini di valutazioni, volte ad accertare il rispetto di requisiti sia formali che sostanziali.

Quanto ai primi, si richiede che l’impresa sia formalmente “incaricata” della gestione di un SIEG da parte della pubblica autorità. In particolare, lo Stato deve provare la presenza di un atto d’incarico proveniente dall’autorità pubblica competente: senza simile investitura ad opera del potere pubblico, non risultano lecite le deroghe alle regole del mercato⁴⁷⁷.

Non è però richiesta una particolare forma⁴⁷⁸, anche se sul punto occorre dare conto di recenti orientamenti più stringenti delle Istituzioni europee. Se prima si riteneva, infatti, che tale atto di incarico potesse essere versato in un atto avente struttura unilaterale o bilaterale, legislativa o amministrativa, concessoria e autorizzatoria⁴⁷⁹, la recente Decisione inserita nel cd. “*Pacchetto Almunia*”⁴⁸⁰ in materia di aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, nel ritenere necessaria la presenza di

⁴⁷⁷ Sul punto, fra i tanti, si veda SCOTTI E., *Il Pubblico servizio tra tradizione nazionale*, cit., pp. 221 ss; VILLATA R., *Pubblici servizi*, cit., pp. 45 ss; CAMELLI M., ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997, p. 106, p. 106; TRIMARCHI BANFI F., *op. ult. cit.*, pp. 1079 ss. Secondo SAUTER W., *Services of general economic interest and universal service in Eu law*, in *Eur. law rev.*, 2, 2008, p. 184, tale attenzione che la Corte presta all’atto con cui vengono attribuiti gli obblighi di servizio pubblico è dovuta alla sua natura di atto costitutivo: si finisce per creare un SIEG laddove prima non c’era.

⁴⁷⁸ Tale libertà formale è stata affermata dalla Corte di giustizia con la nota sentenza 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo*; si veda anche Corte giust., 23 ottobre 1997, causa C-159/94, *Commissione c. Francia*, cit., p. 65-66.

⁴⁷⁹ Corte Giust., 20 febbraio 2001, causa C-205/99, *Analir c. Administration General del Estado*; tale più morbida posizione, che ammetteva cioè la possibilità che “*SGEI missione were derived from general obligations*”, era stata confermata anche dal Tribunale, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, p. 177 ss. e da Corte giust., 3 marzo 2011, causa C-437/09, *AG2R*, oltre che nella Decisione della Commissione del 22 dicembre 2005 relativa al caso *Zorgverzekeringswt*, N541/2004 e N542/2004, C(2005)1329 fin.; in dottrina, sull’argomento, *ex multis*, cfr. NEEGARD U., *The Concept of SSGi*, cit., p. 213 ss. e GALLO D., *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 138 ss. (quest’ultimo, in particolare, con riguardo alla possibilità che l’atto di incarico sia rappresentato da un contratto di diritto privato).

⁴⁸⁰ Decisione della Commissione, 20 dicembre 2011, riguardante “*l’applicazione delle disposizioni dell’articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell’Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale*”, (2012/21/UE).

uno specifico atto di incarico, sembra escludere la possibilità di desumere OPS da disposizioni generali di natura legislativa o regolamentare⁴⁸¹. Gli Stati membri, in altre parole, devono indicare in appositi atti le imprese incaricate di OPS, oltre che individuare in modo chiaro e preciso il contenuto di tali obblighi.

Diversamente, quando si parla di requisiti di ordine sostanziale si fa riferimento al fatto che l'obbligo di servizio pubblico sia effettivamente rivolto al perseguimento di missioni di interesse generale, che tale missione - oltre ad avere carattere obbligatorio e universale - non possa essere perseguita attraverso l'ordinario operare delle regole di mercato e, ancora, che il servizio in questione meriti, per il suo carattere specifico, di essere qualificato come SIEG e distinto dalle altre attività economiche⁴⁸².

In mancanza di specifiche discipline europee di settore, il compito di individuare le missioni di interesse generale rimane in capo agli Stati membri, e ciò in linea con i principi che regolano la ripartizione di competenze tra Stati membri e ordinamento UE⁴⁸³.

L'intensità di tale controllo, tuttavia, sembra variare a seconda che si tratti (o meno) di settori oggetto di una disciplina di livello europeo.

In assenza di tale disciplina, la discrezionalità che rimane agli Stati è molto ampia⁴⁸⁴ e il controllo sull'errore manifesto non è mai tale da disconoscere il “*nucleo politico del servizio pubblico*”⁴⁸⁵, limitandosi - di fatto - ad accertare la presenza di un atto di incarico

⁴⁸¹ In tal senso, GRONDEN VAN DE J. W., RUSU C. S., *The Altmark Update and Social service: Toward a European Approach*, in SZYSZCZAK E., VAN DE GRONDEN J. (a cura di), *Financing services of general economic interest: reform and modernization*, L'Aia, 2013, pp. 196-205. *Contra*, GUIGLIA G., *I servizi sociali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2012, p. 55 che vede nelle previsioni della Decisione *Almunia* una “*sostanziale conferma delle prescrizioni già definite dalla precedente decisione del 2005*”; si veda anche p. 40 dove l'Autore descrive la posizione della giurisprudenza su natura e caratteristiche dell'atto di incarico prima delle novità del 2011.

⁴⁸² Si veda sul punto, la nota sentenza del Tribunale, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA)*, cit., p. 172; con specifico riferimento al carattere universale e obbligatorio del SIEG, p. 185 ss.; in dottrina, sull'argomento, cfr. OLIKKE G.S. – MOLLGARD P., *What is a service*, cit., p. 212. La sentenza da ultimo richiamata è quella in cui sono stati meglio chiariti i confini del controllo sull'errore manifesto (per un commento su tale pronuncia, si v. ROSS. M. A., *Healthy Approach to Services of General Economic Interest? The BUPA Judgment of the Court of First Instance*, in *ELR*, 34, 2009, pp. 239-266 e MATOS N. A., *The role of the Bupa Judgement in the Legal Framework for Services of General*

Economic Interest, in *Tilburg Law Rev.*, 15, 2011, pp. 83-104).

⁴⁸³ NEERGAARD U., *EU Health Care Law in a Constitutional Light: Distribution of Competences, Notion of 'Solidarity', and 'Social Europe'*, in GRONDEN VAN DE J.W.; SZYSZCZAK E., NEERGAARD U., KRAJEWSK M. (a cura di), *Health Care and EU Law*, L'Aia, 2011, pp. 389-411, in part. pp. 36-42.

⁴⁸⁴ SAUTER W., *Services of general economic interest and universal service in Eu law*, in *Eur. law rev.*, 2, 2008, pp. 167 ss.

⁴⁸⁵ SCOTTI E., *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in Mangiameli S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, p. 42 osserva come il sindacato della GCUE non sia mai giunto, anche nei casi in cui si è svolto in modo particolarmente penetrante, alla diretta individuazione delle missioni di interesse economico generale, in ciò “*impedito dal riconoscimento di una vera e propria sovranità di definizione degli Stati*”. Cfr. sul punto anche D. SORACE, *I servizi pubblici economici*, cit., p. 8.

nei termini sopra descritti, il carattere obbligatorio e universale della missione di interesse generale⁴⁸⁶ e la natura non meramente privata dei relativi interessi.

In presenza di una disciplina europea di settore, invece, può accadere che sia già il livello di governo europeo a individuare gli OPS, sotto forma di obblighi di servizio universale. Tale compito, tuttavia, può essere rimesso dalle Direttive di settore alle autorità nazionali; in queste ipotesi, però, il controllo delle Istituzioni sembrerebbe più stringente, in linea con la finalità di liberalizzazione del mercato cui la disciplina europea è rivolta⁴⁸⁷.

2.1.2. B) Presupposti necessari per far ritenere giustificabile la deroga all'applicazione delle norme del Trattato.

Come anticipato, affinché possa applicarsi il regime derogatorio previsto dall'art. 106, par. 2, del TFUE, è necessario, oltre all'effettiva (e legittima) esistenza di un SIEG, che siano rispettati ulteriori presupposti; ed è proprio con riguardo al rispetto di tali presupposti che il controllo delle Istituzioni europee assume caratteri più stringenti, confermando in tal modo l'assunto più volte ribadito, secondo cui il potere degli Stati membri di intervenire sull'economia, sottraendo determinate attività alle regole di mercato, deve rispettare determinati requisiti di legittimità.

In primo luogo, sulla base di quanto espressamente previsto dall'art. 106, par. 2, TFUE, l'applicazione delle “*norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza*” deve ostare, “*in linea di diritto e di fatto*” all'adempimento della specifica missione di interesse generale affidata all'impresa incaricata dell'OPS. La missione di servizio pubblico, infatti, non costituisce di per sé una condizione per derogare all'applicazione delle norme dei Trattati; al tal fine è necessario che le norme in materia di concorrenza e di libertà di circolazione impediscano il compimento della missione di servizio pubblico affidata al gestore.

Nell'interpretazione di tale requisito, la CGUE ha dato rilievo anche all'impossibilità per il prestatore incaricato di adempiere le funzioni di interesse generale in *condizioni*

⁴⁸⁶ Cfr. OLIKKE G.S., MOLLGARD P., *What is a service*, cit., p. 212. Con riguardo ai casi in cui la Corte ha “limitato” la qualificazione di SIEG fatta dagli Stati membri, sui vedano le pronunce 10 dicembre 1991, causa C-179/90, *Porto di Genova*, par. 26-27 e 27 marzo 1974, causa 127/73, BRT II, p. 23. Gli Autori da ultimo citati, richiamando la sentenza *BUPA*, osservano come anche fra i settori privi di una specifica disciplina europea, sembrano potersi ravvisare atteggiamenti differenti; in particolare, le istituzioni europee avrebbero una particolare “attenzione” nel controllo sull'errore manifesto in alcuni settori, quali quello sanitario. Nello stesso senso anche CYGAN A., *Public healthcare in the European Union: still A service of general interest*, in *Intern. Comp. Law Quart.*, 57, 2008, pp. 529 ss.

⁴⁸⁷ *Ibidem*.

*economicamente accettabili*⁴⁸⁸: tale situazione è stata, infatti, ritenuta sufficiente al fine di ritenere che la misura abbia portata ostativa del raggiungimento della missione di interesse generale⁴⁸⁹.

In secondo luogo, le Istituzioni europee verificano che la deroga alle norme del Trattato giustificate dal perseguimento di una missione di servizio pubblico risultino conformi al principio di proporzionalità; tale principio impone alle Istituzioni comunitarie di “*vegliare, nell’esercizio dei loro poteri, affinché gli oneri imposti agli operatori economici non oltrepassino ciò che è necessario per raggiungere gli obiettivi che sono tenuti a realizzare*”⁴⁹⁰.

Ed è proprio dal modo di svolgimento di tale “test di proporzionalità” che dipende il bilanciamento fra valori/interessi fra loro in contrasto che, nel caso dei SIEG, sono, da un lato, il rispetto delle regole di mercato, dall’altro, la libertà degli Stati membri di perseguire obiettivi di interesse generale.

Non deve stupire, pertanto, come il diverso approccio dell’ordinamento europeo sulla materia in questione a partire dal Maastricht abbia inciso sulle valutazioni delle Istituzioni (e in particolare della CGUE) relative alla corrispondenza di una misura nazionale di deroga rispetto al principio di proporzionalità; si è, infatti, passati da un test di necessità delle misure derogatorie o cd. “*strict test*” (che dava maggior rilievo all’esigenza di garantire la piena osservanza delle regole di mercato) a un test di funzionalità delle misure derogatorie o cd. “*mild test*”, maggiormente rispettoso dell’autonomia degli Stati nell’individuare obiettivi di servizio pubblico nell’interesse dei propri cittadini⁴⁹¹. Attualmente, infatti, la Corte si limita a valutare l’idoneità/funzionalità della misura rispetto alla missione di interesse generale, non giungendo (quasi) mai a sindacare la

⁴⁸⁸ Senza richiedere, quindi, che risulti a rischio l’equilibrio finanziario o la redditività economica dell’impresa.

⁴⁸⁹ Si veda Corte giust., 3 marzo 2011, causa C-437/09, *AG2R*, p. 76 e Corte giust., 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *AmbulanzGlockner*, cit., p. 61.

⁴⁹⁰ Corte giust., 18 marzo 1980, causa C-26 e 86/79, *Forges de Thy-Marcinelle*; tale principio sarà oggetto di ulteriori approfondimenti nel corso del lavoro. Riprendendo le parole Comunicazione della Commissione, “*I servizi di interesse generale in Europa*”, 20 settembre 2000, COM(2000) 580, def., p. 23: “*La proporzionalità con riferimento all’articolo 86, paragrafo 2, implica che i mezzi utilizzati per la missione d’interesse generale non devono dare origine a distorsioni non indispensabili degli scambi. In particolare, occorre garantire che qualsiasi restrizione alle norme del trattato CE, e in particolare le restrizioni alla concorrenza e alle libertà del mercato interno, non eccedano quanto strettamente necessario per garantire il buon adempimento della missione. (...) La Commissione esercita tale controllo sulla proporzionalità, che è sottoposto a revisione giurisdizionale della Corte di giustizia, in modo ragionevole e realistico, come dimostrato da come utilizza le competenze decisionali che le sono conferite dall’articolo 86, paragrafo 3*”

⁴⁹¹ Le espressioni in corsivo sono di SAUTER W., *op. ult. cit.*, pp. 186 cui si rinvia anche per una breve analisi delle sentenze che hanno “simboleggiato” il nuovo approccio della Corte; in particolare, si vedano Corte giust., 19 maggio 1993, causa C-320/91, *Regie des Postes c. Paul Corbeau*, cit., p. 15 ss. e Corte giust., 27 aprile 1994, causa C-393/92, *Almelo*, cit., p. 46 ss.

proporzionalità in senso stretto (ossia l'assenza di altre misure idonee e meno restrittive del libero mercato) anche se, in dottrina, si osserva come l'intensità di valutazione di proporzionalità dipenda anche dal settore (merceologico) di riferimento⁴⁹².

Per concludere la disamina dei presupposti necessari per applicare la deroga di cui all'art. 106 par. 2, va ricordato che la stessa disposizione richiede che “*Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione*”. In realtà, raramente la Corte si è espressa separatamente su questo punto⁴⁹³, finendo per assorbire tale valutazione in quella relativa al rispetto del principio di proporzionalità, così come sopra inteso⁴⁹⁴.

2.2. Servizi di interesse economico generale ed economia sociale di mercato nel processo di integrazione europea.

Nella prima versione dei Trattati istitutivi delle Comunità europee (Trattato di Roma), l'unica previsione riguardante i SEIG era l'attuale art. 106, par. 2, del TFUE.

Gli sviluppi successivi del processo di integrazione hanno portato, da un lato, a una diversa considerazione/interpretazione di tale disposizione di deroga; dall'altro, a una trasformazione della stessa natura dell'istituto. Infatti, come testimoniato anche da alcune modifiche introdotte ai trattati (*infra*), il servizio di interesse economico generale ha visto mutato il suo ruolo all'interno dell'ordinamento UE, da mera deroga all'applicazione delle regole di mercato a “*tratto essenziale del modello europeo di società*”⁴⁹⁵.

Pare ravvisabile una sorta di *trait d'union* fra tale processo evolutivo che ha investito il servizio pubblico e quei cambiamenti che, più in generale, hanno caratterizzato il

⁴⁹² ID., *op. ult. cit.*, p. 193 ss. L'Autore osserva che nei settori in cui è presente una disciplina europea di settore, gli Stati membri possono intervenire solo mediante misure che possono ritenersi “necessarie” rispetto all'obiettivo che si vuole raggiungere; al contrario, in assenza di disciplina europea, la misura statale viene ritenuta illegittima solo se manifestamente sproporzionata. Di un diverso atteggiamento delle Istituzioni europee a seconda che si tratti di settori oggetto o meno di una disciplina europea di armonizzazione si è già fatto sopra riferimento, con riguardo all'individuazione e definizione dei SIEG. Altra dottrina (BEKKEDAL T., *Article 106 TFUE is Dead. Long Live Article 106 TFUE*, in SZYSZCZAK E., DAVIES J., ANDENAES M., BEKKEDAL T. (a cura di), *Developments in services of general interest*, L'Aia, 2011, pp. 69 ss., osserva, invece, la diversa intensità con cui il test di proporzionalità viene eseguito quando si tratti di derogare al diritto della concorrenza rispetto ai casi in cui viene in rilievo la disciplina sulle libertà fondamentali; *contra*, nel senso che non vi sarebbero (o non vi dovrebbero essere) differenze nella valutazione di proporzionalità con riguardo a diritto della concorrenza e libertà di movimento, DAVIES G., *What Does Article 86 Actually Do?* In KRAJEWSK M., NEERGAARD U., GRONDEN VAN DE J.W. (a cura di), *The changing legal framework for services of general economic interest in Europe, between competition and solidarity*, L'Aia, 2009, p. 66.

⁴⁹³ Un caso è quello contenuto nella sentenza Corte giust., 23 ottobre 1997, causa C-159/94, *Commissione c. Francia*, dove peraltro ha ritenuto insufficienti le prove fornite dalla Commissione.

⁴⁹⁴ Cfr. SOTTILI V., *op. ult. cit.*, p. 54.

⁴⁹⁵ Comunicazione della Commissione, “*Libro verde sui servizi di interesse generale*”, 21.5.2003, COM(2003) 270 def.

processo di integrazione europea. In altre parole, si è forse non lontano dal vero se si afferma l'esistenza di un legame fra le sorti dell'integrazione e il ruolo che verrà riservato al servizio pubblico, quasi che tutte le principali variabili che rendono il futuro dell'Europa un'incognita, trovino nei SIEG un loro riflesso, una sorta di specchio a tasso ridotto di effetto deformante.

Tale istituto costituisce, infatti, una vera e propria cerniera tra dimensione sovranazionale e nazionale del diritto, tra diritto dell'Unione Europea, diritto amministrativo e diritto privato della concorrenza, tra istanze di socialità e imperativi del mercato, tra fallimenti del mercato e sua regolazione, ecc.

L'evoluzione del ruolo del servizio pubblico ha ovviamente inciso sull'interpretazione/applicazione della deroga del 106, par. 2.

L'ordinamento comunitario si è inizialmente disinteressato della materia in questione; nella prima fase del processo di integrazione non vi è stato, invero, alcun intervento sui regimi speciali (*rectius*, pubblicistici) che gli Stati membri applicavano ai grandi servizi economici, permettendo così che interi settori dell'economia rimanessero esenti dall'applicazione delle norme del Trattato⁴⁹⁶. Le Istituzioni, infatti, concentrate soprattutto sulla creazione di un mercato comune e sull'unione doganale (attraverso la rimozione di tutti gli ostacoli alla libera circolazione delle merci), hanno in una prima fase interpretato l'allora art. 90.2 del TCE in modo piuttosto ampio: furono avallati, di fatto⁴⁹⁷, i sistemi tradizionali di organizzazione dei servizi pubblici diffusi in diversi Stati membri⁴⁹⁸.

Nei secondi anni '80, prima il Libro bianco della Commissione sul mercato interno⁴⁹⁹ e poi l'Atto Unico stipulato nel 1986, hanno segnato una vistosa svolta nel cammino comunitario e impresso una forte accelerazione all'integrazione dei mercati consistito, nel settore in questione, nell'avvio di un processo di "frantumazione" dei regimi

⁴⁹⁶ In tal senso E. SCOTTI, *Il pubblico servizio*, cit., p. 155, secondo cui: "In origine, infatti, la Corte di Giustizia, nel suo sindacato sull'ammissibilità della deroga alle norme del Trattato, si è limitata a verificare la sussistenza di tale sfera di sovranità riservata, senza giungere, in presenza di servizi pubblici nazionali, a sindacare la ragionevolezza, né della loro istituzione, né delle scelte concernenti l'organizzazione e il regime di tali servizi, riconosciute come espressione piena della sovranità degli Stati, ancorché per lo più tradotte nella previsione di monopoli affidati ad imprese pubbliche verticalmente integrate".

⁴⁹⁷ Ciò anche sulla base dell'attuale art. 365 del TFUE che sancisce il principio di neutralità nei confronti del regime pubblico o privato delle imprese; cfr. sul punto NAPOLITANO G., *I servizi pubblici*, in CASSESE S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2008, p. 135 e SCOTTI E., *op. ult. cit.* pp. 227 ss.

⁴⁹⁸ Tali sistemi erano caratterizzati, come noto, in modo tale da risultare non del tutto compatibili con i principi di libera e non falsata concorrenza in un mercato comune: da un lato, infatti, si fondavano su un regime di riserva originaria o esclusiva che implicava la gestione in monopolio del servizio; dall'altro, sulla gestione pubblica del servizio, diretta (mediante un organo dello Stato) o indiretta (mediante un ente pubblico).

⁴⁹⁹ Comunicazione della Commissione, 14 giugno 1985, "Libro bianco sul completamento del mercato interno", COM(85) 310 def,

statali; in tal modo, anche nel settore dei pubblici servizi hanno iniziato a “fiorire” i primi semi dei principi di concorrenza e di libero mercato⁵⁰⁰.

Tale evoluzione è poi proseguita seguendo due direzioni: da un lato, attraverso l'intervento legislativo in specifici settori (trasporto aereo, marittimo e ferroviario, elettricità, gas naturale, telecomunicazioni e poste) che sono stati considerati “*alla stregua di altrettanti mercati e sottoposti ad una disciplina uniforme a livello europeo*”⁵⁰¹; dall'altro, attraverso un'interpretazione molto più rigorosa rispetto al passato della disposizione di deroga di cui all'art. 106, par. 2 TFUE e, in particolare, del test di proporzionalità (vedi *supra*).

È con l'entrata in vigore del Trattato di Maastricht che tale approccio sull'interpretazione dell'art. 106, par. 2 viene ammorbidito; infatti, in linea con la maggior rilevanza che tale Trattato ha attribuito ai profili cd. “sociali” e di *welfare*⁵⁰², si è raggiunto un diverso equilibrio fra l'esigenza di un'applicazione sempre più estesa delle regole di mercato e quella di una maggiore autonomia per gli Stati membri nel perseguimento degli obiettivi di interesse generale sottesi al pubblico servizio. Nuovo equilibrio che, come ricordato nel precedente paragrafo, è testimoniato dal diverso rigore con cui, soprattutto la Corte di giustizia, ha applicato il principio di proporzionalità nel settore in questione (passaggio dal cd. “*strict test*” al “*mild test*”).

È da questo momento, inoltre, che si sviluppa un diverso approccio nella stessa considerazione dei SIEG.

Inizia, infatti, a affermarsi l'idea secondo cui i servizi di interesse economico generale debbano essere concepiti non soltanto quale eccezione alla disciplina della concorrenza, ma anche come materia di intervento attivo dei pubblici poteri, sovranazionali e nazionali⁵⁰³. Detto altrimenti, dato che fra gli obiettivi della Comunità europea iniziano ad essere inclusi la lotta all’*“esclusione sociale e alle discriminazioni (...)*

⁵⁰⁰ Cfr. J. J. MONTERO PASCUAL, *op. cit.*, p. 666 e PERICU A., *L'impresa e obblighi di servizio pubblico*, in *Annuario 2001* dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2002, p.178.

⁵⁰¹ Così, G. NAPOLITANO G., *I servizi pubblici*, cit., p. 135

⁵⁰² Sull'evoluzione sociale dell'Unione europea, cfr. GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato*, cit.; per una lettura critica, LUCIANI. M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. dir.*, 2000, p. 367.

⁵⁰³ Cfr. Comunicazione della Commissione, “*Comunicazione sui servizi di interesse generale in Europa*”, 26 settembre 1996, COM(96) 443 def., secondo cui “*La solidarietà e la parità di trattamento, nel contesto di un'economia di mercato aperto e dinamico, costituiscono obiettivi fondamentali della Comunità europea. I servizi di interesse generale contribuiscono al conseguimento di questi stessi obiettivi: gli Europei si attendono infatti servizi di qualità a prezzi abbordabili e molti di essi considerano i servizi d'interesse generale come veri e propri diritti sociali in quanto contribuiscono in misura considerevole alla coesione socioeconomica. Per questi motivi i servizi in parola sono al centro del modello europeo di società come ha già sottolineato la stessa Commissione nel recente parere sulla riforma dei trattati*” (cfr. Parere della Commissione ai fini della conferenza intergovernativa, “*Rafforzare l'Unione politica e preparare l'ampliamento*”, 28.2.1996, COM(96) 90 def.).

*la coesione economica, sociale e territoriale*⁵⁰⁴, gli interventi che operano in tal senso, fra i quali quelli in materia di servizi pubblici, sono legittimati in sé, e non più in via d'eccezione alle norme concorrenziali⁵⁰⁵. Si è sostenuto in dottrina che, a partire da tale momento, i servizi di interesse generale abbiano finito per assumere una valenza identitaria di modello economico e sociale europeo, con l'obiettivo di conciliare la dimensione sociale con quella della competitività⁵⁰⁶.

Tali cambiamenti hanno trovato un riconoscimento anche nel diritto dei Trattati.

Con il Trattato di Amsterdam del 1997, all'art. 16 (oggi art. 14 TFUE), si stabilisce che *“fatti salvi gli articoli 73, 86 e 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti”*⁵⁰⁷.

Sulla stessa linea si pone l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che riconosce in capo ai cittadini il diritto di accesso ai SIEG⁵⁰⁸ cui, con il Trattato di Lisbona, si è attribuito lo stesso valore giuridico dei trattati.

⁵⁰⁴ Attuale art. 3 TUE.

⁵⁰⁵ In dottrina, cfr., *ex multis*, NAPOLITANO G., *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive*, in *Annuario 2001 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002, p. 449 e SCOTTI E., *I principi generali*, in BONURA H. E CASSANO M. (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, p. 23; SZYSZCZAK E., *Public service Provision In Competitive Markets*, in *Yearbook of European Law*, 20, 2001, 5 ss.; ROSS M., *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *Eur. Law Rev.*, 25(1), 2000, pp. 22-38.

⁵⁰⁶ In tal senso GIGLIONI F., *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2012, p. 539.

⁵⁰⁷ Sull'interpretazione e sulla valenza innovativa nell'ordinamento giuridico comunitario di tale disposizione, si sono formate opinioni differenti. Alcuni ne hanno evidenziato la portata innovativa (ROSS M., *op. ult. cit.*, pp. 22 ss.); altri Autori ne hanno sottolineato la valenza più che altro simbolico/politica (CARTEI G., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. ita. dir. pub. com.*, 2005, p. 1222), descrivendo l'art. 16 come una mera conferma dell'art. 90, introdotto *“più per tacitare coloro che volevano cambiare l'art. 90, dando loro il contentino di una (apparente) nuova disciplina, che per innovare effettivamente l'assetto preesistente”* (G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit., p. 19). Sul tema anche CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana ed europea a confronto*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2003, p. 101, il quale osservava come con tale disposizione, più che *“il diritto positivo comunitario in sé e per sé, (...) è lo spirito di tale diritto che viene in parte mutato e adattato ai nuovi umori politici”*.

⁵⁰⁸ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cd. Carta di Nizza), 7 dicembre 2000, (2000/C 364/01), art. 36 *“Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea”*.

Con tale ultimo intervento del 2007 si è, a detta dei più, rafforzata la centralità dei servizi pubblici nel modello sociale europeo; in tal senso vanno ricordati, fra gli altri, la modifica dell'art. 14 del TFUE e l'inserimento di un apposito Protocollo dedicato ai servizi di interesse economico generale.

Quanto al primo profilo, nell'art. 14 TFUE, ultima parte, è stata introdotta una competenza diretta dell'Unione europea in materia di servizi di interesse economico generale⁵⁰⁹. Tale novella - che indubbiamente conferma il superamento dell'approccio meramente "derogatorio" dell'ordinamento europeo nei confronti del servizio pubblico - da un lato non mette in discussione il protagonismo degli Stati membri nella definizione e organizzazione dei servizi pubblici; dall'altro, potrebbe incidere sulle modalità dell'intervento europeo in materia di SIEG, fino ad ora caratterizzato da una evidente settorialità, forse anche in ragione dell'assenza di adeguate basi giuridiche nel Trattato⁵¹⁰.

In realtà, i primi commenti su tale intervento sono stati tutt'altro che ottimistici; è stato osservato, infatti, come gli strumenti introdotti nell'art. 14 presentino caratteri tali da rendere incerto un loro futuro utilizzo⁵¹¹.

Quanto al Protocollo 26 allegato al Trattato, in linea con il rafforzamento e la maggior specificazione delle dinamiche di sussidiarietà che hanno caratterizzato nel complesso l'intervento del 2007, è stato posto l'accento sul ruolo degli Stati membri nel "fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti", alla luce anche delle diversità tra i vari servizi e delle

⁵⁰⁹ Art. 14 TFUE: "il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi".

⁵¹⁰ Quando si parla di settorialità si fa riferimento sia agli interventi riguardanti singoli sub-settori del diritto UE (si pensi agli interventi in materia di aiuti di stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico), sia a quelli che riguardano singoli settori merceologici (trasporto aereo, marittimo e ferroviario, elettricità, gas naturale, telecomunicazioni e poste). Con riguardo a tale secondo ordine di interventi, essi si sono basati o su specifiche attribuzioni previste dal Trattato per i singoli settori (trasporti), oppure sull'attuale art. 114 TFUE (ex art. 95 TCE) che prevede l'adozione da parte del Parlamento e del Consiglio delle misure concernenti il riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno.

⁵¹¹ Su tale disposizione va osservato, in primo luogo, come nella versione inglese si utilizza il termine "shall establish" non trasposto "alla lettera" nella versione italiana; CRAIG P., *The Lisbon Treaty: law, politics, and treaty reform*, Oxford, 2010, p. 328 ritiene, tuttavia, che essa "imposes a duty, not just a power"; inoltre, la possibilità di adottare solo regolamenti mal si concilia con contesti nazionali che in materia di servizi pubblici sono particolarmente disomogenei; rimane pertanto incerto se il legislatore europeo deciderà, ricorrendo a tale disposizione, di abbandonare l'approccio settoriale che, a parte alcuni interventi orizzontali come in materia di aiuti di stato, ha finora caratterizzato gli interventi in questa materia; cfr. SCHIEK D., *Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, p. 82; CRAIG D., *op. cit.*, p. 328 e KRAJEWSKI M., *Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle?*, in *Eur. public law*, 3, 2008, pp. 377 ss.

differenti “*esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse*”, fermo restando, comunque, la necessità di garantire un “*alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente*”.

Tali previsioni, che hanno lo stesso valore giuridico dei trattati, nulla innovano dal punto di vista della ripartizione della competenze fra Stati e Unione, o dei poteri di quest'ultima in materia di servizi pubblici; ma confermano la loro maggiore centralità nell'ordinamento europeo⁵¹².

Per concludere, è definitivamente superata l'originaria impostazione che considerava i SIEG in funzione meramente derogatoria alle regole di mercato, essendone stato riconosciuto il ruolo centrale all'interno del modello sociale europeo, anche nell'ottica di ristabilire la crescita nel mercato unico e di preservare la fiducia sociale nel processo di integrazione, certamente intaccata dalle recenti vicende economiche e politiche⁵¹³.

Tale conclusione assume plastica evidenza nell'ordinamento interno, in particolare nel settore dei servizi pubblici locali. Il legislatore nazionale, infatti, pure al di fuori dello schema canonico della recezione interna dell'atto/direttiva comunitaria, ha completato il processo di isomorfismo, avviato dalla giurisprudenza interna, costruendo il sistema dei servizi pubblici locali a immagine (sia per principi, sia per specifici *devices* regolativi) dell'ordinamento sovranazionale⁵¹⁴.

Quanto sostenuto, ovviamente, lascia del tutto aperto il profilo di maggior interesse: quello relativo al corretto equilibrio fra (a) l'applicazione delle regole di mercato, in quanto funzionali - entro certi limiti - a una miglior efficienza e qualità dei servizi pubblici e (b) la necessità di garantire un margine di autonomia agli Stati membri nel perseguire gli obiettivi di interesse generale che ritengono essenziali per il benessere dei propri cittadini, anche quando ciò comporti la deroga alle regole di mercato.

⁵¹²La maggiore centralità attribuita ai servizi pubblici dal Trattato di Lisbona è stata sottolineata dall'allora Vicepresidente della Commissione europea, ALMUNIA J., in un discorso sui “*Public services for a better Europe*” tenutosi a Budapest il 16 giugno 2011 e reperibile su <http://europa.eu/>.

⁵¹³Cfr. Comunicazione della Commissione, *Atto per il mercato unico*, 13 aprile 2011, COM(2011)206 def.

⁵¹⁴Sulla base della delega contenuta negli art. 16 e 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124, il Governo ha proceduto a intervenire sulla materia di servizi pubblici locali. Dalla lettura dello schema di decreto legislativo ancora in corso di approvazione, sono diverse le disposizioni da cui emerge la completa assimilazione fra i servizi pubblici (di rilevanza economica) e i SIEG (cfr. in particolare art. 2, sulle definizioni, art. 4 su finalità e principi generali e art. 6 su modalità di perseguimento degli obiettivi di interesse pubblico). Si tratta, tuttavia, di conclusioni a cui era già giunta la giurisprudenza, anche costituzionale; si veda, in particolare, Corte cost. n. 325/2010 (che aveva definito di “contenuto omologo” la nozione europea di SIEG, almeno ove riferita all'ambito locale, e quella di servizio pubblico locale di rilevanza economica) e Corte cost. n. 199/2012.

La dimostrazione positiva di quanto sopra deve necessariamente confrontarsi con l'analisi di dettaglio delle discipline previste per i singoli settori, considerando sia gli eventuali interventi del legislatore europeo sul regime regolatorio di un singolo settore, sia quale sia in concreto lo spazio che l'ordinamento europeo lascia agli Stati membri per il perseguimento di obiettivi di interesse generale. Ciò è quanto si proverà a fare nelle successive parti del presente lavoro con riguardo allo specifico settore dei servizi sociali e socio-sanitari.

2.3. L'ambito oggettivo di applicazione della deroga di cui all'art. 106, paragrafo 2, TFUE: quale estensione?

Prima di procedere nel senso sopra indicato, pare opportuno approfondire un ulteriore aspetto relativo all'ambito di applicazione dell'art. 106, par. 2, del TFUE; profilo che può definirsi "oggettivo" in quanto attiene a quali disposizioni del Trattato possono essere derogate quando la loro applicazione osti al raggiungimento della missione di interesse generale sottesa a un servizio di interesse economico generale.

Come noto, infatti, quando si parla di applicazione delle norme sovranazionali di regolazione economica dei mercati, non ci si riferisce a un unico "sistema di diritto". In realtà esistono due subsistemi regolativi autonomi del diritto eurounitario che vi concorrono tutti⁵¹⁵:

1. il diritto della concorrenza (disciplina *antitrust* e disciplina sugli aiuti di stato);
2. il diritto del mercato interno europeo (le quattro libertà fondamentali di movimento e circolazione, Direttiva Servizi e diritto dei contratti pubblici).

Se è possibile individuare un unico obiettivo di fondo di questi sub-settori, ossia la creazione di un mercato unico basato sulla concorrenza libera e non falsata fra gli operatori, essi presentano tuttavia delle differenze regolative che rendono non agevole l'esatto inquadramento del rapporto fra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali e che si ripercuotono in modo significativo sulla *governance* dei servizi di interesse economico generale.

Si tratta di un tema ricorrente nel corso di questa ricerca. Si darà conto, infatti, di come nell'ordinamento europeo siano state sviluppate diverse nozioni di "attività di rilevanza economica" a seconda del sub-settore di riferimento⁵¹⁶; delle diverse finalità

⁵¹⁵ Cfr. GUIGLIA G., *I servizi sociali nel processo di integrazione europea: dalla distinzione alla regolazione*, in *Jus*, 3, 2009, p. 488.

⁵¹⁶ *Infra*, par. 4 ss.

“immediate” cui mirano le rispettive discipline dei singoli sub-settori, fermo restando quella “mediata” di lungo termine del mercato unico concorrenziale⁵¹⁷; delle diverse disposizioni di deroga dall’applicazione delle relative discipline, espressamente previste dal Trattato o sviluppate in giurisprudenza⁵¹⁸.

In questa sede occorre dar conto di come l’esistenza di distinti sub-settori all’interno di quello che si è più volte definito diritto europeo del mercato (o simili) incida sull’applicazione della clausola derogatoria di cui all’art. 106, par. 2, TFUE.

In termini forse eccessivamente semplificatori, la questione può essere riassunta nei seguenti termini: tale disposizione può essere invocata esclusivamente per derogare alla disciplina sulla concorrenza (diritto *antitrust*, art. 101 ss. TFUE e disciplina sugli aiuti di stato, art. 107 ss. TFUE) o vi si può fare ricorso anche al fine di giustificare restrizioni al cd. diritto del mercato interno (in particolare, alle libertà economiche di circolazione e al diritto sui contratti pubblici), quando il rispetto delle relative discipline osti al raggiungimento della missione di interesse generale affidata all’impresa incaricata?

Per un verso, la collocazione dell’art. 106, par. 2, all’interno del Trattato farebbe propendere per una sua applicazione alle sole norme sulla concorrenza; per altro verso, il tenore letterale della norma (“*alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza*”) farebbe ritenere possibile una sua estensione anche ad altri sub-sistemi del diritto europeo (soluzione che, peraltro, sembrerebbe trovare conferma anche in alcuni atti di *soft law* della Commissione⁵¹⁹).

Sempre sulla base del tenore letterale della disposizione, viene di fatto esclusa l’applicabilità di tale previsione di deroga alle disposizioni sulle libertà economiche di circolazione e a quelle sui contratti pubblici in quanto queste, regolando l’“accesso al mercato”, concernono solo la fase a “monte” dell’affidamento di una specifica missione di interesse generale⁵²⁰; in tale fase, peraltro, l’applicazione di tali discipline di diritto europeo che impongono la selezione concorsuale degli operatori cui affidare il servizio, in nessun modo potrebbe pregiudicare il perseguimento della missione di servizio pubblico⁵²¹.

⁵¹⁷ *Infra*, par. 6 e cap. III, par. 2.

⁵¹⁸ *Infra*, par. 6 e cap. III, par. 4.1.2.

⁵¹⁹ Comunicazione della Commissione, “*Libro verde sui servizi di interesse generale*” cit., p. 29.

⁵²⁰ Cfr. DIVERIO D., *Le concessioni di servizi fra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2005, pp. 610 ss., in part. pp. 624 ss.

⁵²¹ Cfr. GIORELLO M., *L’affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2004, pp. 929 ss, in part. p. 930 ss.

Al contrario, l'art. 106, par. 2, riguarderebbe soltanto la fase successiva, a valle, nella quale, l'impresa, già affidataria del servizio, potrebbe risultare destinataria di misure interne (*rectius*, erogazione di un aiuto di stato) incompatibili con il Trattato (sempre che ciò risulti necessario per il perseguimento della specifica missione di interesse generale)⁵²².

In altri termini, dando rilievo al fatto che il tenore letterale dell'art. 106, par. 2, fa riferimento a imprese che risultano già incaricate di un obbligo di servizio pubblico, si esclude la sua rilevanza con riguardo alla fase precedente, in cui si seleziona il gestore del servizio pubblico; e se ne limita l'applicabilità a quelle misure nazionali che intervengono successivamente e che possono compromettere il regolare operare della concorrenza nel mercato, quali appunto l'erogazione di aiuti di Stato.

Probabilmente anche sulla base di tale interpretazione della disposizione in questione, i casi in cui la CGUE ha utilizzato l'art. 106, par. 2, del TFUE per derogare alle regole sul mercato interno (contratti pubblici o libertà di circolazione) sono numericamente molto ridotti⁵²³; d'altronde, lo scardinamento dei monopoli nazionali è stato perlopiù realizzato attraverso le norme sulla concorrenza, anche nei casi in cui sarebbe stata rilevabile una restrizione delle libertà di circolazione.

Come conseguenza di ciò, quando si opera esclusivamente all'interno del diritto europeo del mercato interno, le Istituzioni europee, e in particolare della CGUE, tendono a non dare rilievo alla distinzione fra servizi pubblici e servizi ordinari (*rectius*, fra SIEG e servizi ordinari)⁵²⁴. Per valutare se eventuali restrizioni ai Trattati siano giustificabili, non si fa (quasi) mai riferimento alla specifica deroga riguardante i SIEG di cui all'art. 106, par. 2, del TFUE; ma vengono prese in considerazione soltanto le eccezioni - espressamente previste o sviluppate in giurisprudenza - basate sui motivi imperativi di

⁵²² DIVERIO D., *Le concessioni di servizi fra situazioni puramente interne*, cit., pp. 624 ss.

⁵²³ Si veda, ad esempio, Corte giust., 18 giugno 1998, causa C-266/96, *Corsica Ferries c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova*. Si consideri inoltre, che si trattava di ipotesi in cui si era in presenza di diritti speciali o esclusivi che comportavano, oltre alla violazione delle norme sulle libertà di circolazione, anche un potenziale contrasto con le norme in materia di concorrenza. In altri casi, si era in presenza di restrizioni alla libera circolazione dei beni derivanti da monopoli a carattere commerciale ex art. 37 del TFUE (Corte giust., 23 ottobre 1997, causa C-157/94, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*). In altri termini, la presenza del SIEG e, quindi, l'applicazione dell'art. 106, par. 2 TFUE, è stata fatta valere solo nei casi in cui si era in presenza, congiuntamente, di una violazione del diritto della concorrenza e del mercato interno, e non era interessata esclusivamente la disciplina sulle libertà di circolazione.

⁵²⁴ Cfr. NEEGARD U., *The Concept of SSGI*, cit., p. 240, la quale osserva come nel contesto in questione si faccia sempre (e solo) riferimento ai servizi sociali, mentre la nozione di SSIG "*in this regime still appear as a foreign object(s)*"; in tal senso anche SZYSZCZAK E., *Modernising healthcare: pilgrimage for the holy grail?*, in KRAJEWSKI M., NEERGARD ULLA, VAN DE GRONDEN J. (a cura di), *The changing legal framework for services of general -economic interest in Europe, between competition and solidarity*, L'Aia, 2009, pp. 192 ss., che riconduce ciò alla ritrosia degli Stati membri.

interesse generale che, come noto, possono trovare applicazione sia per i servizi pubblici, sia per i “servizi ordinari”.

Peraltro, nemmeno altre disposizioni dei Trattati relative ai SIEG - che inizialmente si era ipotizzato poter essere invocate dagli Stati per giustificare misure nazionali contrarie ai trattati a garanzia dell’adempimento della missione di interesse generale -, sono state interpretate in tal senso dalle Istituzioni europee⁵²⁵. Si fa riferimento, in particolare, all’art. 14 TFUE il quale, specie alla luce delle modifiche introdotte da Lisbona, va inteso come disposizione idonea a fondare politiche pubbliche volte a eliminare condizioni di svantaggio sociale, attraverso azioni positive in materia di servizi pubblici⁵²⁶.

Con riguardo all’ambito oggettivo di applicazione dell’art. 106, par. 2, TFUE, va ricordato che nella causa *Sint Servatius*⁵²⁷, il giudice olandese ha esplicitamente chiesto alla Corte di esprimersi sulla possibilità per gli Stati membri di invocare la disposizione in questione per giustificare una misura restrittiva delle libertà economiche di circolazione (nel caso di specie, della libera circolazione dei capitali). In linea con l’impostazione tradizionale sopra descritta, la risposta della CGUE è stata negativa poiché la lite non verteva sulla “*concessione di diritti speciali o esclusivi alla Servatius, né sulla qualifica delle attività di quest’ultima in quanto servizi di interesse economico generale*” (pt. 46-47).

Tale decisione è stata tuttavia oggetto di critiche in dottrina; si è osservato, infatti, come la risposta del giudice europeo sia stata alquanto insoddisfacente ed elusiva e, di fatto, la Corte ha omesso di affrontare la questione nella sua interezza⁵²⁸.

A tali critiche, sembrano potersene muovere delle altre; tale pronuncia, infatti, sembra basarsi su una lettura dell’art. 106, par. 2, del TFUE che nega la sua valenza autonoma (pt. 44) e ne ammette solo un’interpretazione congiunta con il primo paragrafo dell’art. 106⁵²⁹; in tal modo, la CGUE farebbe ricorso a un’interpretazione dell’art. 106 che, per quanto sostenuta in passato, sembrava oramai recessiva⁵³⁰.

⁵²⁵ DIVERIO D., *op. ult. cit.*, pp. 624 ss. e ROSS M., *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, cit., pp. 31-32.

⁵²⁶ Sul punto si rinvia a quanto detto *supra*, par. 2.2.

⁵²⁷ Corte giust., 1 ottobre 2009, causa C-567/07, *Sint Servatius*, in particolare, quarta, quinta e sesta questione pregiudiziale.

⁵²⁸ GRONDEN VAN DE J. W., 2011, *Social Services of General Interest and EU Law*, in SZYSZCZAK E., DAVIES J., ANDENAES M., BEKKEDAL T. (a cura di), 2011, *Developments in services of general interest*, L’Aia, 2011, pp. 131-132.

⁵²⁹ Cfr. NEEGARD U. *op. ult. cit.*, p. 236.

⁵³⁰ Si riportano, sul punto, alcuni passaggi della sentenza Tribunale, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, BUPA, cit., p. 179, molto chiari sulla questione: “*Il riconoscimento di una missione SIEG non presuppone necessariamente che all’operatore preposto a tale missione venga concesso un diritto esclusivo o speciale per assolverla. Dalla lettura combinata dei nn. 1 e 2 dell’art. 86 CE risulta che si deve distinguere, da un*

Va segnalato, comunque, come il dibattito circa la possibilità di invocare l'art. 106, par. 2, TFUE per giustificare misure contrarie al diritto europeo del mercato interno sia ancora vivo in dottrina, nonostante l'attuale assenza di aperture in tal senso da parte della Corte di giustizia⁵³¹.

3. I servizi di interesse generale non economico: evoluzione di una nozione che rimane "residuale".

L'iniziale debole intervento del legislatore europeo sugli aspetti sociali - sia esso frutto di "algida indifferenza per la dimensione sociale" o di "marxismo preterintenzionale"⁵³² - di cui nei precedenti paragrafi si è cercato brevemente di dar conto, ha inciso sia sulle modalità con cui la figura del servizio pubblico è stata costruita; ma anche sull'iniziale non considerazione dei servizi privi di un preponderante carattere imprenditoriale.

Inizialmente, infatti, i servizi privi di rilevanza economica - al pari di quelli non incidenti sugli scambi comunitari e delle attività che, richiedendo l'impiego di poteri autoritativi, costituiscono una prerogativa dei pubblici poteri⁵³³ - oltre a non trovare alcun riferimento nel diritto dei trattati, venivano considerati dalle Istituzioni (e in particolare

lato, tra un diritto speciale o esclusivo conferito ad un operatore e, dall'altro, la missione SIEG che, se del caso, è ricollegata a tale diritto (v., in questo senso, sentenze Mercati Convenzionali Porto di Genova, punto 97 supra, punti 9 e 27; Almelo, punto 97 supra, punti 46-50, e Albany, punto 101 supra, punto 98 e 104-111). La concessione di un diritto speciale o esclusivo ad un operatore costituisce solo lo strumento, eventualmente giustificato, che consente a tale operatore di svolgere una missione SIEG".

⁵³¹ Sul punto si vedano BUENDIA SIERRA *op. ult. cit.*, p. 297; SNELL J., *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, in SCHRAUWEN A. (a cura di), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, 2005, p. 51; BEKKEDAL T., *Article 106 TFUE is Dead*, cit., pp. 67-70. Sul punto, si veda anche GALLO D., *op. ult. cit.*, pp. 521 ss. e CYGAN A., *Public healthcare in the European Union*, cit., pp. 545 ss. Da ultimo, il tema è stato ripreso in termini molto interessanti da FIEDZIUK N., *Putting services of general economic interest up for tender: Reflections on applicable EU rules*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 50, 2013, pp. 110 ss., con riguardo, nello specifico, all'applicabilità dell'art. 106, par. 2, per derogare al diritto sui contratti pubblici. Nel senso della non utilità di estendere l'ambito applicativo dell'art. 106, par. 2, anche al diritto del mercato interno, in ragione del fatto che gli stessi risultati possono comunque essere raggiunti facendo ricorso alla deroga basata sui motivi imperativi di interesse generale, cfr. DAVIES G., *What Does Article 86 Actually Do?*, cit., pp. 51 ss.

⁵³² Così GIUBBONI S., *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir.sic. soc.*, 2004, pp. 489 ss., che richiama due diverse letture della storia dei diritti sociali nel processo di integrazione europea. Da un lato la storica immagine di Mancini F. della "frigidità sociale dei padri fondatori", dall'altro quella contro-intuitiva interpretazione di Alarcon Caracuel M.R. secondo cui si è voluto in prima battuta costruire la base economica dell'integrazione europea, per passare successivamente a un intervento normativo in campo sociale.

⁵³³ Si veda sul punto, Comunicazione della Commissione, *Comunicazione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale*, 11 gennaio 2012, (2012/C 8/02) p. 2.1.2 che, riprendendo le evoluzioni giurisprudenziali sul punto, chiarisce come può considerarsi che un'entità agisca esercitando il potere d'imperio "qualora l'attività in questione è un compito che fa parte delle funzioni essenziali dello Stato o sia ad esse connessa per sua natura, per il suo scopo e per le norme cui essa è soggetta"; fra le diverse pronuncia sul punto, cfr. Corte giust., 18 marzo 1997, causa C-343/95, *Diego Cali*.

dalla Commissione) solo al fine di affermarne l'esclusione dall'applicazione delle norme del trattato in materia di mercato interno, concorrenza e aiuti di stato; più precisamente, veniva richiesta esclusivamente l'applicazione dei principi fondamentali, fra cui quello di non discriminazione in base alla nazionalità⁵³⁴.

L'esclusione di tali attività dal processo di integrazione, dovuta inizialmente al disinteresse delle Istituzioni europee concentrate sui settori propriamente economici, è successivamente dipesa anche dall'atteggiamento di "resistenza" degli Stati membri rispetto ai possibili effetti "assorbenti" che il periodo di massima spinta verso l'integrazione economica (coinciso con l'adozione dell'Atto Unico nel 1986) avrebbe potuto avere sulla *governance* di determinati settori di attività. Come è noto, infatti, gli Stati membri sono stati sempre particolarmente gelosi nella regolamentazione di servizi quali l'istruzione pubblica nazionale, i trattamenti pubblici in ambito sanitario e sociale e la previdenza sociale obbligatoria⁵³⁵.

Per inciso, e a fini chiarificatori, va ricordato che i servizi di interesse generale non economico o servizi non economici di interesse generale (d'ora in avanti, SNEIG) sono ricompresi - insieme ai SIEG forniti dalle grandi industrie di rete⁵³⁶ e agli altri servizi pubblici⁵³⁷ - nella più ampia categoria del servizio di interesse generale (d'ora in avanti, SIG)⁵³⁸.

Questa impostazione ha subito diversi mutamenti:

- in primo luogo si è ampliato il concetto di attività di rilevanza economica, di guisa che, alcune attività, prima ricondotte alla categoria del SNEIG (e quindi quasi del tutto esenti dall'applicazione del diritto europeo) sono poi state qualificate come SIEG (con conseguente applicazione – salvo eccezioni – della disciplina di mercato);
- si è avuta un'estensione dei c.d. principi fondamentali del diritto UE da applicare anche alle attività prive di rilevanza economica; essa ha ricompreso anche le libertà di circolazione (*infra*, v. par. 4.2);

⁵³⁴ Comm. Europea, "*Libro verde sui servizio di interesse generale*", cit. p. 33 s.

⁵³⁵ CORSO G., *op. ult. cit.*, p. 8.

⁵³⁶ Come sopra ricordato, si tratta dei servizi forniti dalle grandi industrie di rete, quali le telecomunicazioni, l'elettricità, il gas, i servizi postali e i trasporti, i quali - a partire dagli anni '80 - sono stati oggetto di discipline settoriali in virtù della loro chiara dimensione comunitaria e delle caratteristiche di scala.

⁵³⁷ Tali servizi, quali esemplificativamente la gestione dei rifiuti, l'approvvigionamento idrico o il servizio pubblico di radiodiffusione, sebbene non oggetto di uno specifico regime regolamentare a livello comunitario, per quanto riguarda la loro prestazione e la loro organizzazione, dovrebbero essere soggetti alle norme su mercato interno, concorrenza e aiuti di stato in virtù della nozione di "attività di rilevanza economica" sviluppata dalle Istituzioni UE (*infra*, par. 4 ss.).

⁵³⁸ Cfr. Comm. Europea, "*Libro verde sui servizio di interesse generale*", cit. p. 31 ss.

- l'ordinamento europeo ha inizialmente considerato anche i servizi privi di rilevanza economica.

Con riguardo a tale ultimo profilo, va detto come l'iniziale disinteresse per i SNEIG - coerente, come detto, con l'originaria e generale impostazione sulle politiche sociali⁵³⁹ - ha subito rilevanti mutamenti di indirizzo della Commissione nella prospettiva (ancora potenziale in verità) di riunire tutte le azioni in materia di servizi di interesse generale, comprese quelle riguardanti i servizi privi di rilevanza economica⁵⁴⁰.

Tali indirizzi vanno tuttavia letti alla luce del paragrafo 2 del Protocollo 26 allegato al Trattato di Lisbona, intitolato ai servizi di interesse generale, secondo cui "*Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare, e ad organizzare servizi di interesse generale non economico*". Questa disposizione, pur rinviando alla competenza degli Stati membri, costituisce tuttavia la prima disposizione di fonte primaria europea, ove direttamente si prendono in considerazione gli SNEIG, prima oggetto di considerazione esclusivamente in atti di *soft law*⁵⁴¹.

Questo processo di progressivo interessamento delle Istituzioni europee per i servizi pubblici distinti da quelli "classici" (a contenuto, cioè, economico-produttivo) può essere meglio descritto facendo specifico riferimento al settore dei servizi sociali.

3.1. Il caso dei servizi sociali di interesse generale.

I servizi sociali, in quanto tali, non sono menzionati dai trattati dato che, come ricordato, solo a partire dal 1992 hanno individuato obiettivi di politica sociale al fianco di quelli prettamente economici; dopo un accenno in un documento del 2001⁵⁴², il primo documento dal quale emerge un effettivo interesse della Comunità europea per i servizi

⁵³⁹ Sul punto si rinvia a GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 17 ss.

⁵⁴⁰ Comunicazione della Commissione, *Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa*, 20 dicembre 2011, COM/2011/900, cit., p. 2, è il documento in cui la Commissione per la prima volta accenna alla possibilità di riunire le azioni in materia di servizi di interesse generale. Sul punto si v. *infra* la ricostruzione specifica sui servizi sociali.

⁵⁴¹ Vi è in dottrina chi ritiene che tale disposizione sia stata sollecitata dalla "*potential application of the Treaty rules to SSGIs*"; si v. SZYSZCZAK E., *Introduction: Why Do Public Services Challenge the European Union?*, in SZYSZCZAK E., DAVIES J., ANDENAES M., BEKKEDAL T. (a cura di), *Developments in services of general interest*, L'Aia, 2011, p. 11.

⁵⁴² Relazione della Commissione per gli affari Costituzionali sul Consiglio Europeo di Laeken del 23 ottobre 2001. Sulla "prima fase" dell'interesse comunitario per i servizi sociali, cfr. MENICETTI E., *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in ALBANESE A., MARZUOLI C. (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003, pp. 79 ss.

sociali è il libro bianco sui servizi di interesse generale⁵⁴³ che ne sottolinea specificità⁵⁴⁴, importanza⁵⁴⁵ e, soprattutto, traccia le linee di indirizzo del settore⁵⁴⁶. Tali sollecitazioni portano a una comunicazione del 2006⁵⁴⁷, la prima espressamente dedicata ai “servizi sociali di interesse generale” (d’ora in avanti, SSIG) nell’Unione Europea, nella quale è evidente il tentativo di definire cosa si intende nell’UE con l’espressione servizio sociale.

Esclusi i servizi sanitari, che non rientrano nell’ambito della comunicazione, vengono individuate due categorie di attività riconducibili a tale locuzione:

1. *“i regimi obbligatori previsti dalla legge e i regimi complementari di protezione sociale, con vari tipi di organizzazioni (mutue o regimi professionali), che coprono i rischi fondamentali dell’esistenza”⁵⁴⁸;*
2. *“gli altri servizi essenziali prestati direttamente al cittadino (...) che svolgono un ruolo preventivo e di coesione sociale, forniscono un aiuto personalizzato per facilitare l’inclusione nella società e garantire il godimento dei diritti fondamentali”⁵⁴⁹.*

⁵⁴³ Comunicazione della Commissione, *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, 12 maggio 2004, COM(2004) 374, def.; cfr. sul punto, MOLASCHI V., *Servizi sociali*, cit., p. 280.

⁵⁴⁴ In particolare, p. 3.7 “il carattere personale di gran parte dei servizi sociali e sanitari determina dei requisiti che sono notevolmente diversi da quelli delle industrie in rete”.

⁵⁴⁵ “I servizi sociali di interesse generale svolgono un ruolo specifico in quanto parte integrante del modello europeo di società. I servizi sociali e sanitari di interesse generale, basati sul principio di solidarietà, si concentrano sulla persona e garantiscono che i cittadini possano beneficiare in maniera concreta dei propri diritti fondamentali e contare su un elevato livello di protezione sociale. Essi rafforzano inoltre la coesione sociale e territoriale. La fornitura, lo sviluppo e la modernizzazione di questi servizi contribuisce pienamente alla realizzazione degli obiettivi fissati dal Consiglio europeo di Lisbona nel marzo 2000 e in particolare dell’obiettivo di creare una sinergia proficua tra politiche economiche, sociali e occupazionali”.

⁵⁴⁶ “La Commissione è dell’avviso che sia utile sviluppare un approccio sistematico al fine di identificare e riconoscere le caratteristiche specifiche dei servizi sociali e sanitari di interesse generale e chiarire il quadro nell’ambito del quale essi possano essere gestiti e modernizzati”.

⁵⁴⁷ Comunicazione della Commissione, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d’interesse generale nell’Unione europea*, 26 aprile 2006, COM(2006)177def. Si veda anche il documento allegato a tale Comunicazione, nel quale si prova fornire una “broad picture” del settore in questione, utilizzando a tale scopo i dati che gli Stati membri hanno fornito per la predisposizione della Comunicazione.

⁵⁴⁸ Nella comunicazione si richiamano i servizi connessi alla salute, alla vecchiaia, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, al pensionamento e alla disabilità.

⁵⁴⁹ “Essi comprendono, in primo luogo, l’assistenza ai cittadini confrontati a difficoltà personali o a momenti di crisi (ad esempio indebitamento, disoccupazione, tossicodipendenza, disgregazione del nucleo familiare). In secondo luogo, comprendono attività miranti a garantire che gli interessati possano essere completamente reinseriti nella società (riqualificazione e formazione linguistica per gli immigrati) e in particolare nel mercato del lavoro (formazione e reinserimento professionale). Questi servizi completano e sostengono il ruolo delle famiglie nelle cure destinate in particolare ai giovanissimi e agli anziani. In terzo luogo, rientrano nell’ambito di questi servizi le attività che favoriscono l’integrazione delle persone con esigenze a lungo termine a motivo di una disabilità o di un problema sanitario. Infine, in quarto luogo, sono compresi anche gli alloggi popolari, che permettono alle persone socialmente svantaggiate o meno avvantaggiate di ottenere un alloggio. Alcuni servizi possono ovviamente comprendere tutte e quattro le dimensioni”.

A distanza di poco più di un anno, la Commissione adotta una nuova comunicazione⁵⁵⁰, avente a oggetto i servizi di interesse generale, ma con ampio spazio (già dal titolo) dedicato ai SSIG⁵⁵¹; essi, tuttavia, non vengono qualificati come una categoria giuridica autonoma, distinta da quella dei SIG⁵⁵².

Dalla lettura di queste due comunicazioni emerge, con chiarezza, come la Commissione colga con precisione quali siano le caratteristiche peculiari dei servizi sociali⁵⁵³; in altre parole, essa appare pienamente consapevole delle peculiarità e delle diverse esigenze che caratterizzano tali attività rispetto ai servizi pubblici classici su cui era stata costruita e sviluppata la categoria del SIEG e tutti gli istituti a questa affini (OPS, compensazione, servizio universale, etc.)

⁵⁵⁰ Comunicazione della Commissione, I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo, 20 novembre 2007, COM(2007) 725, def. che accompagna la comunicazione, *Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo*.

⁵⁵¹ Si veda SZYSZCZAK E., 2013, *Soft Law and Safe Havens*, in NEEGARD U., SZYSZCZAK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, pp. 317-345, sul ruolo che i documenti di *soft law* hanno avuto quale fondamentale strumento cui la Commissione è ricorsa per favorire un processo di europeizzazione dei SSIG che, come ricordato, ha sempre dovuto affrontare una particolare ritrosia degli Stati membri a cedere competenze di cui erano particolarmente gelosi. Ai documenti richiamati va aggiunto il parere del Comitato economico e sociale sul tema “*I servizi sociali privati senza scopo di lucro nel contesto dei servizi di interesse generale in Europa*”, (2001/C311/08). In questo documento vengono manifestate delle preoccupazioni per l'applicazione delle regole del mercato al cd. ‘privato sociale’ in considerazione del ruolo che tali soggetti svolgono nell'organizzazione dei servizi sociali a livello nazionale; si tratta di istanze che, come si vedrà, sono state in parte considerate dal legislatore europeo negli interventi più recenti. La necessità di considerare la peculiarità degli operatori del terzo settore, i quali agiscono secondo logiche differenti da quelle tradizionali di impresa, è stata manifestata anche dal Parlamento europeo in una risoluzione del 14 marzo 2007 (2006/2135, INI).

⁵⁵² Come osservato da GRONDEN VAN DE J.W., *Social Services*, cit., p. 125 “*The term SSIG is used only policy document of the Commission and not in primary and secondary Eu law. Treaty provision do not mention SSIG and EU harmonization measure such as the Service Directive do not pay attention*”. Occorre, inoltre, sottolineare come, nel sub-settore regolativo delle libertà fondamentali la nozione di SSIG è ancora poco diffusa ed è più comune il riferimento all'espressione “servizi sociali”. Sul punto si rinvia alle più ampie riflessioni contenute nel par. 2.3, riguardanti i SIEG in generale; sulla questione si veda anche NEEGARD U. *op. ult. cit.*, p. 240 ss.

⁵⁵³ In particolare:

- si tratta di norma di servizi motivati dal principio di solidarietà, fortemente dipendenti dal finanziamento pubblico, necessario in particolare in caso di mancata selezione dei rischi o in caso di mancanza, a livello individuale, di un'equivalenza fra versamenti e prestazione;
- sono servizi orientati sulla persona, destinati a rispondere a esigenze umane essenziali, in particolare quelle di soggetti in situazioni di vulnerabilità, essenziali per la salvaguardia dei diritti umani fondamentali e della dignità umana;
- hanno un carattere globale e personalizzato, concepito e realizzato in maniera integrata e si basano spesso su un rapporto personale tra ricevente e prestatario; inoltre, data la vulnerabilità degli utenti, questo rapporto è spesso caratterizzato da una relazione asimmetrica fra i due soggetti, ben diversa dalla relazione commerciale tra fornitore e consumatore;
- è opportuno che i prestatori, ai quali va riservata ampia autonomia per poter rispondere alla varietà e all'evolversi delle esigenze sociali, siano prossimi all'utente in modo da assecondare il forte radicamento dei servizi sociali connesso con tradizioni culturali locali.
- i prestatori senza scopo di lucro e i volontari, espressione delle capacità della cittadinanza, svolgono un ruolo importante nella fornitura dei servizi in questione.

Tuttavia, dopo averne evidenziato le specifiche caratteristiche, la Commissione non solo nega che essi costituiscano una categoria giuridica distinta nell'ambito dei SIG⁵⁵⁴, ma arriva a sostenere che, in virtù del processo di modernizzazione⁵⁵⁵ che sta attraversando i servizi sociali, “*un numero sempre maggiore di attività svolte quotidianamente dai servizi sociali vadano a rientrare nel campo di applicazione del diritto comunitario, nella misura in cui sono considerati a carattere economico*”⁵⁵⁶. In tal modo, la considerazione del carattere economico per qualificare l'attività oggetto dei SSIG, che dalle prime affermazioni della comunicazione sembrava relegata in una posizione secondaria, riacquista una funzione da protagonista.

Pertanto, può osservarsi come l'ordinamento eurounitario non consideri i SSIG una categoria autonoma, ma una sottocategoria dei SIG che, a seconda del carattere economico o meno dell'attività in cui si concretizzano, può essere ricondotta fra i SIEG o fra i SNEIG con l'applicazione della diversa disciplina cui si è fatto riferimento⁵⁵⁷. A differenza dell'impostazione tradizionale sviluppatasi nel contesto nazionale, nel diritto UE - piuttosto che il carattere “sociale” in sé considerato - è il carattere economico o meno dell'attività che ne determina la regolazione.

Da quanto sinora detto, emerge che il diritto europeo sembrerebbe non ‘valorizzare’ - pur considerandone la rilevanza - le peculiarità sociali dei servizi in questione allo scopo della loro regolazione; non li considera, infatti, meritevoli di una disciplina autonoma che risponda a una logica totalmente avulsa dalle regole del mercato. L'ordinamento collega, infatti, l'applicazione di un determinato regime giuridico esclusivamente al carattere economico o meno del tipo di attività e alle specifiche modalità della loro organizzazione; detto altrimenti, di primo acchito è la determinazione del carattere economico dell'attività

⁵⁵⁴Tale atteggiamento viene criticato, in quanto contraddittorio, in dottrina; sul punto si v. GUIGLIA *op. ult. cit.*, p. 480.

⁵⁵⁵La Commissione, pur consapevole delle ineludibili differenze nelle modalità organizzative adottate dai diversi Stati membri, individua i principali aspetti di questo processo di modernizzazione. In particolare, la crescente decentralizzazione a livello locale, l'esternalizzazione della gestione dal settore pubblico (che si trasforma in regolatore) al settore privato, l'affermarsi di soluzioni di partenariato pubblico/privato e di forme di finanziamento complementari a quello pubblico e più in generale novità nelle modalità di organizzazione, fornitura e finanziamento dei servizi sociali.

⁵⁵⁶Sul punto si vedano le comunicazioni della Commissione da ultimo richiamate; in particolare p. 2.3 di quella del 2007, ma in termini simili p. 1.3. di quella del 2006; cfr., sull'argomento, MOLASCHI V., *op. ult. cit.*, pp. 378 ss. e GUIGLIA G., *I servizi sociali nel processo di integrazione europea*, cit., pp. 20 ss.

⁵⁵⁷NEERGAARD *op. ult. cit.*, p. 210 ss. chiarisce il rapporto fra queste categorie utilizzando gli schemi del diritto di famiglia. L'autrice considera i SIG il capostipite con due figli: i SIEG e i SNEIG; i SSIG, definiti ‘*newborn baby*’, discendono da queste ultime due categorie, a seconda che consistano in attività economiche o non economiche.

l'aspetto immediato su cui occorre concentrarsi per decidere se applicare o meno le norme di regolazione economica: questa è la valutazione "dominante".

Tale considerazione, tuttavia, non è assoluta ma relativa: il carattere sociale dell'attività assume, infatti, rilevanza in determinate circostanze⁵⁵⁸. Talvolta ciò accade *ex ante*, quando cioè incide sulla valutazione volta ad accertare il carattere economico di un'attività; si fa riferimento, ad esempio, al sub-settore del diritto della concorrenza in cui la CGUE sembra aver sviluppato criteri diversi per qualificare un'attività come economica, a seconda dei profili (più o meno spiccati) di socialità/solidarietà dell'attività⁵⁵⁹.

Di norma, invece, le peculiarità dei servizi sociali assumono rilevanza discrezionale nella fase successiva, quella cioè volta a valutare la possibilità di poter beneficiare delle diverse esenzioni dall'applicazione delle regole di mercato previste dall'ordinamento. Ciò avviene in una duplice direzione: da un lato, quando il "fine sociale" dell'attività concretizza quella "ragione di interesse generale" che giustifica la deroga al Trattato; dall'altro, quando le peculiarità dei servizi sociali e la rilevanza dei beni ad essi sottostanti sembrano venire in considerazione per giustificare una maggiore flessibilità nel ritenere legittime deroghe al diritto dei trattati⁵⁶⁰.

Tale profili verranno approfonditi nelle successive parti della ricerca. Anticipando i risultati cui si giungerà, può dirsi che, nel complesso, l'attuale atteggiamento delle Istituzioni europee nei confronti di tali servizi sembra di particolare prudenza, denotando quasi una sorta di deferenza per le politiche statali di *welfare*.

Tuttavia, dato che tale approccio nei confronti dei servizi sociali e socio-sanitari non implica la loro completa esclusione dall'applicazione delle norme del Trattato finalizzate alla creazione di un libero mercato concorrenziale, la difficoltà sta proprio nell'individuare il corretto punto di equilibrio oltre il quale l'applicazione del diritto europeo si riveli controproducente rispetto agli obiettivi di politica sociale, il cui perseguimento fonda gli spazi di libertà riconosciuti agli Stati membri.

4. Diverse sfumature della "rilevanza economica" di un'attività come nozione che fonda l'applicazione della regolazione del mercato.

Definire con precisione il concetto di attività di rilevanza economica è uno dei passaggi cruciali per individuare la giustificazione dell'intervento della regolazione

⁵⁵⁸ In termini simili, MOLITERNI A., *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, cit., 89 ss.

⁵⁵⁹ Si v. *infra*, par. 4.1.

⁵⁶⁰ *Infra*, par. 6 ss. e cap. III, par. 4.1.2.

europea su una determinata attività: l'assenza di un carattere economicamente rilevante giustificerebbe, infatti, il ri-espandersi della competenza degli Stati in modo quasi illimitato.

Come accennato, la nozione di attività di rilevanza economica possiede contorni non necessariamente coincidenti nel sistema di regolazione del mercato interno e nel sistema di regolazione della concorrenza⁵⁶¹.

In entrambi i casi, si è partiti da una nozione funzionalista, e non soggettivistica, di attività di rilevanza economica; ciò per evitare che una ricostruzione in termini formali (la natura giuridica del soggetto) e non sostanziali della nozione, permettesse facili elusioni da parte degli Stati⁵⁶².

Ulteriore tratto comune ai due subsistemi, sempre con riguardo alla nozione di attività economicamente rilevante, attiene al carattere dinamico della loro evoluzione⁵⁶³ e alla irrilevanza, allo scopo della qualificazione, dell'interesse perseguito da parte dell'attore; l'assenza del fine di lucro fra le caratteristiche soggettive di chi svolge l'attività non è, infatti, sufficiente a evitare la qualificazione di un soggetto come operatore economico/impresa.

Più dubbia è la rilevanza della fonte (pubblica o privata) di finanziamento allo scopo della suddetta qualificazione⁵⁶⁴.

⁵⁶¹D'altronde, è tipico dell'ordinamento europeo non appiattirsi su definizioni "formali" ma adottare un approccio sostanziale e funzionale teso, di volta in volta, ad adattare i concetti al contesto di riferimento al fine, di norma, di estendere l'effetto utile del diritto europeo. Il caso dell'organismo di diritto pubblico e del requisito delle "esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale" necessario per il configurarsi di tale categoria ne è esempio paradigmatico: tale requisito è stato interpretato in senso estensivo al fine di assicurare la più ampia estensione dell'applicazione della disciplina sui contratti pubblici, sull'argomento, si veda LIBERTINI M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008, pp. 1201 ss.

⁵⁶² Cfr. SZYSZCZAK E., *Public service Provision In Competitive Markets*, cit., p. 39-40: "A significant feature of the EC Treaty is that it is characterized by a marked lack of formalism. This has enabled the Court of Justice to employ a functional approach in interpreting the reach of Community law by focusing upon effects on the market rather than legal form".

⁵⁶³ Cfr. sul punto, Comunicazione della Commissione, *Libro verde sui servizio di interesse generale*, cit.; si veda anche Corte cost. n. 72/2004, p.4.

⁵⁶⁴ Di norma la Corte afferma l'irrilevanza delle modalità di finanziamento ai fini della nozione di impresa (Corte giust., 23 aprile 1991, causa C- 40/91, *Hofner e Elser c. Macrotron*; Corte giust., 22 gennaio 2001, causa C-41/90, *Cisal*). In alcune pronunce nel settore dell'istruzione, tuttavia, il finanziamento pubblico di un servizio è uno degli indici utilizzati per escludere la natura economica dell'attività, e quindi l'applicazione delle disposizioni sulle libertà di movimento; si vedano Corte giust., 18 dicembre 2007, causa C-281/06, *Jundt*, cit., p. 30; Corte giust., 7 dicembre 1993, causa C-109/92, *Jundt*; Corte giust.; 27 settembre 1988, causa C C-263/86, *Humble*. Si tratta, tuttavia, di pronunce che riguardano un settore particolare, per il quale si rinvia a NISTOR. L., *Public Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, L'Aia, 2011 e, soprattutto, a DAVIES G., *Welfare as a Service*, cit., p. 27. L'Autore da ultimo citato, mettendo a confronto la pronuncia *Humble* con quella *Smits and Peerbooms* (Corte giust., 12 luglio 2001, causa C-157/99) in tema di prestazioni sanitarie, osserva come le diverse conclusioni cui giunge la Corte non siano supportate da un adeguato ragionamento giuridico. Egli, pertanto, tenta di ricostruire le

Se dai tratti comuni si passa a evidenziare i fattori di differenza nella qualificazione dell'attività di rilevanza economica nei due sub sistemi, occorre subito rilevare che è la remunerazione quello di maggiore differenziazione⁵⁶⁵.

4.1. (Segue) Nel diritto della concorrenza.

Nel caso del diritto della concorrenza il ruolo della remunerazione, allo scopo della qualificazione dell'attività come economica, è elemento preliminare di una successiva operazione logica di tipo induttivo, finalizzata all'individuazione di un mercato anche potenziale o, addirittura, ipotetico. A differenza di quanto avviene nel diritto del mercato interno (*infra*), non basta il singolo scambio che implica remunerazione, ma occorre che tale scambio sia inserito in un contesto organizzato e relazionale in cui tale scambio si svolge: vale a dire il mercato (anche potenziale o ipotetico)⁵⁶⁶.

Infatti, dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia emerge che, al fine di individuare il carattere economico di un'attività per la rilevanza del sistema *antitrust*, è richiesta la presenza cumulativa di due condizioni⁵⁶⁷. E cioè che:

- 1) sia presente un soggetto che offra beni e servizi, agendo autonomamente e cioè assumendosi il rischio economico e finanziario d'impresa. Tale condizione è, tuttavia, necessaria, ma non sufficiente per aversi un'attività economica⁵⁶⁸;

differenze strutturali fra i due settori che potrebbero giustificare i diversi ragionamenti seguiti dalla Corte: in primo luogo il legame fra chi paga la prestazione e il suo destinatario è più stretto nel sistema sanitario; in secondo luogo nel settore sanitario è più facile ricondurre un determinato pagamento a una specifica prestazione erogata; infine, i pagamenti nel settore dell'istruzione sembrano “*more internal to a single system*”.

⁵⁶⁵Per Corte giust., 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, cit., p. 58, “*la caratteristica essenziale della retribuzione va rintracciata nella circostanza che essa costituisce il corrispettivo economico della prestazione considerata*”.

⁵⁶⁶ODUDU O., *Economic Activity as a Limit to Community Law*, in BERNARD C., ODUDU O. (a cura di), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, 2009, p. 232, mette in risalto la differenza di approccio tra il settore delle libertà fondamentali, dove di norma viene ritenuta sufficiente la presenza di una remunerazione, e il settore della concorrenza, dove, per considerare un'attività come economica, sembrerebbe necessaria la possibilità di raggiungere un profitto; detto altrimenti, oltre all'offerta è necessario che esista, in atto o in potenza, una situazione di mercato, cioè la possibilità di svolgere in concorrenza - al fine di trarre un profitto - una determinata attività. Da qui la possibilità che ad alcune attività si applichino le disposizioni sulla libertà di circolazione ma non quelle sulla concorrenza. Sull'argomento, si veda anche GALLO D., *I servizi di interesse economico generale*, cit., p. 331-332 e SAUTER W., SCHEPEL H., *State and market*, cit., p. 81-82.

⁵⁶⁷Cfr. GALLO D., *op. ult. cit.*, p. 264.

⁵⁶⁸Vi sono stati tentativi di superare la necessità di questa condizione che però non sono stati accolti dalla Corte. Si fa riferimento in particolare alle conclusioni dell'avvocato generale Jacobs del 27 ottobre 2005, relative alla causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, p. 78 dove si afferma che “*un ente deve essere qualificato come impresa ai fini della normativa comunitaria sulla concorrenza non solo quando offre beni e servizi sul mercato, ma anche quando esercita altre attività che hanno natura economica e che potrebbero distorcere un mercato concorrenziale. Come ho suggerito in precedenti conclusioni, nel valutare se un'attività abbia natura economica, il criterio fondamentale deve consistere nello stabilire se essa, almeno in*

2) tale attività si svolga all'interno di "un determinato mercato" ove non è sempre del tutto chiaro cosa la Corte intenda con tale sintagma.

Nella misura in cui è stata ritenuta insufficiente una nozione eccessivamente pervasiva, ancorché "residuale", di attività economica sviluppata, per la prima volta, nel caso *Hofner* (è tale una attività se essa non è sempre stata, né deve necessariamente essere svolta, da enti pubblici)⁵⁶⁹, la Corte si è assestata sulla posizione giusta la quale un'attività è economica se, anche solo potenzialmente, l'offerta di beni e servizi può essere svolta in un contesto di mercato⁵⁷⁰. Posizione ben esplicitata dall'avv. Maduro secondo il quale "quel che rileva non è il semplice fatto che l'attività possa essere, teoricamente, esercitata da operatori privati, bensì il fatto che l'attività venga svolta in condizioni di mercato. Tali condizioni sono caratterizzate da un comportamento finalizzato ad un obiettivo di capitalizzazione, in contrapposizione al principio di solidarietà"⁵⁷¹.

linea di principio, possa essere svolta da un'impresa privata a scopo di lucro". Nel caso di specie si trattava di decidere se una fondazione bancaria, alla luce dell'attività svolta, andasse qualificata come impresa; la CGUE risolve la questione affrontandola da un punto di vista diverso, che tiene ferma l'interpretazione secondo cui l'attività d'impresa non può prescindere dall'offerta di beni e servizi sul mercato. Nel caso di specie, la Corte invita, infatti, il giudice nazionale a distinguere a seconda che l'attività della fondazione consista nel "semplice possesso di partecipazioni, anche di Controllo (...) quando tale possesso (dia) luogo soltanto all'esercizio dei diritti connessi alla qualità di azionista o socio nonché, eventualmente, alla percezione dei dividendi, semplici frutti della proprietà di un bene" o, viceversa, vi sia "un soggetto che, titolare di partecipazioni di controllo in una società, eserciti effettivamente tale controllo partecipando direttamente o indirettamente alla gestione di essa, deve essere considerato partecipe dell'attività economica svolta dall'impresa controllata".

⁵⁶⁹Corte giust., 23 aprile 1991, causa C-40/91, *Hofner e Elser c. Macrotron*, cit.; sembra nella sostanza analogo il riferimento di molti Avv. generali alla possibilità che l'attività possa essere svolta dai privati a scopo di lucro, cioè per raggiungere un profitto: si vedano in particolare le conclusioni Tesauro del 10 novembre 1993, relative alla causa C-364/92 *Eurocontrol*, p. 9 e quelle dell'Avv. Generale Jacob del 22 maggio 2003, relative alle cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01, *AOK- Bundesverband e a.*, p. 27 secondo cui "Nel valutare se un'attività abbia natura economica, il criterio fondamentale a mio giudizio consiste nello stabilire se, almeno in linea di principio, possa essere svolta da un'impresa privata a scopo di lucro. Se non vi è alcuna possibilità che un'impresa privata eserciti una data attività, non vi sarà motivo di applicare ad essa le norme sulla concorrenza". Cfr. ODUDU O., *op. ult. cit.*, pp. 231-233 il quale ritiene che tali ragionamenti degli Avv. Generali siano da ricondurre, quanto al loro fondamento giuridico, nella pronuncia *Hofner*. Sono pienamente condivisibili sul punto le riflessioni dell'Avv. Generale Maduro del 10 novembre 2005, relative alla causa C-205/03, *FENIN c. Commissione*, p. 12, secondo cui se "applicato alla lettera, il suddetto criterio comparativo permette di includere qualunque attività nella sfera di applicazione del diritto della concorrenza. In effetti, quasi tutte le attività potrebbero essere svolte da operatori privati. In tal senso, nulla osta a che, in teoria, la difesa di uno Stato venga delegata, e di ciò esistono esempi storici"; in termini simili anche SAUTER W., SCHEPEL H., *op. ult. cit.*, p. 82.

⁵⁷⁰Fra le tante che pronunce che si esprimono in tali termini, si vedano Corte giust., 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, *PavelPavlov cit.*, p. 75; Corte giust., 24 ottobre 2002, causa C-82/01, *Aeroporti Parigi c. Commissione*, p. 79; Corte giust., 12 dicembre 2006, causa T-155/04, *SELEX* p. 61. Interessante sul punto anche la pronuncia del Tribunale, 26 giugno 2008, causa T-442/03, *SIC*, p. 157 secondo cui "Orbene, benché sia vero che il servizio pubblico di radiodiffusione è considerato come un SIEG e non come un servizio di interesse generale non economico, occorre tuttavia rilevare che tale qualifica di SIEG si spiega più con l'impatto che la radiodiffusione del servizio pubblico produce, de facto, sul settore, peraltro concorrenziale e commerciale, della trasmissione radiotelevisiva, piuttosto che con una pretesa dimensione commerciale della radiodiffusione del servizio pubblico".

⁵⁷¹Avv. Generale Maduro conclusioni del 10 novembre 2005 relative alla causa C-205/03, *FENIN*, p. 13.

Con tale criterio si può ipotizzare la presenza di un mercato ipotetico anche quando, attualmente, non vi è apparentemente spazio per la concorrenza⁵⁷².

L'utilizzo di questo approccio "astratto", "comparativo" o "funzionale" è stato finalizzato a impedire che l'assenza di concorrenza effettiva in un mercato, causata dal comportamento di un qualunque soggetto pubblico e privato, potesse indurre a sottrarlo automaticamente alla sfera di applicazione del diritto della concorrenza⁵⁷³.

Vi sono stati alcuni settori (in particolare nei SIEG classici) in cui quest'approccio astratto (comparativo, o funzionale) è stato applicato in maniera rigorosa; questo ha permesso un'ampia estensione del concetto di rilevanza economica e quindi l'applicazione delle regole del Trattato; esso ha, di fatto, costituito uno degli strumenti utilizzati dalla Corte per "scardinare" i monopoli nazionali (vedi *supra*).

Si è arrivati persino al paradosso (apparente) di poter prescindere dall'esistenza attuale di un fine di lucro e dalla redditività dell'attività per qualificare un'attività come economica se essa è in grado, anche potenzialmente, di distorcere la concorrenza⁵⁷⁴. In realtà, viene osservato in dottrina, come anche in questi casi, la finalità lucrativa non scompare completamente, ma rimane "parte integrante" della valutazione astratta in cui si sostanzia uno degli elementi della nozione di economicità⁵⁷⁵. Il fine lucrativo (attuale o solo

⁵⁷² SAUTER W., SCHEPEL H. *op. ult. cit.*, p. 82, secondo cui il criterio astratto/funzionale è utile in quei casi (ad esempio quando lo Stato membro ha concesso un diritto esclusivo) in cui "*it is not actual competition or even potential competition that is relevant, but hypothetical competition*". La domanda da porsi, pertanto, non è se un soggetto, nel momento in cui se ne osserva la sua attività, sia o meno coinvolto in un'attività economica, ma "*whether the entity's specific and individual activity at issue is to be considered economic*" (p. 80). La ratio di tale criterio è chiaramente di evitare che l'ambito applicativo delle norme sulla concorrenza sia influenzato da scelte di politica economica degli Stati; si veda GRONDEN VAN DE J. W., *Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?*, in *ECLR*, 2004, pp. 87 ss p. 87-88.

⁵⁷³ Avv. Maduro conclusioni relative alla causa C-205/03, *FENIN*, *cit.*, p. 12. La ratio di tale criterio è, pertanto, coincidente, per un verso, con il criterio dell'investitore privato in materia di partecipazioni statali (Cfr. GALLO D. *op. ult. cit.*, p. 270 ss), per l'altro, con la teoria dell'effetto utile che ha portato a estendere l'applicazione delle norme sulla concorrenza (art. 101 e 102 TFUE) anche agli Stati (Conclusioni Avv. Jacobs del 27 ottobre 2005, relative alla causa C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, p. 79).

⁵⁷⁴ Corte giust., 1 luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, p. 27 e 28; Corte giust., 12 dicembre 2006, causa T-155/04, *SELEX* p. 77 e Corte giust., 26 marzo 2009, causa C-113/07, p. 114 ss., *Selex Sistemi Integrati*; Corte giust., 10 gennaio 2006, causa C-222/04, *Cassa di risparmio Firenze*, p. 23; Corte giust., 16 novembre 2005, causa C-244/94, *FFSA*, p. 21; Corte giust., 29 ottobre 1980, cause riunite da C-209/78 a C-215/78 e C-218/78, *Van Landewyck*, p. 88);

⁵⁷⁵ Cfr. GALLO D., *op. ult. cit.*, p. 272-273 secondo cui "*un conto è indagare le caratteristiche dell'attività svolta dall'impresa, considerata in sé e per sé, un altro è compararla con identiche attività esercitate, in atto o in potenza, da altri soggetti. Nel primo caso, la presenza o l'assenza del fine di lucro non consentono per se né di configurare né di negare il carattere economico di un'attività. Nel secondo caso, il discorso è diverso: lo scopo di lucro rileva come elemento decisivo qualora esso caratterizzi il comportamento di soggetti concorrenti*". La bontà di questo ragionamento sembra confermata da Corte giust., 1 luglio 2008, causa C-49/07, *MOTOE*, *cit.*, p. 27 e 28, secondo cui "*In merito all'incidenza che su tale qualificazione può avere il fatto che l'ELPA non persegue scopi di lucro, occorre rilevare che (...) la Corte ha precisato che la circostanza che l'offerta di beni e servizi sia fatta senza scopo di lucro non osta a che l'ente che effettua tali operazioni sul mercato vada considerato come un'impresa, poiché tale offerta si pone in concorrenza con*

potenziale), infatti, rileva nel momento in cui si deve valutare se, con riguardo a una determinata attività, è anche in astratto ipotizzabile l'esistenza di un relativo mercato (e quindi la ipotetica concorrenza): è logico che la presenza di altri soggetti, che in linea di principio potrebbero intervenire per svolgere quell'attività, è ipotizzabile solo se quella attività è esercitabile da un'impresa con l'obiettivo di realizzare un profitto⁵⁷⁶.

Come anticipato, quest'approccio è stato, in maniera più cauta, applicato nel settore sociale e sanitario (istruzione, sanità e servizi sociali in senso ampio); in questo caso non è stato ritenuto sufficiente il test di potenzialità astratto e comparativo (l'individuazione dell'"ipotetico mercato") ma quasi sempre un test "concretizzato" con riferimenti a indici empirici.

In questo settore, tranne rare eccezioni⁵⁷⁷, la CGUE ha utilizzato un approccio diverso, prendendo in considerazione elementi specifici, emergenti dal caso concreto, e non si è limitata a valutare se, in astratto, vi fosse un mercato potenziale nel quale l'attività potesse essere esercitabile⁵⁷⁸.

Questo approccio definito "*concrete test*", è basato su "*actual circumstances, especially on the role that the principle of solidarity plays, whether the activities concerned have an economic nature and therefore fall within the scope of Arts 81 and 82 EC. The question has to be addressed whether elements of competition or elements of*

quella di altri operatori che perseguono uno scopo di lucro. Tale è il caso delle attività esercitate da una persona giuridica come l'ELPA. Il fatto che la MOTOE, ricorrente nella causa principale, sia essa stessa un'associazione senza scopo di lucro, in quest'ottica, è ininfluyente in ordine alla qualificazione come impresa di una persona giuridica quale l'ELPA. Da un lato, non è escluso che esistano in Grecia, oltre alle associazioni la cui attività consiste nell'organizzazione e nell'esercizio commerciale delle gare motociclistiche senza perseguire uno scopo di lucro, associazioni che esercitino tale attività perseguendo uno scopo siffatto e che siano quindi in concorrenza con l'ELPA. Dall'altro, associazioni senza scopo di lucro, che offrono beni o servizi su un mercato determinato, possono trovarsi reciprocamente in posizione di concorrenza. Infatti, il successo o la sopravvivenza economica di tali associazioni dipende, a lungo termine, dalla capacità di queste ultime di imporre, sul mercato in questione, le prestazioni che esse offrono, a detrimento di quelle proposte dagli altri operatori".

⁵⁷⁶ Ancora una volta utili chiarimenti nelle parole dell'Avv. Generale Maduro al pt. 14 delle conclusioni del 10 novembre 2005 relative alla causa C-205/03, *FENIN*, cit.: "E' nel suddetto contesto che vanno letti i riferimenti della giurisprudenza alla possibilità di commettere violazioni del diritto della concorrenza come argomento (non comunque decisivo) per qualificare un ente in termini di impresa. Anche se non viene perseguito alcuno scopo di lucro, può esservi una partecipazione al mercato suscettibile di mettere in discussione gli obiettivi del diritto della concorrenza. Dalla giurisprudenza della Corte non risulta che tale criterio sarebbe sufficiente a dimostrare lo status di impresa, ma rafforza la conclusione che il diritto della concorrenza deve trovare applicazione".

⁵⁷⁷ Corte giust., 25 ottobre 2001, causa C- 475/99, *AmbulanzGlockner*, cit., p. 19; sul punto si veda COSTAMAGNA F., *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011, pp. 28-29.

⁵⁷⁸ COSTAMAGNA F., *op. ult. cit.*, p. 27; GALLO D., *op. ult. cit.*, p. 285 ss.; KRAJEWSKI M., FARLEY M., *Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case*, in *ELR*, 2004, p. 845; GRONDEN van de J.W., *Purchasing Care*, cit., pp. 88 ss.

*solidarity prevail. Competition and solidarity are two sides of the same coin*⁵⁷⁹. In tale valutazione gioca, quindi, un ruolo cruciale il principio di solidarietà veicolato da indici prognostici individuabili, induttivamente, dal caso concreto: tali indici variano da (sub) settore a (sub) settore⁵⁸⁰.

In altri termini, mentre nell'approccio astratto si parte dal mercato e la sua presenza, anche solo ipotetica o potenziale, è sufficiente per l'applicazione del sistema di regolazione economica, nei settori sociali l'itinerario logico sembrerebbe capovolto; come messo in evidenza, anziché dal mercato potenziale si parte dall'esistenza in positivo di elementi che vanno nel senso della presenza di "indici di solidarietà" per arrivare a escludere, nel caso di una loro prevalenza, l'applicazione della disciplina sulla concorrenza⁵⁸¹.

Le attività che l'ordinamento europeo considera storicamente prive di rilevanza economica, oltre quelle riconducibili a prerogative dei pubblici poteri, sono, pertanto, quelle incentrate sul principio di solidarietà che si pongono in contrapposizione a quelle finalizzate a un obiettivo di capitalizzazione: non avrebbe, del resto, alcun senso introdurre esigenze concorrenziali in settori che non presentano la caratteristica di un mercato⁵⁸². In

⁵⁷⁹BELHAJ S., GRONDEN VAN DE J. W., *Some Room For Competition Does Not Make a Sickness Fund An Undertaking. Is EC Competition Law Applicable to the Health Care Sector?*, in *ECLR*, 2004, p. 683.

⁵⁸⁰ Con riguardo ai servizi di protezione sociale che coprono i rischi fondamentali dell'esistenza (la prima delle due categorie di servizi sociali individuate dalla Commissione nella comunicazione del 2006, vedi *supra* par. 3.1), pur in assenza di un'elencazione coerente ed esaustiva (cfr. MONTI G., *Servizi pubblici e concorrenza*, in FERRARI E. (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, 2007, p. 211) si possono ricavare dalla giurisprudenza alcuni elementi che risultano decisivi nella qualificazione dell'attività, quali il principio di solidarietà e la sottoposizione dell'attività al controllo statale, mentre altri (quali la funzione sociale perseguita dal soggetto, l'assenza di scopo di lucro e il requisito dell'iscrizione obbligatoria) benché presi più volte in considerazione, sono solo sussidiari; sul punto di veda Comunicazione della Commissione, *Comunicazione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di SIEG*, 11 gennaio 2012, (2012/C 8/02), cit., per un'ampia trattazione del rapporto fra questi regimi di protezione sociale e le regole della concorrenza si rinvia a RICCI G., DI VIA L., 2007, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in SCIARRA S. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna; BALANDI G.G., *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza tra conflitto e cooperazione: prima ricognizione alla periferia del tema*, in *AA. VV.*, *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, Padova, 2005; GIUBBONI S. *Solidarietà e concorrenza*, cit.

⁵⁸¹Cfr. RICCI G., DI VIA L., *op. ult. cit.*, p. 49 che distinguono fra *test di imprenditorialità e test di solidarietà*; DRIGUEZ L., *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, 2006, p. 250; cfr. anche MOLITERNI A., *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, cit., 2015, 89 ss., secondo cui "il concetto di solidarietà, spogliatosi della tradizionale connotazione teleologica o ideale, ha assunto un'accezione prevalentemente «tecnica», venendo ad essere legato alle specifiche modalità di funzionamento economico di un dato settore, tali da giustificare l'eccezionale esenzione dall'applicazione delle regole di concorrenza".

⁵⁸² Sempre l'Avv. Maduro nelle conclusioni relative alla causa C-205/03, *FENIN*, p. 27 "Non avrebbe certo alcun senso introdurre esigenze concorrenziali in settori che non presentano le caratteristiche di un mercato. Ciò potrebbe voler significare costringere gli Stati membri a giustificarsi sistematicamente nell'ottica dell'art. 86, n. 2, CE e corrisponderebbe ad un'estensione illimitata dell'ambito di applicazione della sfera di concorrenza. Soprattutto, lo Stato non agisce principalmente come un operatore di mercato, poiché uno dei suoi compiti precipui consiste nell'attuazione di meccanismi di redistribuzione. In questo ambito, essendo dettata unicamente da un fine solidaristico, l'azione dello Stato è estranea alla logica del mercato. Essa è

conclusione - nei settori ibridi, ove in maniera più evidente si intersecano “sociale e mercato” - per determinare quando una attività è di rilevanza economica allo scopo dell’applicabilità del sistema di regolazione europea della concorrenza, secondo la Corte occorre assumere una metodologia istituzionalista⁵⁸³: occorre fare riferimento, cioè, alle modalità di intervento organizzatorio dello Stato rispetto a quella medesima attività. Lo Stato, se nei criteri di organizzazione del settore si ispira al principio di solidarietà, *non* deve organizzare per quella attività un *mercato settoriale*; deve organizzare, invece, il settore e attuare le relative politiche ispirandosi al principio di solidarietà⁵⁸⁴. Se, invece, decide di inserire l’attività nella logica del mercato deve organizzare il mercato secondo le regole della competizione. Questo schema, tuttavia, non è meccanicamente binario.

Come rileva Baquero Cruz⁵⁸⁵, considerando un asse ai cui due estremi si colloca una attività per intero inserita nella regolazione economica e una per intero esclusa, possono

delimitata dal diritto della concorrenza solo quando gli enti incaricati di realizzare gli obiettivi di solidarietà vengono considerati come imprese. Per contro, qualora nell'esercizio dell'attività non venga perseguito alcun obiettivo di lucro, cosa che impedisce l'emergere di una logica di mercato, il diritto della concorrenza non potrà trovare applicazione.”

⁵⁸³ Si veda, in tal senso, GRONDEN VAN DE J.W., *Cross-border health care in the EU and the organization of the national health care systems of the member states: the dynamics resulting from the European Court of justice's decisions on free movement and competition law*, in *Wisconsin Inter. Law Jour.*, 26(3), 2009, p. 750: “Therefore, it cannot be ignored that rulings like AOK are politically driven. By examining whether the principle of solidarity is predominant in a national health care scheme, the Community courts are essentially basing their decisions in part on the perceived will of the national legislature. Competition law provides the rules of the game for privatized sectors. If a national legislature has introduced enough elements of competition in its health care system, the EU competition rules are applicable. If the national legislature did not intend to introduce a considerable amount of competition into such a system, the managing bodies did not fall within the ambit of the EU competition rules”.

⁵⁸⁴ Osserva TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. ital. dir. pubb. com.*, 2008, p. 1074, come in questo caso la solidarietà assume rilevanza non come contrassegno dello scopo sociale perseguito dalla misure statali, ma in quanto si traduca in elementi significativi sul piano economico tali da rendere quelle stesse prestazioni non erogabili da operatori privati. Il principio di solidarietà così inteso finisce per costituire dal punto di vista degli Stati membri un antidoto contro l’eccessiva infiltrazione del diritto europeo sul libero mercato nei sistemi di welfare nazionali, dal punto di vista sovranazionale uno strumento per garantire il riparto di competenze previsto dal Trattato in materia sociale (tant’è che i richiami della Corte a tale principio sono sempre preceduti dall’affermazione secondo cui l’Unione non menoma la competenza degli Stati a organizzare i loro sistemi di sicurezza sociale); in tal senso COSTAMAGNA F., *I servizi socio-sanitari*, cit., p. 44; GIUBBONI S., *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, 2006, p.153 ss.; SCIARRA S., *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, in B. HEPPLER (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge, 2003, pp. 95 ss. Sembra criticare l’utilizzo del principio di solidarietà come strumento per garantire per garantire il riparto di competenze, perché non idoneo a garantire certezza nell’applicazione del Trattato, ROSS M., *Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?*, in *Com. Mar. Law Rev.*, 2007, pp. 1067-1068.

⁵⁸⁵ BAQUERO CRUZ J., *Social Services of general Interest and the State Aid Rules*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L’Aia, 2013, pp. 294 ss.

darsi situazioni intermedie, collocabili in un'area per così dire grigia⁵⁸⁶; per esempio, ci può essere un'attività esclusa dal regime di competizione quasi completamente (in cui prevale cioè la logica non economica e si utilizzano tecniche regolatorie ispirate al principio di solidarietà) e tuttavia il regime di regolazione può pure comprendere la persistenza di alcuni elementi di competizione. In tal caso, la Corte assume una visione dinamica e articolata della concorrenza per cui essa diventa addirittura funzionale al raggiungimento di scopi sociali da parte dell'ente pubblico⁵⁸⁷; la presenza di elementi concorrenziali in una determinata attività sociale, non ne modifica, cioè, la natura sociale e non imprenditoriale, ma diventa addirittura ancillare al perseguimento della stessa funzione sociale⁵⁸⁸.

Ma ci può essere pure, nell'area grigia, una regolazione del tutto ibridata in cui l'attività, pur unitaria, presenta segmenti che attraggono la regolazione economica e altri che vi sfuggono.

In sintesi, vi sono dei settori che non sono sinotticamente e aprioristicamente collocabili fuori dalla regolamentazione della concorrenza, posto che la prevalenza del principio di solidarietà nella regolamentazione statale del servizio va accertata a seguito di analisi ponderata di indici concreti.

Tale quadro, già di per sé articolato pur rimanendo nel settore del diritto della concorrenza, si complica ulteriormente se si considera che l'applicazione della disciplina sul mercato interno si basa su condizioni distinte e disomogenee da quelle appena descritte.

4.2. (Segue) Nel diritto del mercato interno.

Anche il diritto europeo del mercato interno trova applicazione (almeno sulla carta) per le attività di rilevanza economica; è soprattutto - ma non solo - il significato che la giurisprudenza europea ha dato a questo concetto nel settore in questione che ha reso tale affermazione poco corrispondente alla realtà. L'interprete, infatti, in presenza di misure nazionali che si pongono in contrasto con l'apparato regolamentare in questione, nemmeno si pone il dubbio circa l'applicazione della disciplina sul mercato interno (considerandola,

⁵⁸⁶ Interessanti sul punto alcuni passaggi della sentenza del Tribunale, 7 novembre 2012, causa C-137/10, *CBI c. Commissione*, p. 89: “*Ne deriva che i criteri elaborati dalla Corte nella sentenza Altmark, riguardanti l'attività di trasporto, che costituisce indiscutibilmente un'attività economica e concorrenziale, non possono essere applicati, con lo stesso rigore, al settore ospedaliero, che non è necessariamente dotato di siffatta dimensione concorrenziale e commerciale*”.

⁵⁸⁷ Si veda, sul punto, Corte giust., 16 marzo 2004, causa C-264/01, *AOK-Bundesverband e a.*, cit., p. 56.

⁵⁸⁸ RICCI G., DI VIA L., *op. ult. cit.*, pp. 45 ss.

di fatto, “quasi automatica”), ma valuta direttamente la legittimità della misura restrittiva sulla base delle varie previsioni di deroga/eccezione.

Anticipate quelle che saranno le conclusioni del presente paragrafo, occorre dar conto del percorso evolutivo (soprattutto giurisprudenziale) che ha portato a tali risultati, avendo cura di dare risalto alle differenze con quanto sopra esposto circa la nozione di attività di rilevanza economica funzionale all’applicazione della disciplina *antitrust* e in materia di aiuti di stato.

Già da una rapida panoramica del quadro normativo di riferimento, emerge come nel sub-settore del diritto del mercato interno l’assunzione del carattere economico di un’attività sia fondato principalmente sulla componente retribuzione/corrispettivo delle attività⁵⁸⁹. Il fattore remunerazione ha sempre avuto, in tale settore del diritto UE, una valenza discrezionale maggiore di quanto visto per il diritto della concorrenza, tant’è che è sufficiente che il servizio sia fornito dietro corrispettivo, anche minimo, per l’applicazione della regolazione europea⁵⁹⁰. In altri termini, nella valutazione del carattere economico di

⁵⁸⁹I frammenti legislativi (di livello primario o derivato) in cui tale affermazione trova conferma sono i seguenti:

- le disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento (art. 49 ss. TFUE) si applicano a tutti quei soggetti che vogliono stabilirsi in uno stato membro diverso da quello di appartenenza per svolgere attività economica, ossia per offrire bene o servizi in cambio di una retribuzione;

- quanto alla libera prestazione di servizi (art. 56 ss. TFUE), l’art. 57 TFUE per servizi intende le attività fornite dietro retribuzione;

-la Direttiva 2006/123/CE al considerando 17 prevede che “*La presente direttiva si applica soltanto ai servizi che sono prestati dietro corrispettivo economico. I servizi d’interesse generale non rientrano nella definizione di cui all’articolo 50 del trattato e sono pertanto esclusi dall’ambito di applicazione della presente direttiva*”.

L’art. 2.2 della Direttiva, inoltre, afferma che: “La presente direttiva non si applica alle attività seguenti: a) i servizi non economici d’interesse generale (...)”;

- gli appalti e le concessioni cui si applicano le rispettive direttive sono contratti a titolo oneroso. Si ritiene, data anche la comune matrice, che la nozione di contratto a carattere oneroso ha contenuti analoghi a quella di servizio prestato dietro corrispettivo nel settore delle libertà fondamentali. L’onerosità del contratto dipende quindi dalla presenza di un corrispettivo. Per le evoluzioni della nozione di “contratto oneroso”, si veda, Corte giust., 12 luglio 2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti e a.*, pp. 76-86; Corte giust., 16 gennaio 2007, causa C- 220/05, *Auroux*; Corte giust., 25 marzo 2010, causa C-451/08 *Helmut Muller*, p. 48; Corte giust., 26 maggio 2011, causa C-306/08, *Commissione c. Spagna*. Si rinvia alle successive parti del testo per il riferimento alle recenti pronunce in materia di trasporto sanitario che hanno ritenuto sufficiente, per ritenere sussistenti l’onerosità del contratto, la sola presenza di un rimborso spese.

- pare meritevole di menzione, anche se di percezione meno immediata, il Protocollo 26, articolo 2, dove si afferma che: “le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico”.

⁵⁹⁰ In giurisprudenza, Corte giust., 18 dicembre 2007, causa C-281/06, *Jundt*, cit., p. 32: “*il fattore decisivo che riconduce un’attività nell’ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato relative alla libera prestazione dei servizi è il suo carattere economico, ossia il fatto che l’attività non dev’essere prestata senza corrispettivo*”.

In dottrina si rinvia a TESAURO G., *op. ult. cit.*, p. 545, GALLO D. *op. ult. cit.*, p. 332, ODUDU O., *op. ult. cit.*, p. 226 ss.; DAVIES G., *Welfare as a Service*, in *Leg. Issue. Econ. Integration*, 29(1), 2002, p. 29, secondo cui occorre concentrarsi sulla “*presence of an exchange, a transaction, money for service*”; si veda anche GRONDEN van de J. W. 2013 pg. 127 che, riferendosi alla nozione ampia di corrispettivo accolta da

un'attività per la rilevanza giuridica delle norme sul mercato interno, la remunerazione assume un ruolo diverso, più diretto e immediato, rispetto alla stessa valutazione fatta allo scopo dell'applicazione del diritto sulla concorrenza.

A ciò va aggiunto che l'ambito di applicazione della disciplina sul mercato interno sembra esser stato esteso anche ad attività di servizio che non presentino in via diretta l'elemento retributivo quale componente essenziale; a tale risultato si è pervenuti - a livello normativo e giurisprudenziale - seguendo fondamentalmente due direttrici.

Da un lato, attraverso (a.) l'estensione delle fattispecie caratterizzate da elementi di "onerosità"; dall'altro, (b.) con la progressiva elevazione delle libertà di circolazione al rango di principi fondamentali dell'ordinamento europeo, quali corollari del principio di parità di trattamento e del principio di non discriminazione in base alla cittadinanza.

(a) Per quanto attiene all'estensione del concetto di "*rapporto a titolo oneroso*", si rilevano di interesse le pronunce, ormai costanti in materia di libera prestazione di servizi, secondo cui un *servizio* è da considerare come fornito *dietro remunerazione* indipendentemente dall'interesse perseguito da chi riceve il compenso. Con questo ritenendo, quindi, l'*assenza di fine di lucro* non sufficiente a evitare la qualificazione del prestatore come operatore economico/impresa⁵⁹¹, anche laddove la retribuzione sia corrisposta da un soggetto terzo, diverso dal destinatario del servizio⁵⁹².

Corte giust., 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, cit., p. 58, afferma che "*as soon as a service may be made subject to market forces EU free movement law applies. It is not of any relevance whether a Member State has adopted laws in order to protect these services from market constraints or has refrained from doing so. (...) The market dimension of a service is not dependent on the way its provision is framed in the welfare regulations of a Member State. Rather, (it) is derived from the theoretical point of view whether in an ideal world the service concerned can be provided in a market environment*".

⁵⁹¹ Sul punto si veda COSTAMAGNA F., *op. ult., cit.*, p. 31 ss. che parla di "*irrelevanza dei dati endogeni*"; in particolare a p. 34 si osserva come l'unica sentenza dove – in maniera tutt'altro che esplicita – la Corte sembra avere dato un qualche rilievo al dato soggettivo (ente no-profit) è Corte giust., 17 febbraio 1993, causa C-159/91 e 160/91 *Poucet e Pistre*. Dopo tale pronuncia la Corte, in linea con l'approccio funzionale che ha successivamente sviluppato, ha sempre ribadito come l'assenza dello scopo di lucro non escluda affatto l'esercizio di un'attività economica e l'applicazione del Trattato. Si vedano sul punto, Corte giust., 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, p. 85; Corte giust., 25 marzo 1998, causa C-174/97, *FFSA*, p. 21; Corte giust., 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *AmbulanzGlockner*, cit., p. 21-22; Corte giust., 29 novembre 2007, causa C-119/06, *Commissione c. Italia*, p. 37; Corte giust., 23 dicembre 2009, causa C-305/08, *CoNISMa*, e da ultimo, Corte Giust., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*, p. 27 secondo cui "*la nozione di operatore economico non esclude i soggetti che non perseguono un preminente scopo di lucro, neppure i soggetti interamente privi di fini di lucro, i quali possono entrare in concorrenza con le imprese per l'aggiudicazione di appalti*". Va osservato, infine, come nella nota pronuncia, Corte giust., 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare*, la Corte - a differenza di quanto sostenuto da diversi commentatori - non è sulle caratteristiche soggettive dell'erogatore (soggetto no-profit) che ha basato la decisione di escludere l'applicazione delle norme del Trattato al caso in questione; piuttosto, la decisione sembra basarsi su una concezione di "misura restrittiva" delle libertà Trattato più ristretta di quella affermata negli anni successivi e tutt'ora prevalente. Fra le numerose ricostruzioni sul punto, la posizione che si ritiene più convincente, cui si rinvia, è di GRONDEN VAN DE J. W., *Free Movement of Services and the Right of Establishment: Does EU Internal Market Law Transform the Provision of SSGI?* In

Peraltro, nella stessa direzione depongono le sentenze dei giudici europei in materia di contratti pubblici ove, muovendo dalla definizione - originaria e consolidata - dell'ambito oggettivo di applicazione delle direttive (legato alle nozioni di "appalto pubblico" e di "contratto a titolo oneroso"⁵⁹³), si è pervenuti alla sottoposizione alla disciplina europea pure dei rapporti contrattuali caratterizzati da corrispettivo addirittura limitato al rimborso delle spese.

Sul punto occorre dare brevemente conto di alcune posizioni, tra loro non coincidenti, assunte dalla Corte di giustizia.

Per un verso, alcune pronunce hanno ritenuto non rilevante ai fini dell'accertamento del "carattere oneroso" di un rapporto contrattuale (e della conseguente qualificazione come appalto pubblico, con applicazione della relativa disciplina), il fatto che la remunerazione concordata fosse limitata al "rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto". In tal senso si è espressa la CGUE nella decisione relativa alla causa *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*⁵⁹⁴, ma nella stessa direzione si possono anche leggere alcuni passaggi della causa *Comune di Ancona contro Regione Marche*⁵⁹⁵.

Per un altro verso, vi sono state decisioni dalle quali si potevano evincere soluzioni differenti. Si fa riferimento, in particolare, alla causa *Commissione c. Repubblica italiana* riguardante un accordo quadro per l'affidamento di servizi di trasporto sanitario. Nel caso

NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, p. 145.

⁵⁹² In tal senso, *ex multius*, si vedano, Corte giust., 26 aprile 1988, causa C-352/85, *Bond van Adverteerders*; Corte giust., 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller Fauré*; Corte giust., 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, cit.. Sul punto si rinvia, inoltre, alle considerazioni fatte nel capitolo I par. 5 e 8.3

⁵⁹³ Ai sensi della Direttiva 2014/24/UE, si ha appalto quando "una o più amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono, mediante appalto pubblico, lavori, forniture o servizi da operatori economici scelti dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, indipendentemente dal fatto che i lavori, le forniture o i servizi siano considerati per una finalità pubblica o meno" (art. 1 par. 2). Si tratta quindi di "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi" (art. 2 par. 1).

⁵⁹⁴ Corte giust., 19 dicembre 2012, causa C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*; si v. anche Corte giust., 13 giugno 2013, causa C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*, p. 31.

⁵⁹⁵ Nel senso dell'irrelevanza della presenza di un vero e proprio corrispettivo/profitto ai fini dell'applicazione delle garanzie di trasparenza proprie della disciplina europea sui contratti pubblici, si veda Corte giust. 14 novembre 2013, causa C-388/12, *Comune di Ancona c. Regione Marche*, p. 51, secondo cui l'interesse di un'impresa situata in un altro Stato membro al rispetto delle garanzie di trasparenza (tali da consentirgli una reale possibilità di manifestare interesse ad ottenere il contratto), non viene meno per "la circostanza che una concessione sia tale da non generare né entrate nette consistenti né un indebito vantaggio per un'impresa o per un ente pubblico non consente, di per sé, di concludere che siffatta concessione non presenti un interesse economico per imprese aventi sede in altri Stati membri diverso da quello dell'autorità concedente. Difatti, nell'ambito di una strategia economica diretta ad estendere una parte delle proprie attività in un altro Stato membro, un'impresa può prendere la decisione tattica di sollecitare l'attribuzione in tale Stato di una concessione prescindendo dal fatto che quest'ultima non sia idonea in quanto tale da generare profitti adeguati, poiché permane comunque la circostanza che siffatta occasione può consentirle di installarsi sul mercato dello Stato in parola e di farsi ivi conoscere allo scopo di preparare la sua futura espansione".

in specie⁵⁹⁶, la CGUE considera l'accordo quadro concluso a titolo oneroso in ragione del fatto che il sistema di rimborso spese predisposto dalla Regione Toscana, basato su una metodologia di calcolo preventiva e forfettaria, finisce per superare il semplice rimborso delle spese sostenute e, quindi, per occultare una remunerazione.

Il ragionamento della Corte, nell'evidenziare l'importanza dello screening delle modalità di erogazione dei rimborsi spesa, essenziale per accertare i casi di "remunerazione occulta", implicitamente sembra dire dell'altro; e cioè che in caso di accordo quadro per il quale si accerta la "genuinità" del rimborso spese (che non supera, cioè, i costi effettivamente sostenuti), è da escludere il carattere oneroso e, conseguentemente, la qualificazione di "appalto pubblico"⁵⁹⁷.

La giurisprudenza più recente sembra essersi attestata sulla prima posizione.

Nella causa *Azienda sanitaria locale n. 5 Spezzino*⁵⁹⁸, viene chiaramente affermato il principio per cui non esula dalla qualificazione di appalto una convenzione fra un soggetto pubblico e un'associazione di volontariato che prevede - come controprestazione all'erogazione di un servizio - il solo rimborso delle spese effettivamente sostenute, senza remunerazioni occulte; anche in questa ipotesi si è, infatti, in presenza di un contratto a titolo oneroso per cui trova applicazione la disciplina sugli appalti⁵⁹⁹. Tale posizione è stata, da ultimo, confermata da una recente pronuncia della CGUE sempre in tema di trasposto sanitario⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ Corte giust., 29 novembre 2007, causa C-119/06, *Commissione c. Italia*, cit., pp. 46 ss.

⁵⁹⁷ In tal senso anche parte della dottrina; si veda ALBANESE A., *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, 2012, pp. 115 ss. e ID, *L'affidamento di servizi sociosanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1453 – 1468. Si veda, in particolare, p. 1466, ove l'Autrice osserva come esulino "dall'ambito di applicazione della direttiva-appalti soltanto gli accordi stipulati fra pubbliche amministrazioni e organizzazioni di volontariato per i quali siano previsti esclusivamente rimborsi delle spese effettivamente sostenute, ma, occorre aggiungere, a patto che i metodi di calcolo dei rimborsi stessi e i modi di rendicontazione consentano inequivocabilmente di escludere la presenza di sovra compensazioni del servizio prestato. Questa, in definitiva, la linea di confine tracciata dalla Corte di Giustizia «convenzioni» e appalti di servizi con le organizzazioni di volontariato»). In giurisprudenza, Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 13 dicembre 2009, n. 5357.

⁵⁹⁸ Corte. Giust., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*, cit.

⁵⁹⁹ C-113/13, p. 37: "È parimenti d'uopo rilevare che il fatto che il menzionato accordo quadro e le specifiche convenzioni da esso derivanti non prevedano trasferimenti finanziari a favore delle associazioni di volontariato diversi dal rimborso di costi non è un elemento decisivo. Un contratto, difatti, non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto (sentenza *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*, C-159/11, EU:C:2012:817, punto 29). Di conseguenza, come osservato dall'avvocato generale al paragrafo 27 delle sue conclusioni, ha scarsa rilevanza accertare se i costi che devono essere rimborsati dalle pubbliche amministrazioni alle associazioni in parola coprano unicamente i costi diretti collegati allo svolgimento delle prestazioni interessate o, in aggiunta, una parte delle spese generali".

⁶⁰⁰ Corte giust., 26 gennaio 2016, causa C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) e altri c. Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4)*. È interessante osservare come queste

Per concludere, dopo la nozione di operatore economico (vedi *supra*), anche quella di contatto a “titolo oneroso” sembra essere stata “stirata” dalla Corte di giustizia fino ad acquisire confini quasi omnicomprensivi, sempre nell’ottica di una massima estensione dell’ambito di operatività della disciplina europea sui contratti pubblici.

(b) Relativamente alla importanza assegnata alle libertà di circolazione, risultano significative quelle pronunce in cui l'assenza (o la non diretta applicabilità per ragioni di ambito oggettivo o soggettivo) di specifiche disposizioni della disciplina europea sui contratti pubblici di servizi, non ha impedito di sanzionare l'esistenza e la piena efficacia di obblighi di pubblicità/trasparenza, funzionali a garantire comunque la piena effettività del mercato interno comunitario⁶⁰¹.

Di modo che si comprendono pure quelle pronunce che, nel valutare la compatibilità con il diritto UE di misure nazionali comportanti restrizioni alle libertà economiche di circolazione, hanno valutato direttamente la giustificabilità della restrizione assumendo come naturale e implicito presupposto, l'applicazione dei principi del Trattato⁶⁰².

In linea generale, la lettura e l'interpretazione del regime proprio del mercato interno offerta dalla giurisprudenza comunitaria hanno fatto assumere alla stessa disciplina valore oramai assorbente, ancorché siano ravvisabili diverse graduazioni e sfumature, sintetizzabili nei seguenti termini:

decisioni della Corte siano state entrambe prese dopo l’adozione, in data 26 febbraio 2014, delle ultime Direttive in materia di contratti pubblici. Infatti, in tali documenti si precisa che “*i servizi non economici di interesse generale non dovrebbero rientrare nell’ambito di applicazione della presente direttiva*”. Tale affermazione, non ulteriormente esplicitata, ma che trova conferma nella disciplina nazionale in corso di recepimento, non chiarisce cosa bisogna intendere per “servizio non economico di interesse generale” ai sensi della disciplina in materia di contratti pubblici; la definizione di tale locuzione risulta ancor più incerta alla luce delle sentenze sopra richiamate, che sembrano considerare come “oneroso” anche un contratto per il quale è previsto solo un rimborso spese. Non si può ritenere di particolare aiuto nemmeno la Direttiva 2013/11/UE in materia di risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che fa rientrare in tale nozione i servizi che “*non sono prestati a fini economici*” fra cui quelli “*prestati dallo Stato o per conto dello Stato, senza corrispettivo economico*”. Al fine di rendere compatibili le disposizioni delle nuove Direttive in materia di contratti pubblici con le recenti pronunce della CGUE, per “servizi non economici di interesse generale” si potrebbero intendere quei servizi in cui il “contributo” economico erogato dallo Stato al fornitore non sia tale da configurarsi nemmeno come rimborso spese, ma si limiti a una parziale copertura dei costi sostenuti dal prestatore. Si tratterebbe, in altre parole, di quei servizi erogati in perdita in quanto, anche l’intervento dello Stato che si pone come utente collettivo, non è tale da garantire al gestore l’equilibrio economico. Si tratta, come è evidente, di un primo tentativo di sistematizzazione, che meriterebbe certamente ulteriori approfondimenti.

⁶⁰¹ Corte giust., 13 settembre 2007, causa C-260/04, *Commissione c. Italia*, p. 23-24; Corte giust., 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*, p. 48-49; Corte giust., 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria e Telefonadress*, pp. 61 e 62.

⁶⁰² Cfr. Corte giust., 21 aprile 2005, causa C-140/03, *Commissione c. Grecia*, p.27, nonché Corte giust., 1 giugno 2010, cause riunite C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, p. 53; si veda anche Corte giust., 5 marzo 2009, causa C-350/07 *Kattner Stahlbau*, p. 78-79, in tema di libera prestazione di servizi.

- 1) relativamente alle *norme di diritto primario sul mercato interno*, i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi sembrano aver raggiunto una pregnanza tale da ritenere naturale la loro immanenza anche sulle prestazioni di servizio che non presentino immediato contenuto economico⁶⁰³; e ciò nell'assunto che detti principi fungano da "vettori" di posizioni soggettive riconducibili al più generale principio di non discriminazione in base alla cittadinanza e di parità di trattamento⁶⁰⁴. Inoltre, nella stessa logica, sempre i principi di cui agli art. 49 ss. e 56 ss. TFUE, sono stati considerati quali naturali valori cui rapportare (in termini di trasparenza, pubblicità e non discriminazione) l'azione delle autorità pubbliche ogni qualvolta interagiscono con il settore privato⁶⁰⁵.
- 2) per quanto riguarda invece le *norme di diritto derivato* - e segnatamente per quelle in tema di libera prestazioni di servizi e libertà di stabilimento contenute nella Direttiva 2006/123/CE (oltre ovviamente per quelle in materia di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi) - diverso pare il ragionamento seguito dalla giurisprudenza, forse anche perché il carattere economico dell'attività assume ancora un certo rilievo, a differenza di quanto registratosi con riguardo alle norme di diritto primario.

L'applicazione del diritto derivato sembra, infatti, ancora influenzata dalla (non del tutto pacifica) individuazione delle caratteristiche dell'elemento "remunerazione/corrispettivo" e della sua incidenza sulla qualificazione in termini economici di attività di prestazione di servizi; le incertezze - cui si è sopra accennato e tutt'ora persistenti - sull'individuazione delle caratteristiche dell'elemento retributivo, si ripercuotono sulla definizione degli esatti confini dell'ambito applicativo delle norme di diritto derivato, rendendolo non del tutto pacifico.

Per concludere, gli ambiti di applicazione della disciplina sulla concorrenza e di quella sul mercato interno sono differenti; il primo è certamente più ristretto in quanto la nozione di attività di rilevanza economica nel settore *antitrust* e aiuti di stato ha confini meno estesi nei termini sopra descritti.

Il sub-settore del diritto del mercato interno, invece, interessa un numero più numeroso di attività in quanto il suo ambito applicativo sembra esser stato "svincolato"

⁶⁰³ Cfr. NEEGARD U., *The Concept of SSGI*, cit., p. 230, COSTAMAGNA F., *op. ult. cit.*, 2011 pp. 224-5.

⁶⁰⁴ Con specifico riferimento all'applicazione dei principi in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi a situazioni esclusivamente nazionali, DIVERIO D., *La Corte di giustizia alla prova delle situazioni puramente interne: gli art. 43 e 49 del Trattato sono applicabili agli appalti pubblici di servizi non prioritari*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, pp. 432 -440, in part. p. 438.

che richiama sia al principio di non discriminazione, sia al contenuto della cittadinanza europea.

⁶⁰⁵ Sul punto si rinvia a quanto si dirà *infra*, cap. III, par. 2, 4 ss. e 5 ss.

dalla presenza di una componente economica/di mercato⁶⁰⁶; ciò è vero soprattutto per le quattro libertà fondamentali che sembrano aver assunto la portata di principi fondamentali dell'ordinamento eurounitario.

Quanto detto rende opportuna una breve riflessione sul regime giuridico dei servizi di interesse generale.

Come più volte ricordato, ai SIEG trova applicazione tutta la disciplina europea sulla regolazione del mercato, salvo possibili deroghe la cui legittimità va valutata alla luce dell'eccezione di cui all'art. 106 par. 2 del TFUE o di altre disposizioni aventi la stessa natura.

Per i SNEIG, invece, il già citato Protocollo 26, articolo 2 prevede che *“Le disposizioni dei trattati lasciano impregiudicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico”*. Una prima lettura di tale disposizione sembrerebbe escludere per i SNEIG l'applicazione di tutte le disposizioni dei trattati, fra cui la disciplina sul mercato interno, comprese le quattro libertà fondamentali; tale conclusione, tuttavia, risulterebbe in palese contrasto con la ricostruzione di cui sopra, secondo cui queste verrebbero in rilievo a prescindere dalla presenza di una componente economica/di mercato.

Tale riflessione, sembra trovare autorevole conferma; è stato osservato, infatti, come *“even if the Treaty provisions on competition are not applicable to NSGI, the Treaty provisions on free movement may still apply to those services. Article 2 of Protocol (No 26) must thus be interpreted in this vein”*⁶⁰⁷.

⁶⁰⁶ Sembra richiedersi la sola presenza di un “interesse transfrontaliero certo”; sul tema, si v. *infra*, cap. III, par. 2.

⁶⁰⁷ Si fa riferimento a Koen Lenaerts, attuale presidente della Corte di Giustizia (LENAERTS K., *Defining the Concept of ‘Services of General Interest’ in light of the ‘Checks and Balances’ set out in the EU Treaties*, in *Jurisprudencija*, 4 (19), p. 1252. Sul punto sono, tuttavia, ancora ravvisabili alcune incertezze; a conferma di ciò sembrano significativi alcuni passaggi della pronuncia Tar Lombardia, Milano, Se. III, 16 giugno 2010, n. 1891, secondo cui *“La distinzione fra servizi di natura economica e servizi di natura non economica è assai rilevante in quanto non tutti sono soggetti alle stesse norme del Trattato. I principi di non discriminazione e di libera circolazione delle persone valgono per l'accesso a tutti i tipi di servizi; le norme sugli appalti pubblici si applicano alle forniture, servizi e lavori acquisiti da enti pubblici nella prospettiva di fornire servizi sia di natura economica che non economica. Per contro, la libertà di fornire servizi, il diritto di stabilimento, le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di stato si applicano soltanto alle attività economiche”*.

5. Il servizio sociale nella dimensione multilivello: la nozione europea fra frammentazione consapevole e sistematicità perduta. Cenni.

Nei sub-settori di cui si compone l'ordinamento dell'UE non muta solo l'ambito soggettivo di applicazione e il regime giuridico da applicare, ma diverse sono anche le formule definitorie utilizzate; ciò anche in ragione della configurazione multilivello di tale ordinamento. Se ciò è in parte esito fisiologico dell'autonomia dei rispettivi sistemi di regolazione, talvolta si ha l'impressione che il legislatore europeo rinunci volontariamente a utilizzare, nei diversi settori dell'ordinamento UE, formule che assicurerebbero maggiore sistematicità.

Tale riflessione trova calzante conferma nel settore dei servizi sociali alla persona⁶⁰⁸.

Per restringere l'analisi ad atti di *hard law*, va fatto riferimento, nello specifico, alla scelta di utilizzare due definizioni di servizio sociale alla persona, almeno sul piano formale, distinte nell'art. 2, lett. j, della Direttiva 2006/123/CE⁶⁰⁹ (detta anche *Direttiva Bolkestein* o *Direttiva Servizi*) e nella citata Decisione del 2012 sugli aiuti di stato sotto forma di compensazione di obblighi di servizio pubblico⁶¹⁰.

Per quanto trattasi di apparati regolativi differenti, trattandosi di disposizioni accomunate dalla stessa *ratio* di salvaguardia delle peculiarità dei servizi sociali dalla piena applicazione del diritto UE, il legislatore avrebbe potuto utilizzare formule definitorie quantomeno corrispondenti; le due disposizioni, invece, a eccezione di alcune attività

⁶⁰⁸Cfr. Corte giust., 24 aprile 2012, causa C-571/10, *Kamberaj*, dove la Corte riconosce “l'assenza di una definizione autonoma ed uniforme, ai sensi del diritto dell'Unione, delle nozioni di previdenza sociale, di assistenza sociale e di protezione sociale”. Tale pronuncia riguarda la Direttiva 2003/109/CE relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo; di questo documento si vedano in particolare il tredicesimo considerando e l'art. 11. In dottrina, analoghe riflessioni sono svolte da GRONDEN VAN DE J. W., RUSU C. S. 2013 *op. ult. cit.*, pp. 202 – 203; altra dottrina osserva come il fatto che a livello europeo la nozione di servizio sociale risulti ancora troppo evanescente, potrebbe dipendere dalla poliedricità degli approcci seguiti dai Paesi membri nella definizione dei sistemi di assistenza sociale; cfr. in tal senso SCIARRA S., *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni della solidarietà*, in SCIARRA A. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel Welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna 2007, pp. 23 ss.

⁶⁰⁹2. La presente direttiva non si applica alle attività seguenti: j) i servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato”.

⁶¹⁰ Art. 2.2 lett. c della Decisione fa riferimento alle “compensazioni per la prestazione di servizi di interesse economico generale rispondenti ad esigenze sociali in materia di (...) assistenza di lunga durata, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, edilizia sociale e assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili”. Come si può chiaramente notare sia nella Direttiva sia nella Decisione, per evitare i rischi di opposizione degli Stati membri si è preferita una *elencazione* di singoli servizi accompagnata da una *formula residuale*; può destare qualche perplessità il fatto che, sebbene la funzione delle due disposizioni sia assimilabile (cioè quella di salvaguardia delle peculiarità dei servizi sociali, escludendo in via derogatoria le attività richiamate dalla piena applicazione del diritto UE), il legislatore abbia diversificato sia l'elencazione sia la formula residuale di chiusura.

sovrapponibili, sembrano avere un diverso ambito applicativo (la definizione della Decisione contiene un'elencazione più numerosa di attività).

Tuttavia, una recente pronuncia della Corte⁶¹¹ – estendendo le attività cui riferire l'art. 2, par. 2, lett. j della Direttiva – ha, di fatto, sfumato le differenze fra le due definizioni; è stata, infatti, valorizzata la portata inclusiva della formula residuale (servizi forniti a “*persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno*”) contenuta nella definizione di servizio sociale dell'art. 2 lett. j della Direttiva⁶¹².

Inoltre, se verrà confermata - facendo leva sulla genericità delle rispettive formule residuali - un'interpretazione estensiva di entrambe le disposizioni, potrebbe risultare difficilmente contestabile la loro riconducibilità alla definizione di “*servizio sociale alla persona*” contenuta nella Comunicazione del 2006⁶¹³; e ciò sicuramente renderebbe meno urgenti le richieste di maggiore sistematicità definatoria in tale materia.

Ma si può provare a spingersi oltre. Sembrano marcate, infatti, le somiglianze con la definizione di “servizi sociali alla persona” rintracciabile a livello nazionale, in particolare con la nozione ristretta di “servizio sociale” contenuta nel d.lgs. n. 112 del 1998 (poi ripresa dalla legge quadro n. 328/2000 e da diverse leggi regionali)⁶¹⁴. In altre parole, pare affermarsi a livello sovranazionale e nazionale una *nozione omogenea di servizio sociale alla persona* (o servizio sociale in senso stretto) fondata su due caratteristiche: il *carattere personale degli interventi* (non rivolti cioè alla indifferenziata generalità dei cittadini) e la *presenza di una situazione di bisogno*.

6. Attività di rilevanza economica e servizi sociali: il sistema delle deroghe nel diritto della concorrenza.

In ambito europeo, il meccanismo regolativo delle attività oggetto dei servizi parte da una valutazione economica e non sociale; di primo acchito, infatti, è la determinazione del

⁶¹¹Corte giust., 11 luglio 2013, causa C-57/12, *Femarbel*.

⁶¹²La stessa operazione interpretativa è stata fatta con riguardo alla formula residuale (“inclusione sociale di gruppi vulnerabili”) di cui all'art. 2.2 lett. c della Decisione. Si veda sul punto il Documento di lavoro dei servizi della Commissione, *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, 29 aprile 2013, SWD(2013) 53 def., p. 98, secondo cui tale formula residuale fa riferimento a un concetto ampio, che “*dà agli Stati membri la flessibilità necessaria per inserire, in funzione delle esigenze di ciascuno di essi, diversi tipi di servizi destinati a quei gruppi sociali che ne hanno maggiormente bisogno*”.

⁶¹³V. *supra* par. 3.1.

⁶¹⁴Si tratta di nozione ampiamente analizzata nel capitolo I par 3.4.

carattere economico dell'attività l'aspetto immediato su cui occorre concentrarsi per decidere se applicare o meno le norme di regolazione economica⁶¹⁵.

Si è precisato, tuttavia, come nel sub-settore del diritto della concorrenza il carattere sociale di un'attività incida già su tale valutazione nel senso di dare maggior rilievo agli elementi di solidarietà, nell'ottica di escludere l'applicazione della disciplina *antitrust* e del divieto di aiuti di stato. Nei casi in cui, invece, gli elementi di solidarietà non siano tali da escludere la rilevanza economica dell'attività, il carattere sociale della stessa può incidere nella fase successiva, in cui si valuta la legittimità di un'eventuale deroga a tali discipline dei trattati.

Prima di procedere a un breve approfondimento di tali profili, va ricordato come il subsistema regolativo del diritto della concorrenza sia formato da due "gruppi" di disposizioni (disciplina *antitrust* e disciplina sugli aiuti di stato); esse si distinguono per destinatari e funzione, ma sono entrambe riconducibili alla *ratio* di creare e mantenere un libero mercato concorrenziale, non falsato né da comportamenti degli operatori (art. 101 TFUE su intese vietate e art. 102 su divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante)⁶¹⁶, né da finanziamenti pubblici alle imprese nazionali che produrrebbero pari effetto distorsivo (art. 107 ss.).

Sempre con riguardo alle finalità di queste discipline, stavolta considerate rispetto agli obiettivi di fondo dei trattati europei, la concorrenza libera e non falsata - soprattutto dopo il "declassamento" ricevuto nel Trattato di Lisbona⁶¹⁷ - non costituisce un obiettivo finale dell'ordinamento UE, ma un mezzo/strumento per il raggiungimento di fini altri, quali la massimizzazione del benessere collettivo (massimizzazione dei bisogni umani

⁶¹⁵ V. *supra*, par. 4 ss.

⁶¹⁶ Quanto al perimetro di applicazione delle norme in questione, sebbene dal tenore letterale del Trattato le norme *antitrust* sembrerebbero rivolgersi alle sole imprese (pubbliche e private), esse sono state estese, in via interpretativa, anche agli Stati membri e alle loro misure - legislative o regolamentari - quando queste impongono o agevolano la violazione da parte delle imprese degli art. 101 o 102 TFUE. Sono due le strade attraverso cui si può giungere a estendere il loro ambito di applicazione: in primo luogo, attraverso una lettura combinata degli art. 101 e 102 con l'art. 106.1, a cui di norma si ricorre quando la misura nazionale istituisce un SIEG e, comunque, quando sono stati concessi diritti speciali o esclusivi. In secondo luogo, attraverso una lettura combinata delle norme sulla concorrenza con l'art. 4.3 TUE che sancisce l'obbligo di leale collaborazione degli Stati (prima di Lisbona si faceva riferimento agli art. 3.1 lett. g e all'art. 10 TCE); si tratta della cd. '*State Action Doctrine*' (o teoria dell'effetto utile). Sul punto si rinvia a SLOT. P. J., *Public Distortion of Competition: The Importance of Article 106 TFUE and the State Action Doctrine*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, pp. 245 ss. e DAVIES G., *What Does Article 86 Actually Do?*, cit., pp. 52-57 il quale ritiene sufficiente la seconda soluzione.

⁶¹⁷ Il riferimento ad "*un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno*" di cui al vecchio art. 3 par. 1 lett. g TCE, è stato di fatto spostato nel Protocollo 27 e sostituito nel Trattato dal più neutro riferimento dell'art. 3, par. 1, lett. b TFUE alla concorrenza come materia di competenza esclusiva dell'Unione; rimane, comunque, nel Trattato (art. 119 e 120 TFUE, ex art. 4TCE) il riferimento a una politica economica condotta conformemente a un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

soddisfatti). Alcuni Autori ritengono che le novità introdotte da Lisbona potrebbero influenzare le Istituzioni europee, e in particolare la Commissione, nel senso di tenere in maggiore considerazione interessi non-economici nell'applicazione delle disposizioni del Trattato sulla concorrenza; altri sono più cauti sul punto⁶¹⁸.

6.1. Diritto *antitrust*.

Riprendendo il filo del discorso, il sistema delle deroghe con specifico riferimento al diritto *antitrust*, impone una “direzione forzata” rappresentata dall'art. 106, par. 2, TFUE: non vi sono, infatti, specifiche disposizioni di *favor* basate sulla specificità dei servizi sociali⁶¹⁹.

Rispetto ai profili generali di applicazione dell'art. 106, par. 2, TFUE⁶²⁰, le peculiarità dei servizi sociali e socio-sanitari sembrano rilevare al momento di valutare la conformità di una misura nazionale rispetto al principio di proporzionalità

Premesso che, in tale verifica, quasi mai le Istituzioni si spingono al punto di sindacare il rispetto della proporzionalità in senso stretto⁶²¹, è da più parti osservato come

⁶¹⁸ Nella prima direzione si vedano LAVRIJSEN S., *What role for National Competition Authorities in Protecting Non-competition Interests after Lisbon?*, in *E. L. Rev.*, 35, 2010, p. 637 e DENOZZA F., *La Concorrenza come mezzo o come fine*, in BILANCIA P., D'AMICO M. (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, pp. 165 ss. Altra parte della dottrina è più cauta rispetto alla portata innovativa di tali novità: NEEGARD U., *The Concept of SSGI*, cit., pp. 219-222 osserva in come ad essa non sia ancora seguito un cambiamento nella giurisprudenza della Corte; LIBERTINI M., *Concorrenza*, in *Enc. dir. - Annali III*, Milano, 2010, p. 194, pur non negandone l'importanza in una logica giuspositivistica, si chiede (ironicamente) se anche il liberista più acceso sia mai arrivato a considerare la concorrenza ‘un valore in sé’ piuttosto che un mezzo per ottenere risultati di benessere collettivo.

⁶¹⁹ È bene precisare che in questo scritto non verrà trattata l'altra importante eccezione in tema di concorrenza, quella di cui all'art. 101, par. 3, TFUE. E', inoltre, opportuno riferire alcune posizioni della dottrina che ridimensionano il ruolo dell'art. 106, par. 2 TFUE, osservando come lo stesso risultato (di deroga) potrebbe essere parimenti raggiunto. Si veda, ad esempio, DAVIES G., *op. ult. cit.*, pp. 62 ss. che propone una lettura originale dell'art. 102 TFUE secondo cui non andrebbero considerate illegittime quelle restrizioni alla concorrenza (abuso di posizione dominante nel caso specifico) necessarie per il raggiungimento della missione di interesse generale cui il SIEG è rivolto. Si sostiene, infatti, che, se da un lato le norme sulla concorrenza hanno come obbiettivo finale il benessere dei consumatori, dall'altro, anche l'istituzione di un SIEG costituisce uno strumento necessario per soddisfare un bisogno dei consumatori che il mercato da solo non sarebbe in grado di raggiungere; in altre parole, sarebbe un controsenso ritenere contrastanti con le norme sulla concorrenza quelle misure necessarie (un diritto speciale o esclusivo connesso al SIEG, ad esempio) necessarie per massimizzare il benessere dei consumatori.

⁶²⁰ Sul punto si rinvia a quanto detto sopra, al par. 2.1. Per chiarezza, si ricorda che per la giustificabilità della restrizione ex art. 106, par. 2, TFUE occorre che si verifichino cumulativamente quattro condizioni: a. la presenza di un SIEG; b. la portata ‘ostativa’, in fatto o in diritto, dell'applicazione delle norme sulla concorrenza rispetto al raggiungimento delle missioni di interesse generale affidate all'impresa incaricata; c. la conformità della deroga al principio di proporzionalità; d. la non compromissione degli scambi in misura contraria agli interessi dell'Unione. Si tratta, come ricordato da NEEGARD U., *op. ult. cit.*, p. 237, di una “simplified picture of the scheme of thinking which the CJEU is likely – but not necessarily – to use. (...) this field of law is still under development and therefore characterised by a relatively high degree of uncertainty and unpredictability”.

un atteggiamento di maggior cautela sia stato adottato (soprattutto dalla Corte) nel settore in questione⁶²². Invero, nel ritenere legittime misure restrittive del diritto *antitrust* anche in presenza di soluzioni meno incidenti sulle dinamiche concorrenziali, la Corte, da un lato si mostra rispettosa della ripartizione delle competenze in materia fra Stati membri e Unione⁶²³; dall'altro, sembra voler "preservare" determinati settori in ragione dell'importanza degli interessi ad essi sottostanti⁶²⁴.

Va tuttavia ricordato come tali riflessioni prendono spunto da sentenze che riguardano nello specifico il settore dei servizi sociali di sicurezza sociale⁶²⁵ e non i servizi sociali alla persona, ma sono senz'altro a quest'ultimo estendibili.

Inoltre, va dato conto del fatto che tali considerazioni, per quanto di assoluto interesse al fine di invidiare quale sia, allo stato attuale, il bilanciamento fra sociale e mercato nell'ordinamento UE, non sembrano avere un'immediata e concreta ripercussione nell'ordinamento nazionale. Si ritiene, infatti, che la disciplina dei trattati sul diritto della concorrenza (*antitrust* e aiuti di stato) non trovi applicazione ai sistemi di erogazione di servizi (pubblici) sociali e socio-sanitari predisposti dal legislatore nazionale e regionale; invero, dato che essi sono organizzati in modo tale da far prevalere logiche di solidarietà rispetto a quelle di capitalizzazione, pare corretto escludere la rilevanza economica (nei termini sopra descritti) delle rispettive attività⁶²⁶.

6.2. (Segue) Aiuti di stato

Resta in ogni caso di interesse una rapida disamina di come la disciplina europea sul divieto di aiuti di stato tenga in specifica considerazione le peculiarità dei servizi sociali e socio-sanitari. È, infatti, nel settore in questione che il legislatore europeo - specie alla luce

⁶²¹ *Supra*, par. 2.1.2.

⁶²² A conferma di quanto sostenuto si vedano in giurisprudenza, Corte giust., 21 settembre 1999, causa C-67/96, *Albany*, cit., p. 122 e pronuncia del Tribunale, 12 febbraio 2008, causa T-289/03, *BUPA*, cit., p. 136-138. In dottrina, si veda TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, cit., pp. 1085 ss. e COSTAMAGNA F., *op. ult. cit.*, p. 83, il quale osserva, riferendosi in particolare alla pronuncia *Albany*, come "non solo gli stati siano esentati dal dimostrare l'assenza di alternative meno restrittive per poter legittimamente invocare la clausola di deroga ma, almeno per quanto riguarda i servizi sociali, la Corte si astenga dall'esercitare questo tipo di controllo anche nei casi in cui le possibili misure alternative siano già state individuate".

⁶²³ Sulla ripartizione delle competenze nel settore sociale e sanitario, si veda *infra* cap. III, par. 2.1.

⁶²⁴ Cfr. COSTAMAGNA F., *op. ult. cit.*, pp. 84-85.

⁶²⁵ L'ipotesi classica è la concessione di diritti esclusivi per le imprese incaricate di obblighi di servizio pubblico che sono tenuti ad assicurare i "rischi cattivi" in modo da evitare fenomeni di *cream-skimming*, ossia la concorrenza di altri operatori sui settori remunerativi (nel caso di specie l'assicurazione dei cd. "rischi buoni"). Si vedano anche le considerazioni di CYGAN A., *Public healthcare in the European Union*, cit., pp. 529 ss., con specifico riferimento al settore sanitario.

⁶²⁶ Sul punto rinvia al cap. I, par. 8.3.

delle recenti modifiche - sembra aver compiuto il maggior sforzo nel tentativo di raggiungere un equilibrio fra l'esigenza di assicurare il rispetto delle regole di mercato in quanto funzionale a una maggior efficienza e qualità nell'erogazione dei servizi pubblici, e quella - per certi versi contrapposta - di assicurare maggiore libertà agli Stati membri al fine di favorire il perseguimento di obiettivi sociali e di solidarietà.

Con riguardo al settore dei servizi pubblici, le norme del Trattato sugli aiuti di Stato hanno l'obiettivo di evitare sovra-compensazioni, di fare in modo cioè che la compensazione degli OPS che lo Stato garantisce ai prestatori di pubblici servizi non si trasformi in un vantaggio ingiustificato per quel soggetto, come tale distorsivo della concorrenza.

Le recenti novità del “*Pacchetto Almunia*”, introdotto fra il dicembre 2011 e l'aprile 2012, mostrano una maggiore “sensibilità” nei riguardi delle peculiarità che caratterizzano i servizi sociali e socio-sanitari⁶²⁷.

Con riguardo al Regolamento cd. “*de minimis*”, per quanto sia esso rivolto ai SIEG in generale, esso dovrebbe incidere - semplificandola - sull'organizzazione dei servizi sociali da parte degli Stati membri⁶²⁸. E' la Decisione, però, il documento dal quale emerge con maggior evidenza un *favor* per i servizi sociali alla persona e per quelli sanitari.

La compatibilità *ex ante* con il Trattato (e il venir meno dell'obbligo di notifica) di compensazioni non rispettose dei criteri Altmark⁶²⁹, infatti, viene estesa⁶³⁰, a prescindere

⁶²⁷ Tale Pacchetto è composto da: 1. Comunicazione della Commissione, *Comunicazione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale*, 11 gennaio 2012, (2012/C 8/02); 2. Decisione della Commissione, *riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale*, 20 dicembre 2011, (2012/21/UE); 3. Comunicazione della Commissione, *Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*, 11 gennaio 2012, (2012/C 8/03), cd. “Disciplina o Framework”, 4. Regolamento (UE) n. 360/2012 della Commissione, *relativo all'applicazione degli articoli 107 e 108 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di importanza minore («de minimis») concessi ad imprese che forniscono servizi di interesse economico generale*, 25 aprile 2012. In generale sulle novità introdotte dai documenti che compongono il nuovo Pacchetto si veda il documento della Commissione, *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale*, cit., del 29 aprile 2013. In dottrina, si rinvia a SZYSZCZAK E., WILLEM J., GRONDEN VAN DE J. W. (a cura di), *Financing Services of General Economic Interest. Reform and Modernization*, L'Aia, 2013; SZYSZCZAK E., *Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition*, in *Journ. Eur. Comp. Law & Practise*, 4, 2013, pp. 514- 524; GUIGLIA G., *I servizi sociali nel processo di integrazione europea*, cit., pp. 53 ss. e GIGLIONI F., *L'integrazione per differenziazione*, cit., pp. 538-545.

⁶²⁸ Si veda l'art. 2.2 che, rispetto al precedente Regolamento del 2006, porta da 200.000 a 500.000 euro la soglia sotto la quale gli art. 107 ss. TFUE non trovano applicazione.

⁶²⁹In linea con il cd. “*Compensation Approach*”, la nota pronuncia, Corte giust., 24 luglio 2003, causa C-280/00, *Altmark Trans*, ha individuato quattro condizioni che, se rispettate, escludono la qualificazione di una compensazione di obbligo di pubblico servizio come aiuto di stato. In particolare: 1. l'impresa beneficiaria

dal loro importo, alle compensazioni erogate per “prestazione di servizi di interesse economico generale rispondenti ad esigenze sociali in materia di assistenza sanitaria, assistenza di lunga durata, servizi per l’infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, edilizia sociale e assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili”(art. 2 par. 1 lett. c)⁶³¹. In altre parole, la Decisione in questione ha creato, per diversi servizi sociali⁶³² e

deve essere effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro(requisito della chiarezza dell’incarico); 2. i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente, al fine di evitare che essa comporti un vantaggio economico atto a favorire l'impresa beneficiaria rispetto a imprese concorrenti (requisito della trasparenza dei parametri di calcolo); 3. la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole per il suddetto adempimento (requisito della proporzionalità della compensazione); 4. quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico, in un caso specifico, non venga effettuata nell'ambito di una procedura di appalto pubblico che consenta di selezionare il candidato in grado di fornire tali servizi al costo minore per la collettività, il livello della necessaria compensazione deve essere determinato sulla base di un'analisi dei costi che un'impresa media, gestita in modo efficiente e adeguatamente dotata di mezzi di trasporto al fine di poter soddisfare le esigenze di servizio pubblico richieste, avrebbe dovuto sopportare per adempiere tali obblighi, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole per l'adempimento di detti obblighi” (requisito dell’efficienza). La letteratura, italiana e straniera, sul tema è sterminata; si rinvia, per tutti, a SZYSZCZAK E., WILLEM J., GRONDEN VAN DE J. W., *op. ult. cit., passim*; GALLO D., *Finanziamento dei servizi di interesse generale e aiuti di stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 5, 2007, pp. 893 ss.; CERASO L., *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 6, 2008, p. 97-153; MARTINELLI M., *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di stato*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1, 2007, p.113-173, FRATINI A., FILPO F., *Verso una nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico*, in *Rass. giur. ener. elett.*, 2005, p. 15-45; SCOTTI E., *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di stato*, in *Foro amm.-C.d.S.*, 2003, p. 3219 -3224.

⁶³⁰ Nella precedente Decisione 2005/842/CE la compatibilità con il trattato era prevista - oltre che per le compensazioni di importo annuo inferiore a 30 milioni concesse a imprese che non superavano un determinato fatturato – per le compensazioni di OPS concesse ai collegamenti aerei o marittimi verso le isole oppure a porti e aeroporti qualora in entrambi i casi non fosse superato un determinato traffico annuale medio, e per gli ospedali e per le imprese aventi incarichi di edilizia popolare. La successiva Decisione (2012/21/UE) – che ha modificato alcune di queste disposizioni sugli aspetti “quantitativi lasciandole però invariate quanto alla struttura – con riguardo alle cure mediche fornite dagli ospedali, compresi se del caso i servizi di emergenza, ha aggiunto che “Lo svolgimento di attività secondarie connesse a quelle principali, in particolare nel settore della ricerca, non preclude tuttavia l’applicazione del presente paragrafo”.

La Commissione, nel documento *Guida relativa all’applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale*, cit., del 29 aprile 2013, p. 92, commentando l’assenza di questo inciso riguardante le attività secondarie a proposito dei servizi sociali, ha riconosciuto, nell’assenza di una simile previsione, un atteggiamento di maggior indulgenza per i servizi sociali rispetto agli ospedali: i fornitori di servizi sociali, infatti, sebbene possano ricevere una compensazione solo per le attività che costituiscono SIEG, possono svolgere ulteriori attività che non siano semplicemente secondarie; al contrario, gli ospedali che forniscono cure mediche, per rientrare nel campo di applicazione della Direttiva, possono svolgere attività secondarie qualificabili come “ausiliarie” rispetto all’attività principale.

⁶³¹ Le ragioni di questa disciplina sono chiaramente esplicitate dall’undicesimo considerando della Decisione secondo cui “gli ospedali (si veda l’art. 2 par. 1 lett. b) e le imprese che prestano servizi sociali e sono incaricati di funzioni di interesse economico generale presentano caratteristiche specifiche di cui occorre tener conto. In particolare, va preso in considerazione il fatto che, nelle attuali condizioni economiche e nella fase attuale di sviluppo del mercato interno, i servizi sociali possono necessitare, per compensare i costi dei servizi pubblici, un importo di aiuto che eccede la soglia stabilita nella presente decisione. Un importo compensativo più elevato per i servizi sociali non determina quindi necessariamente un rischio maggiore di distorsione della concorrenza”.

⁶³² Sull’ambito di applicazione di tale disposizione, si v. *supra*, par. 5.

socio-sanitari, una “zona di salvaguardia” dall’applicazione delle norme sugli aiuti di Stato, rendendo in tal modo residuale il ricorso alla deroga dell’art. 106, par. 2 TFUE⁶³³; il che, però, non significa sancire la legittimità delle sovra-compensazioni. Sul punto è necessario soffermarsi brevemente.

Delle quattro condizioni *Altmark*, la quarta è quella più vincolante per le autorità nazionali: il cd. “requisito dell’efficienza”, infatti, richiede che l’impresa incaricata sia scelta mediante una procedura di evidenza pubblica o, alternativamente, che il livello della compensazione sia determinato sulla base di un’analisi dei costi che sostiene un’impresa media, gestita in modo efficiente. È evidente come il rispetto di questa condizione potrebbe limitare fortemente la libertà degli Stati membri nella scelta di (come) organizzare servizi sociali alla persona di elevata qualità (e quindi particolarmente costosi). La soluzione adottata dal legislatore europeo con la recente Decisione, lascia, in tal senso, molta più libertà agli Stati membri, mantenendo al contempo forme di controllo volte a evitare sperpero di denaro pubblico e possibili favoritismi. La compatibilità *ex ante* con il Trattato delle compensazioni di OPS riguardanti i servizi sociali e socio-sanitari non rispettose dei criteri *Altmark*, infatti, è subordinata al rispetto del costo netto: non è, cioè, stabilito un tetto al quantum della compensazione, ma essa non deve eccedere “quanto necessario per coprire il costo netto determinato dall’adempimento degli obblighi di servizio pubblico, nonché un margine di utile ragionevole”⁶³⁴. La Decisione ha, coerentemente, fornito precise indicazioni sulle modalità di calcolo di tale costo netto e perfezionato - rispetto al precedente documento del 2005 - i criteri per il calcolo dell’utile ragionevole⁶³⁵.

A prescindere da quale sarà l’efficacia di tali novità, è da apprezzare la direzione intrapresa dal legislatore europeo: da un lato, creare una sorta di zona franca per i servizi

⁶³³ Il mancato rispetto delle condizioni *Altmark* (*supra*) comporta la qualificazione della compensazione come aiuto di Stato; se nemmeno quelle individuate dalla Decisione vengono rispettate, l’aiuto di Stato potrà essere ‘giustificato’ se ritenuto conforme all’art. 106, par. 2 TFUE (le condizioni per usufruire di questa deroga sono quelle descritte al par. precedente; esse tuttavia sono specificate per il caso degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico dalla cd. ‘Disciplina o Framework’). Al contrario, il rispetto della Decisione fa sì che quelle determinate compensazioni siano considerate aiuti di Stato *ex ante* compatibili con il Trattato: viene meno, di conseguenza, l’obbligo di notifica preventiva di cui all’articolo 108, par. 3 TFUE e le compensazioni saranno sottoposte esclusivamente a un controllo *ex post*. Inoltre, la Commissione rimane comunque tenuta a un esame individuale in seguito ad eventuale denuncia di un eventuale interessato ai sensi dell’art. 108, par. 2 TFUE; in tal senso, cfr. Trib., 11 luglio 2007, causa T-167/04, *Aslepios*. Sul tema, in dottrina, cfr. CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi*, cit., pp. 63 ss.

⁶³⁴ Art. 5 Decisione.

⁶³⁵ GRONDEN van de J. W., RUSU C. S. *op. ult. cit.*; GUIGLIA G., *op. ult. cit.*, pp. 56 ss.

sociali alla persona⁶³⁶, esenti dal divieto di aiuti di stato in modo da lasciare agli Stati membri la possibilità di individuare con maggiore autonomia, rispetto al passato, la quantità di risorse da investire sui servizi sociali e, di conseguenza, il livello qualitativo dei servizi. Dall'altro, introducendo strumenti più precisi di controllo dei "costi" e del "margine ragionevole di profitto", si è cercato di soddisfare istanze di efficienza e di controllo della spesa pubblica.

In tal senso risulta interessante osservare, infine, come la Decisione del 2011 trovi applicazione esclusivamente quando la durata dell'atto di incarico abbia una durata inferiore ai dieci anni⁶³⁷: l'obiettivo è, chiaramente, quello di stimolare forme di concorrenza o meglio di "ricambio" fra le diverse imprese. Questa previsione, in altre parole, è da interpretare come conferma del tentativo delle Istituzioni europee di raggiungere un bilanciamento fra le esigenze di efficienza e quella di garantire la libertà di scelta degli Stati per ciò che concerne il livello di tutela sociale da garantire ai cittadini; essa, infatti, costituisce una sorta di "compensazione" per la non applicazione del quarto criterio Altmark.

⁶³⁶ Osserva GUIGLIA G., *I servizi sociali nel processo di integrazione europea: dalla distinzione alla regolazione*, cit., p. 499, come la principale ragione che spingeva le pubbliche autorità a rivolgersi al mercato attraverso una procedura di evidenza pubblica, fosse proprio quella di evitare il rispetto del criterio dell'investitore privato previsto, in alternativa alla procedura di gara, dalla quarta condizione *Altmark*.

⁶³⁷ L'art. 2 par. 2 prevede, infatti, che "la presente decisione si applichi esclusivamente quando il periodo durante il quale l'impresa è incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale ha durata inferiore a dieci anni. Qualora il periodo di incarico sia superiore a dieci anni, la presente decisione si applica soltanto nella misura in cui il fornitore del servizio debba effettuare investimenti significativi da ammortizzare su un arco di tempo più lungo in base a principi contabili generalmente riconosciuti".

CAPITOLO III

L'APPLICAZIONE DEL DIRITTO UE DEL MERCATO INTERNO AI SERVIZI SOCIALI E SOCIO SANITARI: PROFILI DINAMICI E QUESTIONE ANCORA APERTE

1. Esclusione dei servizi sociali e socio-sanitari dall'ambito di applicazione della *Direttiva Bolkestein*

La Direttiva 2006/123/CE, come noto, mira a una liberalizzazione degli scambi di servizi all'interno del mercato unico attraverso l'eliminazione, o la semplificazione/armonizzazione, delle procedure amministrative che costituiscono ostacoli agli scambi di servizi nell'Unione europea. Si tratta di una liberalizzazione ulteriore rispetto a quella già garantita dalle varie disposizioni del Trattato sulla libertà di stabilimento e sulla libera prestazione di servizi⁶³⁸.

Essa trova applicazione per i servizi di rilevanza economica. Dal tenore letterale della stessa Direttiva, e da quanto ricordato in precedenza, si evince che per ritenersi soddisfatto tale requisito è sufficiente che l'attività sia svolta dietro corrispettivo/remunerazione, anche limitato al solo rimborso spese⁶³⁹. Poiché risulta irrilevante per il diritto europeo che il corrispettivo sia pagato da chi riceve il servizio o da un terzo, se ne ricaverebbe l'applicazione della Direttiva Servizi ai servizi sociali e socio-sanitari erogati da prestatori privati per conto e a carico del servizio pubblico. Ma ciò non è vero del tutto, in quanto è la stessa Direttiva che prevede una serie di deroghe ed eccezioni di ordine prettamente oggettivo, ovvero correlate al tipo di attività, ancorché in taluni casi influenzate da profili di ordine soggettivo.

⁶³⁸ Come osservato da DIVERIO D., *Qualche riflessione intorno all'efficacia della Direttiva Servizi negli ordinamenti degli Stati membri e al suo rapporto con il TFUE*, in *Dir. comm. intern.*, 4, 2015, pp. 983 – 1003, in part. p. 991, la ragion d'essere della Direttiva è “*la presa d'atto che l'applicazione dell'art. 49 TFUE (e dell'art. 56 per la libera prestazione di servizi) non consente l'eliminazione sistematica degli ostacoli nazionali al diritto di stabilimento*”; gli art. 49 e 56 TFUE, infatti, non consentono un “*definitivo completamento del mercato interno*” e non possono garantire agli “*operatori economici la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio*” di tali libertà, anche perché la loro applicazione dipende dalle singole decisioni dei giudici nazionali e dalle procedure di infrazione di volta in volta avviate dalla Commissione.

⁶³⁹ *Supra*, cap. II, par. 4.2. Per maggiore chiarezza si ricorda che il considerando 17 prevede che “*La presente direttiva si applica soltanto ai servizi che sono prestati dietro corrispettivo economico. I servizi d'interesse generale non rientrano nella definizione di cui all'articolo 50 del trattato e sono pertanto esclusi dall'ambito di applicazione della presente direttiva*”. L'art. 2 della Direttiva, inoltre, afferma che: “*2. La presente direttiva non si applica alle attività seguenti: a) i servizi non economici d'interesse generale (...)*”.

Per quanto qui di interesse, va fatto riferimento all'art. 2 che esclude dall'ambito di applicazione della Direttiva *i servizi sanitari, indipendentemente dal fatto che vengano prestati o meno nel quadro di una struttura sanitaria e a prescindere dalle loro modalità di organizzazione e di finanziamento sul piano nazionale e dalla loro natura pubblica o privata* (lett. f); nonché i “*servizi sociali riguardanti gli alloggi popolari, l'assistenza all'infanzia e il sostegno alle famiglie ed alle persone temporaneamente o permanentemente in stato di bisogno, forniti dallo Stato, da prestatori incaricati dallo Stato o da associazioni caritative riconosciute come tali dallo Stato* (lett. j).

Sulla prima eccezione relativa ai servizi sanitari di cui alla lett. f non si pongono particolari problemi interpretativi: è formulata in termini così estesi - sia sotto il profilo soggettivo sia oggettivo - da potere rientrare qualunque attività di erogazione di servizi sanitari riconducibile, direttamente o indirettamente, al Servizio Sanitario Nazionale.

Diverso il discorso per la previsione di cui all'art. 2, lett. j, riguardante i servizi sociali. Come si evince da una recente pronuncia della Corte di giustizia⁶⁴⁰, per individuare l'ambito applicativo di tale previsione di deroga occorre soffermarsi su due distinti profili, il primo riguardante il carattere dell'attività esercitata, il secondo lo *status* del prestatore dei servizi.

Relativamente al carattere dell'attività esercitata, la Corte – richiamando espressamente il Manuale di attuazione della Direttiva⁶⁴¹ - ha sottolineato come, per rientrare nell'ambito di applicazione della deroga, debba trattarsi di attività riguardanti “*l'ausilio e l'assistenza alle persone anziane che si trovano in condizione di particolare bisogno a titolo permanente o temporaneo, perché sono totalmente o parzialmente dipendenti, e rischiano pertanto di essere emarginate. In altri termini, si tratta di attività essenziali per garantire i diritti fondamentali alla dignità e all'integrità umana e che costituiscono una manifestazione dei principi di coesione e solidarietà sociale*”.

La Corte, delineando in modo così ampio i confini della nozione di servizio sociale di cui all'art. 2, par. 2, lett. j, della Direttiva, aderisce a una un'interpretazione estensiva della stessa deroga⁶⁴², differentemente da quanto prospettato da una parte della dottrina⁶⁴³ che non aveva invece valorizzato la portata inclusiva di tale disposizione, e in particolare della formula residuale in essa contenuta (servizi forniti a “*persone temporaneamente o*

⁶⁴⁰ Corte giust., 11 luglio 2013, causa C-57/12, *Femarbel c. COCOM*, cit.

⁶⁴¹ Si tratta del “*Manuale per l'attuazione della Direttiva Servizi*” redatto dai servizi della direzione generale del Mercato interno della Commissione nel 2007.

⁶⁴² Il testo dell'art. 2.2, lett. j, infatti, non fa infatti espresso riferimento ai servizi alla vecchiaia.

⁶⁴³ GRONDEN VAN DE J. W., *Free Movement of Services*, cit., p. 132.

permanentemente in stato di bisogno”). A tali aspetti si è già accennato nel precedente capitolo, par. 5, cui si rinvia.

Quanto al secondo requisito, riguardante lo *status del prestatore*, l'art. 2.2, lett. j, richiede che i servizi sociali, per essere esentati dall'ambito applicativo della Direttiva, devono essere erogati: (a) dallo Stato stesso; (b) da un'associazione caritativa riconosciuta come tale dallo Stato; (c) da un prestatore di servizi privato incaricato da quest'ultimo.

Il punto (a) non sembra presentare particolari problemi interpretativi: la Direttiva Servizi non dovrebbe trovare applicazione quando i servizi sociali sono forniti attraverso i moduli organizzativi di servizio pubblico ad erogazione diretta⁶⁴⁴.

Per il corretto inquadramento dell'ipotesi prevista al punto (b) (*“associazione caritativa riconosciuta come tale dallo Stato”*) si può fare riferimento a quanto previsto dal *Manuale per l'attuazione della Direttiva Servizi*, cit., secondo cui la nozione in questione include *“le chiese e le organizzazioni ecclesiastiche che perseguono scopi caritatevoli e benefici”*.

In assenza di diverse letture di tale previsione, essa andrebbe interpretata in senso restrittivo tale da non includere nemmeno le associazioni di volontariato. Pertanto, l'attività di tutti gli operatori privati (profit e non profit) che erogano servizi sociali, può considerarsi esclusa dall'ambito applicativo della Direttiva *Bolkstein* nei soli casi in cui tali operatori agiscono su incarico dello Stato; è pertanto, sull'ipotesi di cui all'art. 2, lett. j, di cui al punto (c), che occorre focalizzare l'attenzione.

Nella sentenza *Femarbel c. COCOM*, la Corte è stata chiamata a verificare se nella fattispecie specifica - riguardante l'attività di centri di accoglienza diurni e notturni - il prestatore potesse ritenersi "incaricato" di erogare il predetto servizio sociale. Nel rimettere la questione al giudice nazionale, la CGUE fornisce importanti indicazioni sul punto.

Secondo la Corte un prestatore di servizi privato deve ritenersi “incaricato dallo Stato” qualora sia “obbligato” a fornire servizi sociali di cui è stato incaricato e tale obbligo deve riguardare sia l'*an* della prestazione (*“l'impegno vincolante di fornire i servizi di cui trattasi”*), sia il *quomodo* (*“la necessità di fare ciò rispettando determinate condizioni di esercizio specifiche”*).

Le indicazioni fornite dal giudice europeo sono di particolare rilevanza.

⁶⁴⁴ V. *supra*, cap. I, par. 8.1.

Con esse la CGUE pare, infatti, superare la posizione dei servizi della Commissione Europea che, in un documento di lavoro⁶⁴⁵, avevano sottolineato le differenze fra il concetto di “prestatore incaricato dallo stato” ai sensi della Direttiva Servizi e la nozione di atto di incarico in materia di aiuti di stato⁶⁴⁶. In particolare la Commissione aveva sottolineato la coerenza delle due nozioni nella misura in cui presuppongono entrambe l’obbligatorietà del servizio, ma ne aveva rimarcato la differenza con riguardo al contenuto dell’incarico, ritenendo di fatto sufficiente, ai sensi della Direttiva Servizi, la previsione dell’obbligatorietà nell’*an*.

La pronuncia richiamata, invece, richiede che, anche per aversi un “prestatore incaricato” ai sensi della Direttiva Servizi, sia necessario che l’atto di incarico fornisca precise indicazioni sul contenuto del servizio oggetto dell’incarico (*rectius*, sulle condizioni di esercizio specifico del servizio).

In particolare, tali indicazioni, oltre a conferire in modo chiaro e trasparente l’obbligo di servizio sociale a un prestatore di servizi privato (obbligatorietà nell’*an*), devono garantire che tali servizi:

- a. siano offerti conformemente alle necessità quantitative e qualitative stabilite;
- b. in modo tale da assicurare la parità di accesso alle prestazioni;
- c. in linea di massima con riserva di un’adeguata contropartita finanziaria i cui parametri di calcolo devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente.

Le conclusioni cui è pervenuta la Corte nella sentenza *Femarbel c. COCOM* potrebbero risultare di interesse con riguardo ai sistemi regionali di regolazione dei servizi sociali; ciò con particolare riferimento ai riflessi e alle implicazioni che l’individuazione dell’elemento essenziale per l’applicazione della “deroga” alla disciplina della Direttiva 2006/123/CE nell’atto di incarico di un obbligo di servizio pubblico, potrebbe avere sulle modalità regolative nazionali e regionali. Detto altrimenti, la possibilità di “beneficiare” di tale deroga dipende da come - a livello nazionale o regionale - si è scelto di regolare l’organizzazione e la gestione dei servizi sociali; è infatti necessario che nel sistema

⁶⁴⁵ Documento dei servizi della Commissione, *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, 29 aprile 2013, SWD(2013) 53 def., che costituisce l’aggiornamento di un precedente documento del 2010.

⁶⁴⁶ Sull’atto di incarico proveniente da un pubblico potere necessario per istituire un SIEG, si è già detto al cap. 2, par. 2.1.1. Va precisato soltanto che il copioso dibattito su questo istituto, ha però riguardato soprattutto natura e caratteristiche di tale atto di incarico al fine di derogare alla disciplina sulla concorrenza; poco si è detto, invece, sul concetto di “prestatore incaricato” cui fa riferimento l’art 2.2, lett. j, della Direttiva servizi.

regolativo regionale sia individuabile un atto di incarico di specifici obblighi di pubblici servizio.

1.1 La nozione di *prestatore incaricato dallo Stato* riversata nel contesto nazionale

Al fine di valutare se i modelli organizzativi di gestione ed erogazione dei servizi sociali predisposti a livello nazionale/regionale⁶⁴⁷ siano esenti dalla Direttiva *Bolkstein*, bisogna valutare se - alla luce delle conclusioni della CGUE - in tali modelli siano ravvisabili atti di incarico di specifici obblighi di pubblico servizio. Si prescinde quindi, per un momento, dalle conclusioni cui si è giunti nella restante parte della ricerca, secondo cui le prestazioni assistenziali erogate da privati per conto del sistema pubblico sono qualificabili come servizi pubblici.

Per chiarezza espositiva, si può distinguere fra (a) i sistemi in cui il momento dell'accREDITAMENTO o quello contrattuale presentano un legame con la fase della programmazione e (b) i sistemi cd. "liberi" in cui il rispetto dei *budget* individuati nella programmazione è garantito attraverso il controllo della domanda.

In entrambi i modelli, il momento autorizzatorio di per sé non è idoneo a costituire un atto di incarico di specifici OPS, dovendo l'autorizzazione considerarsi un atto di regolazione di attività a fini sociali, presupposto o preliminare all'atto di incarico da parte del soggetto pubblico; l'autorizzazione è infatti richiesta a tutti i soggetti che vogliono erogare prestazioni sociali, a prescindere dal fatto che operino per conto del servizio pubblico (caratterizza cioè il regime dell'attività e non quello del servizio pubblico).

Se quindi un atto di conferimento dell'incarico può essere rintracciato, questo non può che collocarsi nei due successivi momenti dell'accREDITAMENTO e dell'accordo/contratto.

(a) Nei modelli in cui le scelte di programmazione dei bisogni e delle risorse assumono un ruolo centrale che si ripercuote su almeno uno dei tre "momenti" che lo compongono (accREDITAMENTO, contratto o in entrambi) pare possibile affermare senza particolari controindicazioni che i prestatori che svolgono attività assistenziale per conto del servizio pubblico (e finanziati anche solo in parte mediante risorse pubbliche) vadano considerati prestatori incaricati di specifici obblighi di pubblico servizio.

⁶⁴⁷ Si veda *supra*, cap. I, ai par. 10 della parte I, e par. 2.2 della parte II, cui si rinvia.

Essi sono, infatti, soggetti a specifici obblighi che vanno ben oltre la mera doverosità della prestazione; quei prestatori che accettano di entrare nel sistema e di ricevere compensazioni dal soggetto pubblico, accettano una serie di specifici obblighi che incidono sul *quantum* delle prestazioni, sulle modalità di erogazione, sulle caratteristiche strutturali-organizzative del prestatore stesso e si pongono, rispetto all'autorità pubblica titolare del servizio, in una posizione se non di soggezione, quantomeno di strumentalità funzionale.

Il *quantum* della prestazione viene specificato al momento dell'accreditamento o del contratto di servizio, facendo riferimento a quanto deciso in sede di programmazione.

Il *quomodo* della prestazione è regolato non solo per ciò che attiene al *contenuto (funzionale) della prestazione*, ma anche con riguardo agli *aspetti organizzativi strutturali* del prestatore. Sono previsti infatti stringenti criteri e parametri nella selezione del personale, nei protocolli da seguire nell'organizzazione e durante l'esecuzione della prestazione; sono, inoltre, previsti l'obbligo di adozione delle carte di servizi e il rispetto di garanzie di continuità nell'erogazione del servizio (comprese stringenti indicazioni sugli orari di apertura al pubblico).

Poteri di controllo e di vigilanza sono espressamente previsti in capo alle amministrazioni competenti, cui fanno da contraltare l'assunzione di debiti informativi in capo al prestatore.

Molto indicativo nel senso di qualificare il prestatore come incaricato di specifici obblighi di pubblico servizio, è anche la precisa predeterminazione del costo di ogni prestazione servizio, comprendente una tariffa/retta che può essere richiesta al beneficiario della prestazione e una remunerazione che il *provider* ha diritto di ricevere dall'autorità su cui grava il finanziamento della prestazione sociale.

Infatti, un sistema tariffario come quello presente in alcuni dei casi analizzati - fisso anche nel minimo e non solo nel massimo - contribuisce certamente al raggiungimento di quelle finalità che l'autorità pubblica ha ritenuto debbano caratterizzare il servizio pubblico (quali un determinato livello di qualità, riconosciuto come necessario e sostenibile, l'equità nel sistema di accesso e di contribuzione al costo dei servizi, la qualità e l'efficienza nel sistema di produzione)⁶⁴⁸. Tuttavia, l'imposizione agli operatori di tariffe da rispettare può considerarsi come un indizio della presenza di obblighi di pubblico servizio, ma non come

⁶⁴⁸ Nel caso da cui ha preso origine pronuncia *Femarbel c. COCOM*, era previsto un sistema tariffario che individuava solo le tariffe massime; nelle sue conclusioni, l'AG sembra considerare tale aspetto (e quindi la possibilità di una concorrenza sul prezzo e non solo sulla qualità) come un indice dal quale desumere la non idoneità dell'accREDITAMENTO a configurare un atto di incarico di specifici obblighi di pubblico servizio.

una prova; questo perché si tratta di una situazione che spesso ricorre anche nelle ipotesi di attività sottoposta a regolazione economica.

Diversamente, la predisposizione di un sistema di finanziamento delle prestazioni a carico del soggetto pubblico titolare del servizio costituisce un indizio molto più forte nel senso di ricondurre gli obblighi che gravano sui prestatori a obblighi (specifici) di pubblico servizio e non a semplice regolazione dell'attività; anche se, pare opportuno sottolineare, non sempre il finanziamento di un'attività con risorse pubbliche implica, di per sé, la presenza di un servizio pubblico⁶⁴⁹. A prescindere da tali ipotesi, la forte valenza probatoria della presenza di un finanziamento pubblico sembra potersi evincere dalla stessa definizione di OSP (*“attività che un soggetto se seguisse il solo interesse economico non porrebbe in essere o comunque non a quelle determinate condizioni”*); la stessa CGUE è molto esplicita sul punto quando afferma che per aversi “prestatore incaricato” è richiesto in linea di massima la riserva *“di un'adeguata contropartita finanziaria i cui parametri di calcolo devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente”*.

Anche con riguardo alle modalità con cui devono essere predeterminati i parametri di calcolo (*“in modo obiettivo e trasparente”*), i sistemi analizzati sono conformi a quanto richiesto dall'ordinamento europeo.

L'ammontare delle compensazioni (ma lo stesso vale per le tariffe) viene, di norma, stabilito *ex ante* dalla competente autorità, in maniera precisa per ogni diverso tipo di attività; esso viene accettato dal prestatore al momento in cui viene accreditato e poi “concretizzato” per ogni singolo prestatore nel successivo contratto/accordo. Come già ricordato, le compensazioni sono individuate in maniera “fissa” con la previsione normalmente di “meccanismi di flessibilità” che consentono un “adattamento” alle specificità del caso concreto.

(b) Con l'espressione modelli cd. “liberi” si fa riferimento a quei sistemi – fra quelli che seguono l'impostazione della l. quadro n. 328/2000 – in cui il *quantum* delle prestazioni che ogni operatore dovrà erogare dipende soltanto dalle scelte dell'utente. In

⁶⁴⁹ In altre parole, il ricorso al denaro pubblico per il finanziamento del servizio è di norma indice della presenza di un servizio pubblico, anche se può aversi, da un lato, l'imposizione di obblighi di servizio pubblico senza che sia prevista alcuna remunerazione/compensazione in capo all'autorità titolare del servizio (cfr. art. 16 e 17 del Regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008 sul trasporto aereo, da cui si evince come la compensazione di un obbligo di pubblico servizio sia solo eventuale); dall'altro lato, è pure ammissibile l'ipotesi di servizi finanziati dallo Stato non qualificabili come pubblici servizi.

tali sistemi, pertanto, né l'accreditamento né il successivo contratto presentano alcun legame con le scelte fatte nella fase della programmazione (il momento convenzionale ha solamente una funzione cd. "regolativa", di predisposizione delle condizioni contrattuali, e non selettiva); il rispetto dei *budget* individuati nella programmazione è garantito attraverso il controllo della domanda, e cioè al momento in cui l'autorità competente rilascia agli utenti i titoli di acquisto utilizzabili per l'acquisto di specifiche prestazioni erogate da soggetti accreditati.

Tale ultimo profilo è quello che distingue tali modelli da quelli descritti sopra, in cui il *quantum* di prestazioni viene (almeno in parte) predeterminato *ex ante* al momento del rilascio dell'accreditamento o della stipulazione del contratto. Si tratta di una differenza di rilievo, che incide sul tema relativo all'*an* e al *quomodo* delle procedure selettive per la scelta dei prestatori incaricati⁶⁵⁰, ma che non pare avere alcuna rilevanza per il profilo che si sta ora esaminando, ossia la possibilità di individuare un atto di incarico di specifici obblighi di pubblico servizio.

Anche nei modelli che hanno optato per l'accreditamento *libero*, si può, comunque, determinare il *quantum massimo* delle prestazioni che ogni soggetto può erogare, sebbene ciò dipenda esclusivamente dalle scelte degli utenti e non dell'autorità amministrativa competente. Per tutti gli altri profili⁶⁵¹, non sembrano evidenziarsi divergenze significative rispetto al primo modello.

Pertanto, in presenza delle condizioni richiamate, che sembrano ricavabili nei modelli regionali analizzati, i soggetti privati accreditati che erogano servizi sociali alla persona per conto del servizio pubblico, a prescindere dal tipo di accreditamento e di contratto, vanno considerati prestatori incaricati ai sensi dell'art. 2, lett. j, della Direttiva 2006/123/CE; l'attività che essi svolgono per conto del servizio pubblico (e la disciplina statale che regola tale attività⁶⁵²) è esclusa dall'ambito di applicazione della Direttiva Servizi⁶⁵³.

⁶⁵⁰ *Infra*, par. 4 ss.

⁶⁵¹ A titolo esemplificativo: modalità delle prestazioni, incidenza su aspetti organizzativi e strutturali del prestatore, sottoposizione dello stesso a stringenti poteri di vigilanza e controllo, accettazione di un sistema in cui per ogni prestazione sono individuati, in maniera fissa, sia i costi a carico del bilancio pubblico, sia quelli a carico del beneficiario della prestazione.

⁶⁵² Il problema di compatibilità fra il diritto nazionale e la Direttiva Servizi avrebbe potuto configurarsi con riguardo alle disposizioni nazionali che prevedono un accreditamento collegato a esigenze di programmazione, rispetto all'art. 14 della Direttiva; tale disposizione prevede, infatti, che, fra i requisiti vietati, rientrino quelli concernenti "l'applicazione caso per caso di una verifica di natura economica che subordina il rilascio dell'autorizzazione alla prova dell'esistenza di un bisogno economico o di una domanda di mercato, o alla valutazione degli effetti economici potenziali o effettivi dell'attività o alla valutazione dell'adeguatezza dell'attività rispetto agli obiettivi di programmazione economica stabiliti

2. Libertà di stabilimento e contratti pubblici, concorrenza “nel” e “per” il mercato: l’“eclettismo” dei servizi sociali e socio-sanitari

L'esclusione delle disposizioni della Direttiva *Bolkestein* non implica, ovviamente, la non applicazione delle altre discipline che compongono quello che si è definito sub-settore del mercato interno; si fa riferimento, nello specifico, alle norme europee in materia di:

- a) libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE⁶⁵⁴ e
- b) contratti pubblici (appalti e concessioni).

dall'autorità competente”. Per vero, l'ultima parte della disposizione prevede che “*tale divieto non concerne i requisiti di programmazione che non perseguono obiettivi economici, ma che sono dettati da motivi imperativi d'interesse generale*”. Come si è detto al cap. I, parte II, par. 2.1 (e come si dirà meglio ai par. 4 ss.), l'accREDITAMENTO collegato alla programmazione certamente è funzionale al perseguimento di motivi imperativi di interesse generale, ma a esso non sono estranee nemmeno ragioni di carattere economico, quali la tenuta (economica) del sistema di *welfare* pubblico. Si consideri, inoltre, che: a. l'art. 14 sui requisiti vietati non contiene alcuna previsione specifica di deroga per i servizi di interesse economico generale (a differenza dell'art. 15 sui “*Requisiti da valutare*”); b. che l'art. 14 è norma direttamente applicabile e c. che, soprattutto, la Corte ha escluso che gli Stati possano derogare alle disposizioni puntuali della Direttiva facendo ricorso alle eccezioni previste dal Trattato. Su tale ultimo profilo si veda Corte giust., gr. sez., 16 giugno 2015, causa C-393/13, *Rina Services e a.*; in dottrina sul punto, e più in generale sul rapporto fra la Direttiva e il TFUE, si rinvia DIVERIO D., *Qualche riflessione intorno all'efficacia della Direttiva Servizi*, cit., in part. p. 987 ss. e 1000 ss. Per vero, nel dibattito che si è sviluppato sulla proposta di Direttiva della Commissione del 13 gennaio 2004, l'attenzione si era focalizzata anche attorno all'art. 15 nella parte in cui prevede(va) un preliminare *screening* sul rispetto della necessità e proporzionalità di misure nazionali che introducono “*restrizioni quantitative o territoriali sotto forma, in particolare, di restrizioni fissate in funzione della popolazione o di una distanza geografica minima tra prestatori*”. È stato proprio tale dibattito che ha portato a escludere dall'ambito di applicazione della Direttiva, poi adottata nel 2006, i servizi sanitari (e sociali); su tali profili, cfr. BAETEN R., PALM W., *The compatibility of Health Care Capacity Planning Policies with EU Internal Market Rules*, in GRONDEN VAN DE J.W.; SZYSZCZAK E., NEERGAARD U., KRAJEWSK M. (a cura di), *Health Care and Eu Law*, L'Aia, 2011, pp. 389-411, in part. p. 395.

⁶⁵³ Tale conclusione consente di ritenere superate alcune questioni che avrebbe potuto rivelarsi spinose. In particolare, con riguardo al regime giuridico dei servizi socio-sanitari, si sarebbe posto il tema di capire se tali attività rientrino nella più ampia deroga dalla Direttiva servizi prevista per i servizi sanitari (art. 2 lett. c) o se, al contrario, seguono il regime giuridico, più rigoroso, previsto per i servizi sociali (lett. j). Il criterio cui fare ricorso, presumibilmente, sarebbe stato quello dell'attività prevalente, utilizzato in materia di contratti pubblici “misti” (cfr., da ultimo, Corte. Giust., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*). Date le riflessioni di cui sopra, il problema non sembra porsi dato che, quando l'attività degli operatori privati è riconducibile a un'attività qualificabile come pubblico servizio, essendo tali soggetti qualificabili come “prestatori incaricati”, il regime di più stringente liberalizzazione previsto dalla *Bolkestein* non dovrebbe trovare applicazione a prescindere dal fatto che i servizi socio-sanitari vengano ricondotti alla lett. c o lett. j.

⁶⁵⁴ Nelle successive parti della ricerca si farà riferimento alla libertà di stabilimento; infatti, data la natura dei servizi in questione, sono le norme sulla libertà di stabilimento che, più delle altre, vengono chiamate in causa quando la Corte valuta la compatibilità con il Trattato dei regimi di regolazione per l'accesso ad un'attività predisposti dagli Stati membri. Come noto, la Corte, quando valuta se nel caso concreto possa rilevare la libera prestazione di servizi, per prima cosa indaga se c'è, da parte del soggetto che invoca le libertà del Trattato, una partecipazione costante e continua alla vita economica di uno Stato membro diverso da quello di origine. Cfr. Corte giust., 17 giugno 1997, causa C-70/95 *Sodemare*, p. 24; in dottrina, cfr. HANCHER L., SAUTER W., *One step beyond? From Sodemare to Docmorris: the EU's freedom of establishment case law concerning healthcare*, in *Comm. Mark Law Rev.*, 47, 2010, p. 122. Sulla libertà di stabilimento, si rinvia a CODINANZI M., *La libertà di stabilimento*, in STROZZI G. (a cura di) *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, Torino, 2010, pp. 159 ss.

Obiettivo di questa parte dell'indagine è l'analisi, alla luce di tali discipline, dei sistemi regionali di erogazione dei servizi sociali e socio-sanitari di “*quasi mercato*”, intendendo come tali i sistemi in cui la dimensione concorrenziale dovrebbe essere data dalla scelta degli utenti e non (solo) da specifiche procedure di accesso da parte degli operatori⁶⁵⁵.

Le discipline europee in questione, per quanto dal contenuto distinto, si caratterizzano per la comune finalità di regolamentare l'accesso al mercato degli operatori economici, come comprovato anche dal fatto che la disciplina sui contratti pubblici è strumentale a un'effettiva esplicazione della libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

In particolare, la *libertà di stabilimento* di cui all'art. 49 TFUE, basata sul principio di parità di trattamento⁶⁵⁶, garantisce l'“*accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese (...)*” e vieta, quindi, le misure nazionali che rendono meno “attraente” (nel senso di più difficoltoso) per i prestatori stranieri l'accesso al mercato; rilevando, quindi, nei casi in cui misure nazionali impongono oneri burocratico/amministrativi, come nel caso di misure di selezione incentrate su particolari requisiti soggettivi e oggettivi.

La *disciplina europea sui contratti pubblici* trova, invece, applicazione allorché un'amministrazione pubblica (o un soggetto ad essa equiparato) perfeziona con un operatore economico un rapporto contrattuale finalizzato - dietro corresponsione di risorse pubbliche (prezzo) - alla realizzazione di un'opera o di un lavoro pubblico, ovvero all'acquisizione di beni o di servizi, con assunzione da parte dell'acquirente pubblico del rischio economico dell'operazione.

Come noto, la disciplina europea in materia di appalti pubblici ha progressivamente attratto nel proprio ambito anche fattispecie contrattuali originariamente - specie nei contesti nazionali - distinte, soprattutto in ragione del diverso ruolo assegnato all'operatore economico, per molti versi considerato un “sostituto” dell'amministrazione.

Il riferimento principale va ovviamente alle varie figure convenzionali/concessorie che hanno caratterizzato e caratterizzano sia il settore dei lavori pubblici, sia quello dei servizi pubblici. In particolare, mentre il primo settore è stato quello che, sin dagli anni '70, ha richiamato l'attenzione delle istituzioni comunitarie, orientatesi nel senso di una completa assimilazione delle concessioni di lavori agli appalti pubblici (attraverso la

⁶⁵⁵ Per la loro descrizione, si rinvia al cap. I, par. 10 della parte I, e par. 2.2, parte II.

⁶⁵⁶ Cfr. considerando 65 della Direttiva 2006/123/CE cit.

fattispecie dell'"esecuzione con qualsiasi mezzo"), nei servizi pubblici l'avvicinamento tra le diverse fattispecie è stato assai più graduale pervenendosi, dapprima, alla sottoposizione delle regole di affidamento delle concessioni ai principi cardine del diritto europeo⁶⁵⁷ e, quindi, - con la recente Direttiva 2014/23/UE - alla definizione di un regime compiuto, a caratterizzazione concorrenziale.

E invero le concessioni vengono ora qualificate come contratti a titolo oneroso mediante i quali *“una o più amministrazioni affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici”*; in tali contratti il corrispettivo consiste nel diritto per il concessionario *“di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato del prezzo”*; la loro caratteristica principale consiste, quindi, nel trasferimento al concessionario di un *“rischio operativo di natura economica che comporta la possibilità di non riuscire a recuperare gli investimenti fatti e i costi sostenuti”*⁶⁵⁸.

A rigore, risulta pertanto di rilevanza primaria considerare che, modalità di remunerazione e allocazione del rischio, risultano gli elementi essenziali qualificanti i rapporti concessori e, come tali, discretivi rispetto a quelli di appalto⁶⁵⁹.

La disciplina sui contratti pubblici - a prescindere dalla distinzione fra appalti e concessioni che, in taluni casi, giustifica ancora parziali differenziazioni in punto di regime giuridico - consiste principalmente nella sottoposizione delle fasi di aggiudicazione/affidamento (scelta dell'appaltatore e del concessionario) a regole procedurali finalizzate a garantire sia trasparenza e conoscibilità delle condizioni di accesso al mercato (tramite pubblicazione di avvisi e bandi e predeterminazione degli stessi requisiti di accesso), sia una selezione competitiva, assistita da garanzia di parità di condizione tra gli operatori.

⁶⁵⁷ A partire dalla *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 12 aprile 2000, in GUCE C 121 del 29 aprile 2000, e poi con il *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, 30 aprile 2004, COM(2004) 327 def., la Commissione ha affermato che le concessioni di servizi, sebbene non definite né dal Trattato né dalle disposizioni di diritto derivato, nella misura in cui concretizzano atti statali aventi a oggetto prestazioni di attività economiche, restano sottoposte alle norme ed ai principi del Trattato di volta in volta rilevanti e ai principi sanciti in materia dalla giurisprudenza della Corte. Fra le prime pronunce sul punto, si veda Corte giust., 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Teleaustria*; si veda anche Corte giust., 13 settembre 2007, causa C-260/04, *Commissione c. Italia*, p. 23-24 e Corte giust., 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Coname*, p. 13. Si ricorda, inoltre, che la Direttiva 2004/18/CE che per prima da una definizione di concessione, esclude le concessioni di servizi dal suo ambito di applicazione, prevedendo solamente una clausola di non discriminazione in fase alla nazionalità. Sulla disciplina nazionale di attuazione, v. *infra* par. 5.2.

⁶⁵⁸ Le parti del testo in corsivo sono riprese dalla recente Direttiva concessioni 2014/23/UE.

⁶⁵⁹ Il tema verrà ripreso ai par. 5 ss.

In altri termini, dando vita a un sistema in cui il confronto concorrenziale deve riflettere, non solo la rispondenza all'interesse specifico perseguito dall'amministrazione (secondo l'impostazione tradizionale della normativa nazionale di contabilità), ma anche, nell'ottica del diritto UE, il rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza, nonché quelli di imparzialità, non discriminazione, riconoscimento reciproco e proporzionalità.

Di guisa che anche nel caso in cui non dovessero trovare applicazione le specifiche norme di diritto derivato (ad esempio, in caso di contratti sotto-soglia o contratti cd. "esclusi")⁶⁶⁰, i suddetti principi generali - specie allorquando vi sia un "interesse transfrontaliero certo"⁶⁶¹ - devono comunque riflettersi e inverarsi in procedure e

⁶⁶⁰ A tal proposito, pare necessario un riferimento alla Comunicazione interpretativa della commissione *relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici*, 1 agosto 2006, (2006/C 179/02); in tale documento la Commissione, riprendendo la giurisprudenza UE, ha chiarito come anche nei settori esclusi dall'ambito di applicazione delle Direttive sugli appalti pubblici (ad esempio appalti sotto-soglia o appalti di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE) vanno rispettate alcune "norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE", quali "la libera circolazione delle merci (articolo 28 del trattato CE), il diritto di stabilimento (articolo 43), la libera prestazione di servizi (articolo 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco". In particolare, i principi di eguaglianza di trattamento e di non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza. Sempre richiamando la giurisprudenza UE, la Commissione precisa come il rispetto delle norme fondamentali di un'aggiudicazione equa e trasparente può essere effettivamente garantito solo se si prevede la possibilità di un controllo sull'imparzialità della procedura.

⁶⁶¹ Nei contratti che non rientrano nell'ambito di applicazione delle discipline di diritto derivato (contratti sotto-soglia o contratti riconducibili ai settori cd. esclusi o non prioritari), il diritto europeo sembra richiedere il rispetto delle norme di diritto primario (in particolare, libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi) solo in presenza di un interesse transfrontaliero certo; da ultimo in tal senso Corte. Giust., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*; sul tema anche Corte giust., 29 novembre 2007, causa C-119/06, *Commissione c. Italia*; Corte giust., 17 marzo 2011, causa C-95/10 *Strong Segurança SA contro Município de Sintra*; Corte giust., 15 maggio 2008, cause riunite C-147/06 e C-148/06, *SECAP* p. 31; sul punto cfr. anche Documento dei servizi della Commissione, *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, 29 aprile 2013, cit.). Come osservato dalla Commissione, infatti, in assenza di tale interesse transfrontaliero "gli effetti sulle libertà fondamentali (...) dovrebbero essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti" per giustificare l'applicazione di norme derivate dal diritto primario dell'UE (Com. 2006/C 179/02 cit., p. 1.3). La valutazione con la quale l'amministrazione che procede all'affidamento è tenuta ad accertare, caso per caso, la presenza di un interesse transfrontaliero in tali contratti è certamente complessa e lascia ampi margini di incertezze. Tali incertezze non sembrano superate dai diversi tentativi della Istituzioni di individuare, esemplificativamente, alcuni criteri dai quale desumere la presenza dell'interesse transfrontaliero (quali, ad esempio, oggetto dell'appalto, l'importo stimato, eventuali particolari caratteristiche del settore in questione, il luogo geografico di esecuzione); e ciò anche in considerazione del fatto che la stessa Commissione esclude che una normativa possa stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. In dottrina, su tali profili, si v. DIVERIO D., *La Corte di giustizia alla prova delle situazioni puramente interne*, cit., pp. 433 ss. che si esprime in senso contrario alla non applicazione delle libertà fondamentali di circolazione alle situazioni meramente interne; nonché SZYDLO M., *The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement*, in *German Law Journal*, 2011, pp. 1408-1445, in part. 1424. Da ultimo, va ricordato che la Direttiva 2014/24/UE in materia di appalti prevede, al considerando 114, che nei servizi alla persona, i contratti sotto la soglia dei 750.0000 euro "non potranno in genere essere di interesse per i prestatori di altri Stati membri, a meno che non vi siano indicazioni concrete in senso contrario, come ad esempio il finanziamento dell'Unione per i progetti transfrontalieri".

meccanismi competitivi adeguati; proprio perché devono comunque trovare applicazione le fondamentali libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi.

A ben vedere, infatti, la libertà di stabilimento di cui all'art. 49 TFUE non deve essere intesa unicamente come limite a quelle misure normative nazionali che, attraverso la richiesta di requisiti soggettivi e oggettivi, possano rendere meno "attraente" per prestatori stranieri l'accesso ad una determinata attività economica; ma anche come fondamento - in quanto vieta discriminazioni basate sulla cittadinanza e violazioni della parità di trattamento - dei principi cardine delle selezioni concorrenziali di accesso alle risorse pubbliche, come si è visto da ritenersi indefettibili anche in assenza di specifiche previsioni di diritto derivato⁶⁶².

Il concreto ed effettivo operare delle discipline europee appena descritte, dipende - come si vedrà nel corso della trattazione - dalla soluzione organizzativa scelta dal legislatore nazionale e, in particolare, dal modello di mercato prescelto e di relativo accesso (fermo restando che in caso di *accesso non condizionato* nessuna di queste discipline dovrebbe trovare applicazione).

In particolare, di norma, allorché il "filtro al mercato è privo di carattere selettivo"⁶⁶³ assume rilievo la libertà di stabilimento nel primo dei significati sopra evidenziati, ovvero come limite a disposizioni normative che rendano difficoltoso l'accesso al mercato, giustificabili solo in quanto riconducibili a "motivi imperativi di interesse generale" (sempre che siano, ovviamente, rispettose dei principi di adeguatezza e necessità/proporzionalità⁶⁶⁴).

Dovrebbe rientrare in questa ipotesi anche l'accesso "contingentato" al mercato, con criteri di selezione basati sul possesso di determinati requisiti e sul profilo temporale delle richieste (in relazione cioè al raggiungimento del limite previsto)⁶⁶⁵ (c.d. regime "a sportello").

⁶⁶² La libertà di stabilimento, quale principio che vieta discriminazioni basate sulla cittadinanza e violazioni della parità di trattamento, ha, ovviamente, un'estensione che va ben al di là dei contratti di appalto e concessione; si pensi, ad esempio all'erogazione di sovvenzioni/contributi (sul tema, da ultimo, Corte cost. n. 190/2014), che "non rientra nell'ambito di applicazione delle norme che disciplinano gli appalti pubblici" secondo quanto espressamente previsto dal considerando 4 della Direttiva 2014/24/UE (una previsione analoga è contenuta nel considerando 54 della Direttiva 2014/23/UE in materia di concessioni).

⁶⁶³ L'espressione "filtro privo di carattere selettivo" potrebbe sembrare un ossimoro; in realtà con essa si fa riferimento a quei "filtri" che non consistono in selezioni contestuali/comparative

⁶⁶⁴ V. infra, par. 4.1.2.

⁶⁶⁵ Cfr. GIGLIONI F., *L'accesso al mercato*, cit. p. 228.

Si tratta normalmente di mercati che, prescindendo dall'erogazione di denaro pubblico (senza che ciò escluda la loro rilevanza comunque pubblicistica) e basandosi esclusivamente su risorse degli utenti/consumatori, riconoscono rilevanza alla libera scelta degli utenti e all'esplicitarsi di una *concorrenza nel mercato* (o "a valle") tra gli operatori che hanno superato il filtro all'accesso.

Diversamente, l'art. 49 TFUE nel secondo dei significati descritti (fondamento dei principi cardine delle procedure concorrenziali), assume rilievo immediato nei casi di selezioni comparative tra operatori economici finalizzate al perfezionamento di rapporti contrattuali non formalmente rientranti nell'ambito oggettivo del diritto derivato sui contratti pubblici (sotto soglia e, in parte, contratti cd. "esclusi").

In altri termini ci si trova di fronte, sempre per riflesso della libertà di stabilimento, a due possibili scenari:

- un primo, in cui l'accesso al mercato, ancorché possa risultare contingentato, non è regolato da specifiche procedure concorrenziali. "Filtri" così strutturati possono avere *ratio* differenti, come differente può essere la natura della "valutazione" riservata all'amministrazione competente, nonché l'incidenza sulla libera iniziativa economica e la giustificabilità della misura restrittiva della libertà di stabilimento⁶⁶⁶. In ogni caso, il provvedimento finale, se positivo, (e a prescindere dalla categoria giuridica cui ricondurlo) costituisce titolo legittimante per operare in un determinato mercato.
- un secondo, in cui la libertà di stabilimento trova riscontro o in procedure preventivamente normate a livello di diritto derivato o, comunque, nell'attivazione - caso per caso - da parte dell'amministrazione, di modalità selettive e concorrenziali informate ai sopra richiamati principi "cardine".

A quest'ultima ipotesi, sono riconducibili principalmente: a) i casi di mercati basati sulla contendibilità di risorse economiche pubbliche (lavori, servizi e forniture); b) i casi in cui l'amministrazione si rivolge al mercato, mettendo a disposizione risorse economiche, e

⁶⁶⁶ Mentre sulla possibilità di giustificare misure restrittive della libertà di stabilimento si rinvia a quanto si dirà nei successivi paragrafi, con riguardo a come la "natura" della valutazione riservata all'amministrazione incida sull'assetto di un mercato e sul suo livello di concorrenzialità, si rinvia a GIGLIONI F., *op. ult. cit.*, pp. 205 ss. In estrema sintesi, fermo restando che la *ratio* di tali filtri è sempre funzionale a rendere compatibili interessi pubblici e interessi privati, la libertà di concorrenza è massima quando tale compatibilità è individuata direttamente dal livello normativo, non residuando, quindi, nessuno spazio per valutazioni discrezionali o tecniche, ma essendo il rilascio del titolo legittimante conseguenza automatica dell'accertamento di requisiti normativamente previsti. Quando, invece, la compatibilità fra interessi pubblici e privati non è definita direttamente dal livello normativo, ma viene rimessa a valutazioni dell'amministrazione, l'incidenza sulla libera concorrenza dipende dalla natura della valutazione (valutazione tecnica, discrezionalità amministrativa in ordine a interessi o ai risultati indicati in un programma etc.).

richiedendo di svolgere compiti di ordinaria spettanza della stessa parte pubblica (ad esempio, servizi pubblici); c) i casi di attività che, in ragione della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche richieste, non consentono, di fatto, di essere svolte da un numero illimitato di operatori⁶⁶⁷.

Si tratta, come è evidente, di macro-distinzioni che, pur scontando necessariamente i limiti di un'operazione di semplificazione, possono contribuire a verificare in che modo l'impostazione (di derivazione UE), che le caratterizza, possa riflettersi sull'organizzazione dei servizi sociali e socio-sanitari a livello interno.

Nelle ipotesi richiamate, il ricorso a una selezione, contestuale e comparativa, tra operatori per consentire l'accesso, dà luogo a una competizione "a monte" che si è soliti definire "*concorrenza per il mercato*": i soggetti interessati sono posti in competizione al fine di consentire loro di operare nel determinato settore. Il che, poi, potrà avvenire o in concorrenza con altri operatori oppure anche usufruendo dell'affidamento di quel mercato o di una sua parte⁶⁶⁸. In queste ultime situazioni il rilievo attribuito alla scelta dell'utente appare decisamente più ridotto se non addirittura inesistente, anche se non è da escludere che al soggetto affidatario venga comunque imposto di consentire a terzi di utilizzare, previo accordo, le risorse pubbliche gestite determinando così una sorta di "recupero concorrenziale".

In ogni caso, in linea generale e di principio, pare corretto considerare come, pure nei casi di accesso al mercato condizionato da forme di selezione preventiva ("concorrenza per il mercato"), permanga una predeterminazione di condizioni di ingresso (di contendibilità) consistenti nella richiesta di precisati requisiti soggettivi e oggettivi; anche se a differenza dei casi di "concorrenza nel mercato", gli stessi rilevano quali meri titoli legittimanti la partecipazione a una procedura selettiva, poi articolata sulla base di ulteriori elementi e criteri di apprezzamento prestazionale, qualitativo ed economico, funzionali ad assicurare la migliore rispondenza alle esigenze pubbliche dello specifico settore di mercato.

Parimenti, sempre a livello generale, e con tutti i limiti della rilevata semplificazione ricostruttiva, pare opportuno tenere conto della circostanza fattuale che sovente non sia

⁶⁶⁷ Si pensi all'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE o alla disciplina sui SIEG "classici" che richiedono l'utilizzo di una rete.

⁶⁶⁸ Come correttamente osservato da GIGLIONI F., *op. ult. cit.*, p. 236, se di norma la valutazione comparativa rappresenta il presupposto giuridico per accedere a un successivo negozio, in alcuni casi essa può, invece, servire per ottenere il titolo legittimante a operare in un determinato mercato.

dato registrare una netta separazione tra "mercato privato" e "mercato pubblico" (nel senso che la distinzione fra regime dell'attività e regime del servizio pubblico potrebbe non risultare nitida, in quanto fortemente "intrecciata"); di guisa che all'interno di un unico settore si combinino entrambi i modelli sopra descritti, sviluppandosi quindi dinamiche di "concorrenza nel mercato" al fianco di dinamiche di "concorrenza per il mercato"; anzi, tale situazione - ove possibile e ove non realizzabile un assetto che "affidi" alla sola scelta degli utenti qualunque funzione selettiva - sembra per l'ordinamento europeo il modello ideale di organizzazione dei servizi di interesse economico generale⁶⁶⁹.

Di quanto sopra, pare quindi corretto tener conto nell'analisi dei sistemi di erogazione dei servizi sociali e socio-sanitari, anche se nel contempo non può non considerarsi che l'oggetto, e la peculiare funzione pubblicistica di tali servizi, influenzano e condizionano sotto molteplici aspetti (in un certo senso "conformano") l'applicazione *tout court* delle stesse regole di mercato⁶⁷⁰.

2.1...Segue: il "sociale" tra livello sovranazionale e statale.

La non automatica trasponibilità degli schemi classificatori - "concorrenza nel mercato" e "concorrenza per il mercato" - al settore dei servizi sociali e sanitari sembra discendere da una serie di ragioni, alcune di ambientazione prettamente europea, altre che riflettono dinamiche locali⁶⁷¹.

Si tratta di profili alcuni dei quali sono già stati affrontati nei primi due capitoli; un rapido richiamo pare, tuttavia, opportuno non solo per tirare le fila del discorso, ma soprattutto per un migliore inquadramento dell'ultima parte di questo lavoro, in cui l'attenzione sarà principalmente rivolta a verificare, anche in punto di diritto positivo, in quale modo e fino a che punto la disciplina europea di regolazione dell'accesso al mercato

⁶⁶⁹ Cioè un mercato liberalizzato nel quale gli oneri di pubblico servizi vengano affidati mediante gara (si veda, ad esempio, l'art. 17 del Reg. CE 1008/2008 in materia di trasporto aereo che prevede una gara quando l'autorità pubblica vuole attribuire gli oneri di pubblico servizio che altro non sono che "tratte garantite" verso zone insulari o periferiche). Sempre per dare conto di come la ricostruzione proposta sconti esigenze di semplificazione, va detto che, talvolta, può accadere che norme riconducibili a uno dei due modelli perseguano fini tipici dell'altro: le norme in materia di contratti pubblici possono, infatti, perseguire anche i fini riconducibili alla concorrenza nel mercato, intesi sia nel senso sopra richiamato di liberalizzazione del mercato attraverso l'eliminazione di barriere all'entrata, sia nel senso di evitare comportamenti degli operatori idonei ad alterare le regole concorrenziali (misure propriamente *antitrust*). In termini simili si è espressa la Corte Costituzionale nella sentenza n. 160/2009.

⁶⁷⁰ Su questi aspetti ci si soffermerà in particolare nel successivo paragrafo, demandando ai paragrafi 3 ss. alcune annotazioni in merito all'incidenza del diritto europeo sui servizi sociali e socio-sanitari.

⁶⁷¹ *Infra*, par. 2.2.

(in particolare libertà di stabilimento e contratti pubblici) possa incidere, in termini diretti e/o indiretti, sugli spazi di discrezionalità propri (per le ragioni anzidette) degli Stati nella definizione dei modelli organizzativi dei servizi sociali e socio-sanitari.

In via di principio rileva il modo in cui il diritto europeo incide sui servizi sociali e sanitari.

Dopo un iniziale disinteresse dovuto all'esclusiva attenzione dedicata ai settori propriamente economici (dagli anni '70 all'inizio degli anni '80), e il successivo atteggiamento di "resistenza" degli Stati membri rispetto ai possibili effetti "assorbenti" che il periodo di massima spinta verso l'integrazione economica (coinciso con l'adozione dell'Atto Unico nel 1986) avrebbe potuto avere sulla *governance* dei servizi sociali e sanitari, l'attuale atteggiamento delle istituzioni eurounitarie nei confronti di tali servizi è di particolare prudenza, denotando quasi una sorta di deferenza per le politiche statali.

Tuttavia, dal momento che tale atteggiamento nei confronti dei servizi sociali e sanitari non implica la loro completa esclusione dall'applicazione delle norme del Trattato finalizzate alla creazione di un libero mercato concorrenziale⁶⁷², la difficoltà sta, come ricordato, nell'individuare il corretto punto di equilibrio oltre il quale l'applicazione del diritto eurounitario si riveli controproducente rispetto a quei fini sociali il cui raggiungimento fonda gli spazi di libertà riconosciuti agli Stati membri⁶⁷³.

Questa posizione di deferenza non la si è ricavata da una singola disposizione di *hard* o *soft law* o da una singola decisione della Corte di Giustizia, ma da un'analisi complessiva dell'ordinamento UE e dei diversi "livelli" che lo compongono. Va, per altro detto per inciso che tale deferenza sembra esser frutto, da un lato, della importanza primaria che i Trattati (Maastricht e soprattutto Lisbona) riconoscono alla salute e alla vita delle persone, nonché alla coesione sociale; dall'altro, della naturale consapevolezza delle istituzioni eurounitarie circa la difficoltà di introdurre elementi ispirati a logiche di puro mercato in

⁶⁷² Cfr. DIVERIO D., *Libertà fondamentali e tutela della salute pubblica: il caso dei farmacisti*, in BARUFFI M. C., QUADRANTI I. (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012, pp. 107-139, in part. 121 ss.

⁶⁷³ Cfr. NEERGAARD U., *EU Health Care Law in a Constitutional Light: Distribution of Competences, Notion of 'Solidarity', and 'Social Europe'*, cit., p. 36 che, con riguardo alla distribuzione delle competenze fra UE e Stati membri ricavabile dalla giurisprudenza della Corte in materia sanitaria, utilizza l'espressione "blurred line".

sistemi basati su logiche opposte, universalistiche, (spesso) assistenzialistiche e quindi tendenzialmente pubblicistiche⁶⁷⁴.

In primo luogo tale posizione trova la sua sintesi (ma anche il suo fondamento) a livello di diritto dei Trattati: non solo nelle disposizioni della Carta di Nizza in materia di assistenza sociale, protezione della salute e accesso ai servizi di interesse economico generale⁶⁷⁵, quanto, soprattutto, nella ripartizione di competenze delineata dal Trattato.

Nello specifico, solo in materia di sanità pubblica è prevista una competenza concorrente⁶⁷⁶ (art. 4, par. 2, TFUE) che non pregiudica - come ancor più chiaramente si evince dall'art. 168 TFUE - la competenza e la responsabilità degli Stati Membri né sul versante macro-organizzativo (concernente la definizione della politica sanitaria e sociale), né su quello propriamente organizzativo/gestionale (organizzazione, fornitura, gestione e finanziamento dei servizi).

In altri termini, la libertà degli Stati può inquadrarsi su due distinti livelli/piani; essi possono sia individuare il modello di *welfare* più adatto alle loro esigenze (es. modello *beveridgiano* o sistema assicurativo pubblico o privato), sia compiere, nell'ambito del modello individuato, le scelte organizzative e gestionali ritenute più opportune.

In secondo luogo l'atteggiamento di deferenza dell'ordinamento europeo nei confronti dei settori in questione emerge da diverse norme di diritto derivato.

Per quanto riguarda i testi di *hard law*, si fa riferimento alla Decisione del cd. "Pacchetto *Almunia*" (2012/21/UE) in materia di aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico che, come ampiamente descritto⁶⁷⁷, nel prevedere una "zona di salvaguardia" dall'applicazione delle regole sugli aiuti di stato, specifica quanto già previsto per i servizi sanitari forniti da ospedali e la estende per la prima volta ai servizi sociali.

⁶⁷⁴ Su come ciò abbia costituito un "problema" per le istituzioni comunitarie, si veda CIVITARESE MATTEUCCI S., *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, cit., p. 366.

⁶⁷⁵ La Carta di Nizza prevede, rispettivamente, il diritto alla prevenzione sanitaria e alle cure mediche "*alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali*" (art. 35); il riconoscimento e il rispetto da parte dell'Unione del diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione "*secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali*" (art. 34) e la garanzia dell'accesso ai servizi di interesse economico generale "*quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea*" (art. 36).

⁶⁷⁶ Cfr. NEERGAARD U., *EU Health Care Law in a Constitutional Light: Distribution of Competences, Notion of 'Solidarity', and 'Social Europe'*, cit., pp. 21-25.

⁶⁷⁷ *Supra*, cap. I par. 6.2.

Come pure, certamente, rileva la Direttiva 2006/123/CE (cd. Direttiva *Bolkestein* o Direttiva servizi) che esclude espressamente dal suo ambito di applicazione la maggior parte dei servizi sanitari e sociali⁶⁷⁸.

Per quanto riguarda i documenti di *soft law*, meritano menzione, soprattutto, le due Comunicazioni della Commissione riguardanti soprattutto i servizi sociali di interesse generale (SSIG) del 2006 e del 2007⁶⁷⁹, nonché alcuni Documenti di lavoro della Commissione⁶⁸⁰.

In terzo luogo, assumendo quindi la qualificazione tradizionale dei servizi socio-sanitari incentrata principalmente sulla natura (sociale) dell'attività, va considerato come anche la stessa Corte di Giustizia abbia validato l'approccio di particolare deferenza dell'ordinamento UE nei confronti di tali servizi. Ci si riferisce innanzi tutto a quelle pronunce in cui la Corte - pur occupandosi di settori diversi dai servizi sociali in senso stretto⁶⁸¹ - ha fatto ricorso, al fine di valutare la rilevanza economica di un'attività ai sensi del diritto europeo della concorrenza, a un approccio (definito "*concrete test*") diverso da quello cd. "astratto", adottato invece nei settori economici "ordinari".

Più precisamente, anziché assumere una concezione teorica e astratta del "mercato" e della sua sussistenza (anche solo ipotetica o potenziale) da cui muovere per riconoscere la rilevanza economica di un'attività con conseguente sottoposizione della stessa alle regole *antitrust* e a quelle sugli aiuti di stato, la Corte ha assegnato positivo e formale rilievo a quegli elementi o "indici di solidarietà" emergenti nei servizi a valenza sociale, per farne discendere l'esclusione *tout court* dalla disciplina della concorrenza ove gli stessi risultino prevalenti sulla componente concorrenziale⁶⁸².

⁶⁷⁸ *Supra*, par. 1 ss.

⁶⁷⁹ Rispettivamente, Bruxelles, 26.4.2006 COM(2006) 177 definitivo, Comunicazione della Commissione *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea* e Bruxelles, 20.11.2007 COM(2007) 725 definitivo, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni che accompagna la comunicazione "*Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo. I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*".

⁶⁸⁰ Documento dei servizi della Commissione, *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, 29 aprile 2013, cit.

⁶⁸¹ Riguardavano, nello specifico, servizi sociali rientranti nella prima delle due categorie individuate nella comunicazione del 2006 dalla Commissione, ossia quelli che secondo le distinzioni consolidate nel diritto nazionali, rientrano nella nozione di previdenza sociale; v. *supra* cap. II, par. 3.1.

⁶⁸² Si veda *supra*, cap. II, par. 4.1.

Ci si riferisce, poi, ad alcune pronunce⁶⁸³ in cui la Corte di Giustizia si è pronunciata in tema di derogabilità del diritto europeo sul mercato interno per motivi imperativi di interesse generale. Pare significativo che in tali occasioni la Corte abbia avuto modo di sottolineare come, pur nel rispetto del diritto europeo, *“l’Unione non pregiudica la libertà degli Stati membri di organizzare i loro sistemi di sanità pubblica e di previdenza sociale”*, e ancora che la valutazione di conformità al diritto europeo delle misure nazionali deve in ogni caso *“tener conto dell’importanza primaria che la salute e la vita delle persone rivestono tra i beni e gli interessi del Trattato”*.

Il riconoscimento operato dalla Corte della centralità della salute e della vita delle persone pare peraltro allinearsi alla posizione di "non ingerenza" dell'ordinamento europeo (a salvaguardia della libertà degli Stati membri) rispetto alle tematiche sociali, per le quali assumerebbero primario rilievo i valori e le regole delle costituzioni nazionali⁶⁸⁴. Tale richiamo, in altre parole, non sta a significare *ex se* una prevalenza assiomatica dei valori e delle finalità sociali e di solidarietà - ormai di indiscutibile rilevanza anche a livello costituzionale europeo⁶⁸⁵ - su quelli di mercato, quanto piuttosto riassegna un ruolo centrale alle potestà discrezionali degli Stati membri.

E, in ultima analisi, non par dubbio che anche questa posizione quasi "neutrale" delle Istituzioni europee nei confronti dei servizi sociali e socio-sanitari finisca per contribuire - sia pure indirettamente - alla indubbia complessità che caratterizza l’operatività delle regole europee sul mercato interno in detti settori.

2.2. ...Segue: Le complessità originate nel contesto nazionale

Le difficoltà dell’interprete e dell’operatore discendono anche dall’impostazione data dai legislatori, statale e regionale, agli specifici ordinamenti settoriali; impostazione che,

⁶⁸³ *Infra*, par. 4.1.2.

⁶⁸⁴ Tale affermazione sembrerebbe trovare conferma, seppur indiretta, nell’approccio assunto dalla CGUE in una recente pronuncia (Corte. Giust., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*, cit.) in materia di trasporto sanitario di urgenza in cui la Corte - al fine di giustificare una deroga alla disciplina su contratti pubblici sulla base di ragioni solidarietà, coesione sociale e universalità di accesso alle prestazioni destinate alla tutela della salute, oltre che di efficienza economica - fa espresso riferimento alle sole disposizioni costituzionali che nel diritto interno tutelano tali valori, senza richiamare alcuna disposizione dei Trattati (ma limitandosi ad affermare come *“obiettivi di tal genere sono presi in considerazione dal diritto dell’Unione”*); su tale decisione si veda il commento (critico sul punto) di ALBANESE A., *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio): nota a Corte giust. 11 dicembre 2014 causa C-113/13, Foro It.*, 3, 2015, pp. 151-157.

⁶⁸⁵ Si vedano l’art. 2 TUE che inserisce la coesione sociale fra gli obiettivi dell’Unione e l’art. 14 TFUE che richiama la stessa fra le finalità dei servizi di interesse generale.

riflettendo primariamente esigenze funzionali di livello locale, non risulta in via immediata e diretta conformata a logiche concorrenziali.

Infatti, l'esigenza di introdurre logiche di mercato risale - sulla scia dei Paesi di Common Law⁶⁸⁶ - agli inizi degli anni '90 con riferimento al settore sanitario in cui, a differenza di altri settori direttamente condizionati dalle problematiche concorrenziali, si è registrata un'attenzione per queste ultime nell'ottica di rinvenire soluzioni organizzative atte a dare efficienza al sistema e a contenere la spesa pubblica. Con questo ricollegandosi al dibattito sviluppatosi in Europa sulle riforme dei modelli sanitari nazionali⁶⁸⁷ e, più in generale, alla ricercata aziendalizzazione delle strutture.

A ben vedere si tratta di una dinamica del tutto comprensibile.

Nel settore dei servizi sociali, come pure in quello dei servizi sanitari e socio-sanitari, permane come dato imprescindibile la necessità che l'apertura a dinamiche concorrenziali non rappresenti un pregiudizio per la garanzia di universalità e socialità⁶⁸⁸ che deve informare sistemi direttamente incidenti su beni e valori, il cui carattere primario e fondamentale è sancito sia a livello costituzionale che di Trattati europei.

Il mercato e le sue logiche hanno, infatti, in tali settori un ruolo ancor più strumentale (e non di fine) rispetto a quei caratteri di socialità e universalità delle prestazioni insiti nel "nucleo irriducibile" del diritto alla salute e del diritto all'assistenza. Strumentalità che, specie in tempi recenti, ha assunto rilievo anche rispetto ai vincoli di finanza pubblica e quindi di contenimento della spesa⁶⁸⁹.

⁶⁸⁶ Sul punto si veda CIVITARESE MATTEUCCI S., *op. ult. cit.*, pp. 346-347 e la dottrina ivi richiamata.

⁶⁸⁷ Cfr. CASSESE S., *Stato e mercato: la sanità*, cit., pp. 17 ss.; CONTICELLI M., *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, cit., p. 58.

⁶⁸⁸ Il carattere sociale delle prestazioni sanitarie e assistenziale non va inteso solo come necessità di tutela di beni dell'individuo, quali la vita, la salute e la dignità delle persone, fortemente tutelati dalla nostra Costituzione, ma anche con riferimento all'interesse di tutti i membri della società (e di questa nel suo complesso) a che i singoli siano assistiti in caso di malattia o di bisogno; su questo secondo significato della cura della salute e dell'assistenza come "bene sociale", CIVITARESE MATTEUCCI S., *op. ult. cit.*, p. 361. Più in generale, sull'importanza che - a prescindere dal rispetto della dignità della persona costituzionalmente riconosciuta - la predisposizione di meccanismi rivolti a favorire l'inclusione delle fasce più deboli ha per lo sviluppo e il progresso dell'intera società, nell'ambito di una visione post materialistica e inclusiva dello sviluppo economico, si veda a SEN A., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2000, *passim*.

⁶⁸⁹ Con riguardo ai servizi sanitari si rinvia a quanto detto *supra*, cap. I, parte II, par. 2.1, sulla prevalenza del principio pubblicistico della programmazione rispetto ad altri strumenti, espressivi di dinamiche concorrenziali; tale prevalenza è stata ricavata dalle scelte politiche del legislatore nazionale poste in essere a partire da metà anni '90 e culminati nella riforma del 1999, nonché alle richiamate pronunce della giurisprudenza costituzionale e amministrativa. Nel settore socio-assistenziale, invece, nonostante la presenza

Il riconoscimento nei termini sopra descritti del carattere comunque strumentale del mercato/concorrenza relativamente a settori che per molti aspetti si assumono come geneticamente differenziati⁶⁹⁰ da quelli in cui l'inserimento di logiche concorrenziali è risultato quasi naturale, induce ancor più a muovere nella disamina intrapresa tenendo conto di alcuni riferimenti, quali:

- l'assunzione del diritto eurounitario (in primis, libertà di stabilimento) come espressione di un processo di integrazione che progressivamente investe - ma con accenti e toni differenziati - anche i settori del sociale e del socio-sanitario;
- l'acquisizione di un livello di naturale "rilevanza nazionale", riservata agli Stati, che connota detti settori in ragione dell'autonoma e primaria rilevanza (costituzionale) dei diritti sociali; tanto da determinare una posizione sostanzialmente "neutrale" delle stesse Istituzioni europee rispetto alla tendenziale contrapposizione tra interessi sociali e interessi concorrenziali;
- l'attenzione costante che deve essere rivolta alle politiche e discipline nazionali affinché la componente differenziale dei servizi sociali non induca a legittimare o a introdurre forme di protezionismo, dovendo, per converso, risultare utile a ricercare -

- che ha trovato pieno riconoscimento anche a livello regionale - di strumenti espressione quantomeno di una connotazione pubblicistica "minima", quali il principio della programmazione e la fissazione di tariffe predefinite dal soggetto pubblico e in parte a suo carico, sembrerebbe esservi più spazio per il livello legislativo (regionale) nell'individuare le modalità attraverso cui raggiungere i fini individuati in Costituzione, e quindi la possibilità, almeno in astratto, di dare un peso maggiore a dinamiche concorrenziali e quindi a un regime giuridico quanto più prossimo al diritto comune; ciò almeno sembra ricavarsi dalla legge quadro n. 328/2000, a prescindere dalla sua portata vincolante per le regioni dopo la riforma del Titolo V della Costituzione. D'altronde, è noto che come il Costituente, se da un lato ha imposto, sia nel settore sanitario sia in quello sociale, un intervento pubblico, necessario al fine di garantire i diritti sociali costituzionalmente riconosciuti (*supra*, parte finale del par. 2), dall'altro non si è espresso sulle modalità di tale intervento, lasciando, su tale profilo, libertà alle scelte politiche del legislatore ordinario (cfr. CORSO G., *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.* 2002, pp. 981 ss., in particolare p. 990 e CONTICELLI M., *op. ult. cit.*, p. 238). Tuttavia, sia in dottrina (così almeno sembra emergere da SPAGNUOLO VIGORITA R., *Politiche pubbliche del servizio sanitario*, cit., *passim*) sia in giurisprudenza (si veda in particolare Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 20 dicembre 2004, n. 6508), viene prospettata una tesi secondo cui sarebbe la natura stessa degli interessi in gioco (*rectius*, il "peso" ad essi riconosciuto dalla Costituzione) a richiedere, a prescindere dalle soluzioni adottate dal legislatore, una necessaria presenza di un momento pubblicistico che prevale sulla posizione dei privati, sugli strumenti di diritto civile. Tale convinzione, non da tutti condivisa, porterebbe a concludere per la prevalenza, anche nel settore socio-assistenziale, degli strumenti pubblicistici su quelli di diritto privato (o comunque riconducibili a valori e principi concorrenziali). Ritiene non auspicabile tale soluzione, DE CARLI P., *L'emersione giuridica della società civile*, cit., pp. 213 ss., il quale sostiene che la "funzionalizzazione" dei soggetti nel campo dei servizi alla persona a una volontà e a una pianificazione pubblica mutevole nel tempo, minaccerebbe di "mortificare l'inventiva, la progettualità, e, in definitiva, lo spirito della società civile" finendo per "spegnerne l'iniziativa e per frustrare lo scopo fondamentale (...) di poter utilizzare le sue risorse".

⁶⁹⁰ Cfr. DE CARLI P., *op. ult. cit.*, p. 152 e 195.

proprio a livello nazionale (e regionale) - modelli organizzativi e funzionali di equilibrato raccordo tra finalità sociali e obiettivi di mercato.

3. Il *trade d'union* fra il regime dell'attività e quello del servizio pubblico: il momento autorizzatorio

I sistemi di erogazione dei servizi sociali e socio-sanitari basati su una pluralità di prestatori, pubblici e privati, sono modelli organizzativi "complessi", composti cioè da diversi istituti; tra questi il primo da analizzare, alla luce della disciplina su libertà di stabilimento e contratti pubblici, è l'autorizzazione.

Come premessa di carattere generale, va ricordato che condizione necessaria per l'applicazione delle relative disposizioni dovrebbe essere il carattere economico dell'attività, anche se l'applicazione delle discipline che compongono il diritto eurounitario del "mercato interno" - a differenza di quelle in materia "*antitrust*" e di "aiuti di stato" - sembra di fatto prescindere da detto presupposto⁶⁹¹.

Pertanto, a livello di presupposti dei provvedimenti di carattere autorizzativo (utilizzando tale categoria in termini latissimi e descrittivi, in quanto comprensiva di vari tipi di atti - unilaterali e consensuali - legittimanti l'accesso al settore) non sembrano assumere carattere discrezionale in ordine all'applicazione del diritto eurounitario, né il carattere economico delle prestazioni, né di norma la forma giuridica soggettiva degli operatori ed in particolare alle finalità dagli stessi perseguiti⁶⁹².

Tornando al tema degli atti di accesso al settore, nei sistemi di erogazione analizzati⁶⁹³ (sia quelli che seguono la l. n. 328/2000 sia quelli delle Regioni Lombardia ed Emilia Romagna che sul punto si discostano, in parte, dal d.lgs. n. 502/1992) l'autorizzazione⁶⁹⁴ viene concessa a chiunque, interessato a erogare servizi sociali o socio-

⁶⁹¹ *Supra*, cap. II, par. 4 ss.

⁶⁹² Si tenga inoltre presente che, sebbene nei servizi socio-assistenziali il ruolo riconosciuto al privato sociale sia molto significativo, a livello di legislazione regionale è prevalsa la soluzione di non riservare in esclusiva a soggetti del terzo settore la possibilità di erogare prestazioni per conto del pubblico servizio, ma di ammettere anche gli "altri soggetti privati" (vedi *supra*, cap. I, par. 6.2.1, in nota).

⁶⁹³ Si veda *supra*, cap. I, ai par. 10 della parte I, e par. 2.2 della parte II.

⁶⁹⁴ Riprendendo la classificazione di Sandulli, tale autorizzazione andrebbe ricondotta alla categoria dei provvedimenti "abilitativi" (accertamento o valutazione da compiere alla stregua di regole tecniche) piuttosto che "autorizzatori" in senso stretto (il raffronto cui la legge condiziona l'esercizio del diritto ha natura puramente amministrativa); cfr. SANDULLI A.M., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pub.*, 1958, pp. 1-14, in cui si distinguono, inoltre, le autorizzazioni, dove la valutazione discrezionale è comunque

sanitari (anche senza assumere obblighi di servizio pubblico) sia in possesso di determinati requisiti tecnici, senza risultare condizionata da preventivi atti di programmazione e quindi da alcuna forma di contingentamento. Tuttavia, data la nozione ampia di “misura restrittiva” assunta dalla CGUE⁶⁹⁵, anche una simile configurazione dei provvedimenti autorizzativi è tale da poter essere qualificata come restrizione all’accesso al mercato. Peraltro, l’assenza di un preventivo procedimento di selezione comparativa come pure l’assenza di assegnazione di risorse pubbliche, nel confermare la natura prettamente idoneativa dell’atto, fanno sì che l’autorizzazione debba essere valutata alla luce dei principi connessi alla libertà di stabilimento (art. 49 TFUE nel primo dei due significati sopra descritti) e, quindi, con apprezzamento del relativo regime derogatorio.

In questa prospettiva, occorre considerare che, di norma, per costante prassi giurisprudenziale, i provvedimenti nazionali restrittivi delle libertà fondamentali del Trattato (libertà di circolazione delle merci e dei capitali, libertà di stabilimento e di prestazione di servizi), possono essere giustificati qualora soddisfino (cumulativamente) alcune condizioni (cd. *Gebhard test*⁶⁹⁶), di modo che le misure nazionali “restrittive” per essere ammesse, devono:

- i. applicarsi in modo non discriminatorio (criterio che pare ormai superato, *infra* par. 7.1);
- ii. essere giustificate da ragioni imperative di interesse pubblico;
- iii. risultare idonee a garantire il conseguimento dello scopo perseguito;
- iv. non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di questo.

diretta alla constatazione dei presupposti/requisiti, dalle licenze in cui la discrezionalità amministrativa incide "addirittura sull'opportunità dell'esercizio del (preteso) diritto".

⁶⁹⁵ Costituisce una restrizione alle libertà di movimento “ogni provvedimento nazionale che, anche se applicabile senza discriminazioni in base alla cittadinanza, possa ostacolare o rendere meno attraente l’esercizio, da parte dei cittadini dell’Unione, della libertà di stabilimento garantita dal Trattato” (*ex multis*, si v. Corte giust., 21 aprile 2005, causa C-140/03, *Commissione c. Grecia*, cit., p. 27, nonché Corte giust., 1 giugno 2010, cause riunite C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, cit., p. 53; si veda anche Corte giust., 5 marzo 2009, causa C-350/07 *Kattner Stahlbau*, cit., p. 78-79, in tema di libera prestazione di servizi. In dottrina, a tal riguardo, si afferma che “*the finding of a restriction (..) is almost a formality, merely a prelude to the more substantive question of whether it may be justified*” (così, DAVIES G., *Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Muller-Faurè*, in *MLR*, 67, 2004, p. 102). Si tratta di una nozione ampia di misura restrittiva, sviluppata dapprima con riguardo alla prestazione di servizi e poi alla libertà di stabilimento, volta ad assicurare l’effetto utile delle norme del Trattato sulle libertà fondamentali; sul punto si veda, SAUTER W., SCHEPEL H. 2009, *State and market in European Union Law*, cit., p.35; GALLO D., *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 534 ss.

⁶⁹⁶ Tali criteri furono, infatti, sviluppati una delle prime volta da Corte giust., 30 novembre 1995, C-55/94, *Gebhard c. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*; in precedenza, si veda Corte giust., 25 luglio 1991, causa C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*. Per la giurisprudenza successiva, v. *infra*, par. 4.1.2.

Alla luce di queste condizioni, i provvedimenti autorizzativi legittimanti l'erogazione (anche senza obblighi di pubblico servizio) di prestazioni sociali e socio-sanitarie, sembrano risultare senz'altro giustificabili.

A rigore, merita tuttavia soffermare l'attenzione su alcuni profili problematici.

Ci si riferisce, ad esempio, alla compatibilità delle misure nazionali e dei provvedimenti conseguenti con la cd. "valutazione di idoneità"(iii), ovvero, come meglio si dirà *sub par.* 4.1.2, con la verifica che le condizioni di accesso al mercato siano "obiettive" e "note in anticipo".

Si tratta per altro di incertezze che sembrano attenersi principalmente ai casi in cui le valutazioni rimesse all'amministrazione siano espressive di discrezionalità tecnica e non laddove si tratti di meri accertamenti circa il possesso di requisiti oggettivamente riscontrabili⁶⁹⁷. Anche se, per vero, pure nella prima ipotesi potrebbe non porsi alcun problema laddove il momento valutativo sia stato preceduto da una effettiva e adeguata predeterminazione e pubblicizzazione delle stesse modalità di esercizio del potere amministrativo; ciò senza dimenticare che tale valutazione può essere comunque soggetta - nei termini della grave e manifesta illogicità e irragionevolezza - al sindacato del giudice amministrativo.

Parimenti merita attenzione il caso in cui il rilascio di un provvedimento autorizzativo per la realizzazione (o per l'ampliamento) di strutture sanitarie e socio-sanitarie risulti condizionato ad una positiva valutazione non solo sul possesso di requisiti tecnici predeterminati, ma anche sulla compatibilità con il "*fabbisogno complessivo*" e la "*localizzazione territoriale*" come pianificati a livello regionale.

Sono le condizioni richieste dall'art. 8-ter del D.lgs. n. 502/1992 in tema di autorizzazioni alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie e socio-sanitarie⁶⁹⁸, meritevole di attenzione anche con riguardo ai servizi socio-sanitari, sia per

⁶⁹⁷ Quando i requisiti predisposti a livello nazionale richiedono un mero accertamento, nessun problema di compatibilità con il diritto Ue si pone: ogni ponderazione è già stata compiuta dal legislatore e nessuno spazio di valutazione residua alla PA. Lo stesso vale per i casi in cui al posto dell'autorizzazione sia prevista una *segnalazione certificata di inizio attività*: nemmeno in questo caso, infatti, rimane alcuna valutazione in capo all'amministrazione.

⁶⁹⁸ Secondo cui "*per la realizzazione di strutture sanitarie e socio-sanitarie il Comune acquisisce (...) la verifica di compatibilità del progetto da parte della regione. Tale verifica è effettuata in rapporto al fabbisogno complessivo e alla localizzazione territoriale delle strutture presenti in ambito regionale, anche al fine di meglio garantire l'accessibilità ai servizi e valorizzare le aree di insediamento prioritario di nuove strutture*".

l'eloquente riferimento contenuto nello stesso art. 8-ter anche a questi servizi, sia ai sensi di una lettura combinata degli art. 8-bis e 19⁶⁹⁹.

Nella specie ci si trova dinnanzi ad una valutazione, di pertinenza del livello regionale, strettamente dipendente e orientata da scelte ampiamente discrezionali - quelle sottese agli atti generali di programmazione dell'offerta sanitaria - che esprimono il tratto essenziale e fondativo della funzione pubblica in materia sanitaria e che, in quanto tali, impingono addirittura nella sfera delle scelte politiche (di merito).

Il che, se a livello puramente teorico e formale, potrebbe anche condurre a sostenere che il momento autorizzativo (attuativo di quelle scelte) rifletta un limite ingiustificato⁷⁰⁰ e non del tutto oggettivo alla libertà di stabilimento, non può non tenersi conto di due profili.

L'uno è dato dalla circostanza che, sempre a livello teorico, l'ordinamento europeo non vieta a priori condizionamenti all'accesso al mercato, ammettendoli ove gli stessi siano espressione di esigenze di interesse generale (sul punto si veda quanto si dirà *infra* sub par. 4.1.2 a proposito dell'accreditamento); che, nella specie, potrebbero essere individuate nella "sostenibilità" del sistema pubblico di tutela sanitaria, non solo sotto il profilo di contenimento della spesa ma anche di permanenza in vita delle stesse strutture pubbliche.

Se per un verso, infatti, da una prima lettura, la *ratio* di tale previsione sarebbe da ricondurre all'esigenza di pianificazione, anche territoriale, dell'offerta sanitaria e non in quelle di razionalizzazione e contingentamento della spesa pubblica⁷⁰¹; per un altro, una riflessione più attenta – che sembrerebbe trovare conferma in una parte della giurisprudenza amministrativa – potrebbe portare ad attribuire all'art. 8-ter una finalità

⁶⁹⁹ Sul punto vedi *supra*, cap. I, parte II, par. 2.1.

⁷⁰⁰ Si veda sul punto la nota successiva.

⁷⁰¹ Ciò in quanto, come più volte ricordato, è solo con la successiva fase dell'accreditamento/contratto che si possono erogare prestazioni a carico del servizio pubblico. Questa impostazione sembra fatta propria dall'Autorità Garante per la concorrenza e per il Mercato, da ultimo nei pareri del 28 marzo 2013, n. AS1037 e 2 ottobre 2012, n. AS988 in cui si ritiene che la verifica di compatibilità con il fabbisogno complessivo comporti una ingiustificata restrizione dei principi di concorrenza vigenti a livello europeo e nazionale; nel parere del 19 maggio 1999, n. AS175 (ripreso dalla segnalazione del 18 luglio 2011, n. AS852) l'AGCM sottolinea anche i potenziali effetti controproducenti di tale previsione, affermando che “*La valutazione concernente il fabbisogno (...) può non essere idonea ad assicurare l'obiettivo di politica sanitaria consistente nel contenimento dell'offerta di prestazioni sanitarie, poiché può comportare che gli operatori già autorizzati siano indotti ad incrementare la loro offerta nell'intento di diminuire il fabbisogno potenziale di assistenza dal quale dipende il numero delle strutture autorizzabili: con l'esito di ridurre le possibilità di ingresso nel settore di operatori più efficienti e, con esse, la libera scelta degli utenti*”. Nel senso di negare qualunque connessione dell'art. 8-ter del d.lgs. n. 502/1992 con finalità di razionalizzazione e di contingentamento della spesa pubblica, si veda anche Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2013 n. 550.

ulteriore, di “tutela”, appunto, delle strutture (pubbliche) e della loro offerta, quando le strutture già accreditate sono già in grado di soddisfare il fabbisogno⁷⁰².

L'altro profilo è in un certo senso di carattere empirico, esso è rappresentato dalla constatazione difficilmente contestabile - e derivante anche dai contenuti della sequenza "autorizzazione-accreditamento- accordo" caratterizzante l'ingresso del privato nel servizio pubblico sanitario - che, allo stato attuale, il modello organizzativo di tale servizio, unitamente alla disciplina di prestazione/remunerazione delle prestazioni sanitarie (LEA e relative tariffe), rendono difficilmente configurabile la permanenza di operatori privati (non accreditati); quindi, la compresenza di un "mercato privato" (composto da strutture sanitarie residenziali) fungibile rispetto a quello "pubblico (composto da strutture pubbliche e private accreditate)⁷⁰³.

Anche per tali ragioni non sembra azzardato ritenere che le rilevate (formali) incertezze sulla piena compatibilità del regime autorizzativo d'ingresso nel mercato rispetto ai canoni europei siano nella sostanza più apparenti che reali, potendo semmai assumere qualche rilievo in una riflessione più generale e d'impianto del sistema sanitario quale configurato dal legislatore.

4. Scelte organizzative nazionali e diritto UE nella regolazione dell'accesso degli operatori al servizio pubblico. La sequenza accreditamento-accordo “priva” di carattere selettivo

Spostando l'attenzione quindi sulle successive fasi condizionanti l'accesso al mercato dei servizi sociali e socio-sanitari, assumono rilievo, come detto, gli atti di accreditamento e gli accordi tra amministrazione e soggetti privati accreditati.

⁷⁰² Cfr. Cons. Stato Sez. III, 28 novembre 2011 n. 5908 che, nel riformare la sentenza di primo grado riguardante una Regione sottoposta a un piano di rientro, ritiene legittima la previsione che sospende il rilascio di autorizzazioni alla realizzazione di nuove strutture sanitarie all'adozione dei piani di riassetto dell'offerta a carico del servizio sanitario regionale in quanto “*l'eventuale sufficienza dell'offerta di prestazioni da parte delle strutture accreditate, nell'ambito della programmata razionalizzazione del servizio sanitario regionale in situazione di emergenza, non risulta una variabile irrilevante anche quando la valutazione di compatibilità riguarda una struttura sanitaria, che, erogando prestazioni non a carico del servizio pubblico, non comporta ulteriori oneri finanziari al bilancio regionale*”; nello stesso senso anche Cons. Stato, Sez. III, 18 luglio 2014, n. 3762. Sembra invece negare qualunque connessione dell'art. 8-ter del d.lgs. n. 502/1992 con finalità di razionalizzazione e di contingentamento della spesa pubblica, Cons. Stato, Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 550.

⁷⁰³ Il ragionamento vale per servizi sanitari e il socio-sanitario, mentre per quelli sociali un'autorizzazione come quella di cui all'art. 8-ter del d.lgs. n. 502/1992 non è prevista.

In tutti i modelli di erogazione analizzati, l'accreditamento - in quanto istitutivo del nesso di servizio pubblico ovvero di qualificazione del privato come operatore del servizio pubblico - costituisce un "filtro" che regola l'accesso al sistema pubblico di erogazione; con ciò tenendo comunque in debito conto del rilievo sostanziale della "componente" contrattuale che si affianca allo stesso accreditamento, essenziale per assumerne un corretto inquadramento anche nell'ottica delle possibili restrizioni nell'accesso al mercato "pubblico".

Una visione di insieme dovrebbe quindi consentire di svolgere alcune considerazioni circa la compatibilità con il diritto UE dei sistema regionali di erogazione di servizi sociali delineati sulla base della legge 328/2000, con particolare riferimento al modello/schema che non attribuisce né all'accreditamento, né al contratto, alcuna funzione di contingentamento⁷⁰⁴.

Come ricordato, il predetto modello si articola su un tipo di "accreditamento liberalizzato"⁷⁰⁵- e su un contratto parimenti non condizionato da obiettivi di contingentamento degli operatori e avente funzione meramente "regolativa" (convenzionale) delle modalità operative di erogazione delle prestazioni.

Relativamente alla sua compatibilità con il diritto UE, se è pur vero che il descritto modello organizzativo si differenzia dall'impostazione tradizionale per cui l'accesso a risorse pubbliche è subordinato a una procedura comparativa⁷⁰⁶, il tema di un'eventuale lesione della libertà di stabilimento non sembra comunque porsi.

Infatti, a ben vedere, il riparto di risorse pubbliche non dipende da una scelta (discrezionale) dell'autorità, ma esclusivamente dalla capacità degli operatori di attrarre l'utenza essendo così sostanzialmente rimesso alla libera scelta di quest'ultima.

In altri termini, l'assenza sia nell'atto di accreditamento sia nel successivo contratto di una funzione di contingentamento dell'offerta, comporta che l'aderenza alle scelte programmatiche sia garantita attraverso il controllo della domanda (il che può avvenire anche mediante distribuzione di titoli di acquisto di servizi o *voucher* agli utenti che accedono a un programma pubblico di assistenza, per consentire loro di usufruire delle prestazioni di soggetti accreditati).

⁷⁰⁴ *Supra* cap. 1, par. 10.

⁷⁰⁵ Acquisibile da parte di qualunque soggetto in possesso dei predeterminati requisiti tecnici prescindendo quindi da qualsivoglia compatibilità con la fase programmatica (come invece avviene nel caso dei servizi sanitari e socio sanitari ex art. 8 quater del d.lgs. n. 502/1992).

⁷⁰⁶ V. *supra*, par. 2.

Si può quindi concludere nel senso che i sistemi costruiti sulla falsariga del modello delineato dalla l. n. 328/2000 e basati sul controllo della domanda, non dovrebbero porre particolari problematiche di compatibilità con il diritto UE, atteso che la ripartizione delle risorse pubbliche non dipende tanto da una scelta dell'amministrazione, quanto piuttosto dalla capacità degli operatori privati di attrarre la scelta degli utenti; quest'ultima viene ritenuta, in linea con una logica "cara" all'ordinamento UE, lo strumento più efficiente per l'allocazione di risorse pubbliche⁷⁰⁷.

D'altro canto, la descritta impostazione trova conferma nella delimitazione dell'"ambito oggettivo" di applicazione delle recenti Direttive in materia di contratti pubblici (sia la 2014/24/UE in tema di appalti, sia la 2014/23/UE in tema di concessioni), ovvero sul versante delle tipologie contrattuali aventi rilevanza per il diritto europeo.

Non a caso, infatti, oltre a essere previsto in linea generale che non dovrebbero configurarsi né come appalti né come concessioni di servizi *"i sistemi in cui tutti gli operatori che soddisfano determinate condizioni sono autorizzati a svolgere un determinato compito, senza selettività, come i sistemi basati sulla scelta del cliente e i sistemi di buoni servizio (...) compresi quelli fondati su accordi giuridici tra l'autorità pubblica e gli operatori economici"*, la stessa previsione è specificamente ribadita per i "servizi sociali"⁷⁰⁸; con ciò riproponendo la distinzione più volte accennata secondo cui non si avrebbe in questi casi concorrenza "a monte" *per il mercato*, bensì concorrenza "a valle" *nel mercato*.

In altri termini, le caratteristiche proprie dei modelli a rilevanza diretta della "scelta dell'utenza" sarebbero in ultima analisi tali da determinare la non necessarietà di procedure

⁷⁰⁷ È evidente come tali sistemi richiedano la presenza di efficaci strumenti che consentano di risolvere il cd. "problema informativo", di modo da garantire che la scelta dell'utente sia effettivamente consapevole. Il compito di informare gli utenti viene normalmente affidato a quelle strutture che, sia nei servizi sociali sia in quelli socio-sanitari, consentono di realizzare un "accesso unitario" degli utenti al sistema pubblico di erogazione; si pensi, rispettivamente, al Segretariato Sociale nei servizi sociali (art. 22 l. n. 328/2000) e ai Punti unici di accesso (Pua) in quelli socio-sanitari, richiamati espressamente dall'art. 6 dell'ultimo Patto della Salute 2014-2016; sulla funzione informativa dei Pua a livello regionale, si veda PESARESI F., *Le funzioni dei punti unici di accesso*, in *Welfare Oggi*, 1, 2013, pp. 15-22.

⁷⁰⁸ In generale si veda il considerando 4 della Direttiva appalti e il 13 di quella concessioni, mentre con specifico riferimento ai servizi sociali si considerando, rispettivamente, 114 e 54 secondo cui *"gli Stati membri e/o le autorità pubbliche rimangono liberi di prestare essi stessi tali servizi, oppure di organizzare i servizi sociali secondo modalità che non comportino la conclusione di concessioni, per esempio tramite il semplice finanziamento di tali servizi oppure il rilascio di licenze o autorizzazioni a tutti gli operatori economici che soddisfino le condizioni preventivamente stabilite dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore, senza limiti o quote di sorta"*.

di selezione comparativa; il che, però, non sta a significare totale affrancamento dai principi cardine del diritto UE su cui si fonda la libertà di cui all'art. 49 del TFUE.

Sempre seguendo il complessivo impianto delle nuove Direttive⁷⁰⁹, una volta esclusa - anche a livello meramente formale - l'applicazione ai servizi sociali della disciplina sui contratti pubblici, permane, infatti, la necessità di assicurare una "pubblicità" sufficiente (allo scopo di evitare asimmetrie informative) e i principi di trasparenza e non discriminazione.

Invero, pur essendo di tutta evidenza che l'inveramento di tali principi dovrebbe risultare insito e parte coesistente del corretto esercizio dell'amministrativa, non va peraltro dimenticato che il menzionato "*Gebhard test*" (di rilievo, come si è visto, in ordine agli atti autorizzativi di accesso al mercato), consente di verificare che anche rispetto a tale tipologia di accreditamento liberalizzato (caratterizzata anch'essa, in via di principio, da effetti restrittivi del mercato), sia possibile ammetterne la compatibilità con le regole UE in presenza dei previsti presupposti e condizioni di deroga⁷¹⁰.

4.1 La sequenza accreditamento-accordo "munita" di carattere selettivo. Un inquadramento dogmatico

Quanto sopra per quanto riguarda il modello discendente dalla legge n. 328 del 2000.

Negli altri modelli ritenuti significativi - ovvero quello della Regione Emilia Romagna relativo ai servizi socio assistenziali e socio-sanitari che su tale aspetto segue le previsioni del d.lgs. n. 502/1992 e quello della Regione Lombardia - va indubbiamente considerato come l'effettiva distribuzione di risorse pubbliche sia solo in parte determinata dall'orientamento degli utenti, dipendendo anche da singole e specifiche valutazioni amministrative. Infatti, a differenza di quanto accade nei modelli costruiti a partire dalla legge quadro n. 328/2000 che non attribuiscono una funzione di contingentamento degli operatori né all'accREDITAMENTO né al successivo contratto, nei modelli in questione la selezione di quali operatori privati possono erogare prestazioni per conto del servizio

⁷⁰⁹ Rispettivamente considerando 114 Direttiva appalti e 54 Direttiva concessioni.

⁷¹⁰ Per vero, potrebbe presentare profili di "frizione" con le libertà di movimento e con i principi di trasparenza e parità di trattamento, la predisposizione di criteri, per accreditamento e autorizzazione, diversi da regione a regione tali da rendere più difficoltoso l'accesso dei prestatori stranieri; cfr. GRONDEN VAN DE J. W., *op. ult. cit.*, p. 147. Per superare tale possibile contrasto con il diritto UE, si potrebbe ricondurre la definizione dei requisiti per le autorizzazioni e per l'accREDITAMENTO ai livelli essenziali delle prestazioni relative ai diritti sociali, così da attribuirli alla competenza esclusiva dello Stato; sulle ragioni che dal punto di vista del diritto interno giustificerebbero tale soluzione, si veda da ALBANESE A., *Diritto all'assistenza e servizi sociali*, cit., pp. 110 e 200 ss. Sul punto, si rinvia al cap. I, par. 10.

pubblico dipende anche da una valutazione (discrezionale) dell'amministrazione che può esprimersi al momento dell'accreditamento e/o del successivo contratto⁷¹¹.

Come anticipato al paragrafo 2, l'incidenza del diritto europeo su tale valutazione rileva in modo variabile a seconda che la stessa venga effettuata in presenza o meno di una procedura comparativa fra i diversi operatori interessati⁷¹². Di guisa che, laddove la scelta dell'amministrazione non si basi su apposita procedura comparativa, varranno i medesimi principi generali (di compatibilità con diritto UE in tema di libertà di stabilimento) dei sistemi basati sulla sola scelta dell'utenza (sia pure in termini di maggiore problematicità); nei casi in cui, invece, siano previste forme di selezione comparativa, occorrerà necessariamente parametrarsi alla disciplina di diritto derivato che regola la "concorrenza per il mercato" (ferma restando in ogni caso, ed in ultima analisi, la valenza generale della libertà di stabilimento e dei suoi principi qualora il diritto derivato non fornisca una regola specifica, cfr. *infra*).

Per operare tale verifica occorre, tuttavia, inquadrare brevemente le fattispecie dell'accreditamento e del contratto, *in primis* sotto il profilo della natura giuridica dei relativi atti che, a prescindere dal *nomen iuris* e dalla formale distinzione, concorrono - similmente a quanto precedentemente rimesso alle sole "convenzioni" - all'inserimento dell'operatore privato nel sistema⁷¹³.

Nel caso delle "convenzioni" caratterizzanti i modelli previgenti⁷¹⁴, sebbene non mancassero autori le configuravano come vere e proprie figure contrattuali⁷¹⁵, era diffusa

⁷¹¹ Ad esempio, specie dopo la l. r. 11 agosto 2015 n. 23, la Regione Lombardia pare aver optato per un accreditamento "liberalizzato" sia per i servizi sanitari sia per quelli socio-sanitari, di modo che la valutazione discrezionale dell'amministrazione di selezione degli operatori privati, si esplica solamente al momento della stipulazione del contratto.

Al tale modello pare assimilabile quello previsto dalla Regione Umbria per i socio-assistenziali che, seppur per diversi aspetti costruito sulla base della l. n. 328/2000, attribuisce al contratto una funzione di contingentamento degli operatori.

⁷¹² Sulla presenza di una spazio discrezionale che residua in capo all'amministrazione in caso di procedure comparative, seppur limitato alla predisposizione del bando, cfr. GIGLIONI F., *op. ult. cit.*, pp. 236 ss.

⁷¹³ Nel senso della continuità in termini di categorie, giuridiche del rapporto derivante da accreditamento/contratto e vecchie convenzioni, con riguardo al settore sanitario, si vedano, fra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2828; Tar Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 16 dicembre 2010 n. 1718; Tar Sicilia, Catania, Sez. II, 19 settembre 2005 n. 1426; Tar Sicilia, Palermo, Sez. I, 30 settembre 2004 n. 2128; Cons. Stato, Sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7188. In dottrina, per tutti, si vedano FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, cit. p. 198 e CORBETTA C., *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari*, cit., pp. 187 ss.

⁷¹⁴ Si fa riferimento, per il per il settore sanitario, alla legge n. 833/1978, anche se previsioni analoghe erano già contenute in leggi precedenti (su veda, in particolare, la l. n.386/1974, sul punto, si rinvia a SANVITI G., *Le convenzioni in materia ospedaliera*, Milano, 1976, pp. 3 ss. Per il settore sociale, alle convenzioni previste

in dottrina e, soprattutto, in giurisprudenza la posizione che le riconduceva, stante la connotazione connessa ad una “causa” geneticamente “organizzatoria” o comunque inerente a beni e/o a funzioni non disponibili⁷¹⁶, alle diverse categorie dogmatiche che, nel corso del tempo, hanno caratterizzato la cd. “attività amministrativa di diritto privato”⁷¹⁷. Si fa riferimento, per inciso, alle figure della “concessione-contratto”⁷¹⁸ (evocante quindi la tematica del contratto di diritto pubblico⁷¹⁹), alle convenzioni pubblicistiche⁷²⁰ o, più in generale, agli accordi procedimentali come formalizzati dall’art. 11 della legge 241/1990⁷²¹.

a livello regionale a partire dall’adozione del d.P.R. del 1977; come ricordato, però, sulla natura giuridica di tali convenzioni non vi è stato particolare approfondimento; su tali temi, si veda il cap. I, in part. par. 7 ss.

⁷¹⁵ Si veda sul punto FALCON G., *Convenzioni e accordi amministrativi – Convenzioni in materia ospedaliera*, in *Enc. giur.*, XI, Torino, 1998, p. 7 e AICARDI N., *La sanità*, cit. p. 679 nota 165 e la dottrina ivi richiamata.

⁷¹⁶ *Ibidem*; cfr. anche CORBETTA C., *op. ult. cit.*, pp. 72 ss.; si veda, in particolare, p. 86 in cui si afferma che “le teorie dominanti sono comunque concordi nel sottolineare che l’elemento qualificante le convenzioni sanitarie è dato dal fatto di essere concessioni organizzative, ovvero nessi organizzativi, che assumono essenzialmente la natura di accordo-contratto di diritto pubblico”. Con riguardo alla disciplina precedente dalla riforma del 1978, in particolare per le convenzioni previste dalla l. n. 386/1974, si veda SANVITI G., *op. ult. cit.*, pp. 3 ss. In giurisprudenza, fra le tante, Cass., Sez. un., 10 gennaio 2003, n. 256; Cass., Sez. un., 21 dicembre 1999, n. 914.

⁷¹⁷ Si fa riferimento alla nota tripartizione di AMORTH A., *Osservazione sui limiti dell’attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pub.*, pp. 455 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1999, p. 278 ss., il quale, occupandosi in generale del rapporto fra pubblico e privato nell’agire dell’amministrazione individua, al fianco dell’attività di diritto pubblico e dell’attività di diritto privato in senso stretto, la categoria dell’attività amministrativa di diritto privato caratterizzata - nonostante la forma privatistica - dal fatto di essere rivolta al perseguimento delle finalità fondamentali del soggetto pubblico (l’attività privata, diversamente, persegue tali finalità solo in forma accessoria e indiretta).

⁷¹⁸ Sul tema, fra i tanti, si vedano MOLITERNI A., *Il regime giuridico delle concessioni amministrative di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, pp. 567 ss.; GRECO G., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003, pp. 9 ss.; PERICU G., *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in PERICU G., ROMANO A., SPAGNUOLO VIGORITA V., (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, pp. 83 ss.; PELLIZZER F., *Le concessioni di opera pubblica: caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990, pp. 187 ss.; SORACE D., MARZUOLI C., *Concessioni amministrative, Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, pp. 280 ss.; FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984, pp. 71 ss.; D’ALBERTI M., *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981; GULLO F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965, *passim*; LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo: contributo ad uno studio dei c. d. contratti di diritto pubblico*, Torino, 1962. Un riferimento va fatto anche alla nozione gianniniana del contratto ad oggetto pubblico, la quale, però, più che una soluzione alternativa, costituisce un affinamento e una specificazione della teoria dualistica della concessione-contratto (cfr. GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, pp. 426 ss.).

⁷¹⁹ Categoria che si è sviluppata nella dottrina tedesca e che, non senza accesi dibattiti, è stata ben presto superata dalla dottrina italiana (si veda sul punto la dottrina sopra richiamata, in particolare Greco, Pellizzer, Falcon, D’Alberti, Gullo, Ledda).

⁷²⁰ FALCON G., *op. ult. cit.*, pp. 205 ss.

⁷²¹ Cfr., per tutti, PELLIZZER F., *Gli accordi pubblico-privato nel governo del territorio*, in MASTRAGOSTINO F., *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, pp. 131 ss.; GRECO G., *op. ult. cit.*, pp. 99 ss.; PERICU G., *L’attività consensuale dell’amministrazione pubblica*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, pp. 1611 ss.; BRUTI LIBERATI E., *Accordi amministrativi (voce)*, *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001.

A tal proposito, pur senza pretendere di prospettare una rilettura dei vecchi rapporti convenzionali propendendo per l'una o per l'altra qualificazione, ma sembrando emergere la rilevanza di una connotazione pubblicistica degli stessi, merita comunque di essere segnalato come la tematica del rapporto tra amministrazione e privati interessati al convenzionamento implicasse *ex se* - anche a prescindere da qualsiasi sensibilità concorrenziale - una particolare attenzione in ordine alle fasi di loro formazione.

È infatti evidente che, anche rimanendo su un piano meramente interno, il perfezionamento di rapporti convenzionali con soggetti privati dovesse necessariamente soggiacere ai canoni generali dell'art. 97 della Costituzione; e ciò, non solo per l'instaurazione di una relazione qualificata e differenziata involgente l'impiego di risorse pubbliche, ma anche in relazione al fatto che, con il ricorso al modello convenzionale, l'amministrazione provvedeva comunque in ordine alle modalità di gestione di un servizio pubblico, effettuando una scelta organizzativa per sua natura caratterizzata con alto tasso di discrezionalità⁷²².

Le stesse considerazioni sembrano pertinenti ora anche a seguito della scomposizione dell'elemento convenzionale in due distinti, ma connessi, atti: accreditamento e contratto sembrano, infatti, riflettere la genesi pubblicistica del rapporto, che si esprime sia in un atto tipicamente provvedimentoale (e quindi espressivo di unilateralità della volontà), sia in un atto che, pur caratterizzato dal dato consensuale, è espressione della medesima funzione organizzativa tipica dei provvedimenti concessori⁷²³⁷²⁴.

⁷²² Si veda SANVITI G., *op. ult. cit.*, pp. 6 ss.

⁷²³ Diversi sembrano gli 'indici sintomatici' che confermerebbero tale prospettazione.

Un primo indice sembra desumibile dalla distinzione fra concessione e autorizzazione fatta propria dalla prevalente dottrina (*ex multis*, SCOCA F.G., *Il provvedimento*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, pp. 303 ss.; FRACCHIA F., *Concessione amministrativa, Enc. dir.*, Ann. I, Milano, 2007, pp. 250 – 277, SANDULLI A.M., *op. ult. cit.*, pp. 1-14), nel senso che mentre l'autorizzazione eliminerebbe un ostacolo all'esercizio di un diritto o di un potere già presenti nella sfera giuridica del privato (limite posto affinché l'attività privata, che rappresenta l'interesse preminente nei procedimenti autorizzatori, non sia perseguita in contrasto o a scapito dell'interesse pubblico), con la concessione si avrebbe un ampliamento della sfera giuridica del privato con attribuzione di nuovi diritti o poteri (non rientranti neppure *in nuce* nella sfera del soggetto privato) funzionali non solo al perseguimento di "interessi privati", bensì primariamente alla cura – in via diretta e principale – di interessi pubblici. Di qui, pertanto, un primo indice della natura concessoria del rapporto che ha origine dalla sequenza accreditamento/contratto. Tuttavia, le facoltà e i poteri riconosciuti al privato non sarebbero costituiti dalla possibilità data ai privati di svolgere un'attività riservata alla P.A, quanto piuttosto dalla possibilità di erogare prestazioni *per conto* e, soprattutto, *a spese* del servizio pubblico. In altre parole, il concessionario acquisirebbe un bene economicamente rilevante che lo collocherebbe in una posizione differenziata rispetto agli altri operatori del settore non concessionari: in sintesi, al privato verrebbe concessa "la posizione di mercato" originariamente propria dell'amministrazione (cfr. CAVALLO PERIN R., *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della*

concessione di servizio pubblico, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 113-123; nello stesso senso ALBANESE A., *op. ult. cit.*, p. 235). Un secondo indice che depone per la natura concessoria del rapporto, sembra potersi ricavare dalla sua valenza organizzatoria, tipica dei rapporti concessori, con la quale gli operatori privati vengono inseriti in un sistema organizzativo di erogazione di pubblici servizi caratterizzato, come già ricordato, dalla prevalenza dei profili pubblicistici su quelli paritetici in senso stretto; e ciò in correlazione con la tutela del diritto della salute, con il principio della programmazione e, quindi con il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica. In altre parole, se è vero l'insegnamento della dottrina, secondo cui la forma giuridica del rapporto che si instaura fra pubblico e privato deve essere "adeguata" all'oggetto del rapporto (TRIMARCHI BANFI F., *Pubblico e privato nella sanità*, cit., p. 59, la quale tuttavia qualifica in termini autorizzatori il rapporto fra soggetto pubblico e erogatore privato avente origine nelle convenzioni previste dalla legge del 1978), sembrano diversi gli indici deponenti per la qualificazione concessoria, quali:

a) lo stretto collegamento tra concessione dell'accREDITAMENTO e stipulazione del contratto rispetto alla fase programmatica, da cui discenderebbe anche la natura discrezionale dell'accREDITAMENTO (nel senso del collegamento fra la natura discrezionale e quella concessoria, in giurisprudenza, Cons. Stato, Sez. III, 16 aprile 2014, n. 1925; Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2828, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 02 febbraio 2010, n. 454; Cass., Sez. Un., 8 luglio 2005, n. 14355; *contra* CORBETTA C., *op. ult. cit.*, pp. 215 ss.);

b) l'impossibilità di ricondurre le fattispecie convenzionali fra soggetto pubblico e privato accREDITATO, al contratto di diritto privato di origine romanistica e ciò sulla base dell'idea (non da tutti condivisa) dell'inefficienza dell'utilizzo del contratto nell'ambito di un modello organizzativo rivolto all'erogazione di un servizio pubblico strettamente connesso alla tutela della salute, e quindi di una necessaria "inerenza pubblicistica" dell'attività rivolta a tali fini, nonché della non disponibilità di una parte rilevante dell'oggetto, stante la valenza "organizzatoria" di tali convenzioni (su tale ultimo profilo, cfr., PELLIZZER F., *Le concessioni di opera pubblica*, cit., pp. 187 ss.).

c) infine, la presenza di stringenti poteri di vigilanza e controllo espressamente riconosciuti alle autorità accREDITANTI (cfr. BOTTARI C., *Dai servizi sanitari ai servizi socioassistenziali*, in BOTTARI C., (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accREDITAMENTO*, Torino, 2013, p. 8 e CORBETTA C., *op. ult. cit.*, p. 92 rispetto alle "vecchie" convenzioni; in giurisprudenza, si vedano le pronunce richiamate al punto a).

A conferma di tale ragionamento, va inoltre ricordato come sia piuttosto costante la posizione della giurisprudenza nel qualificare l'accREDITAMENTO come concessione *ex lege* di servizio pubblico. Oltre alle pronunce appena richiamate, si v., fra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 11 luglio 2013, n. 3741; Cons. Stato, Sez. III, 29 luglio 2011, n. 4529; Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2010, n. 2828, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 02 febbraio 2010, n. 454, cit.; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 12 marzo 2014, n. 1502; Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 06 dicembre 2012, n. 2939; Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 10 febbraio 2012, n. 461. La tesi della natura concessoria dell'accREDITAMENTO non sempre è sostenuta in giurisprudenza, a favore talvolta della natura autorizzatoria (Tar Lombardia, Milano, Sez. III, 16 giugno 2010, n. 1891 che sostiene la natura privatistica del rapporto derivante dall'accREDITAMENTO, seppur conformato da esigenze di carattere programmatico; Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 luglio 2005 n. 1237; Tar Campania, Sez. I, 5 settembre 2000, n. 3367); tal'altra di una natura ibrida (*tertium genus* fra la figura dell'autorizzazione e quella della concessione, che presenta profili di diritto pubblico e di diritto civile talmente intrecciati e connessi da rappresentare un peculiare modulo procedimentale di affidamento dei servizi pubblici a terzi; in tal senso Tar Sicilia, Catania, Sez. II, 13 maggio 2005, n. 812 e Tar Sicilia, Catania, Sez. II 19 settembre 2005 n. 1426 ; Tar Campania, Napoli, Sez. I, 6 dicembre 2002 n. 7845).

Vi è, infine, una giurisprudenza che pur riconoscendo la natura autoritativa dell'accREDITAMENTO, sembra riconoscere natura meramente pattizia al successivo contratto, considerandolo espressione dell'autonomia negoziale delle parti (Cons. Stato, Sez. III, 25 giugno 2014, n. 3219).

⁷²⁴ Merita segnalazione pure il tema riguardante la possibilità di prospettare il rapporto "accREDITAMENTO/contratto" in termini di appalto. Una simile rilettura dovrebbe superare la circostanza oggettiva del trasferimento dal soggetto pubblico a quello privato di una "sfera di azione" entro cui il privato assume la *gestione complessiva* di una parte di servizio pubblico, operando a proprio rischio (sulla permanenza di un rischio in capo al privato erogatore, si veda CONSITO M., *AccREDITAMENTO e terzo settore*, cit., p. 63) e con *propria responsabilità* nei confronti dell'utenza "terza". Sembra sussistere, quindi, quel *rapporto trilaterale* considerato da molti tratto distintivo fra concessione di servizio e appalto di servizi (per tutti, VILLATA R., *Pubblici servizi*, cit., p. 99). Come osservato da autorevole dottrina, anche quando i servizi sociali, per scelta politica, vengono interamente remunerati dall'amministrazione (che si pone come utente collettivo nei termini descritti nei precedenti capitoli), "*il rapporto trilaterale sussiste sul piano sostanziale, ma non su quello formale*", ma ciò non incide sulla possibilità di far rientrare tali rapporti nell'ambito della tradizionale concessione di pubblici servizi (cfr. GRECO G., *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, pp. 1095 ss., nota 52). Pare inoltre opportuno, al riguardo,

Si è detto in precedenza della naturale sottoposizione di detti rapporti a principi e regole generali dell'agire amministrativo, sottolineando anche le ragioni a sostegno di una particolare attenzione al rispetto dei principi di trasparenza e imparzialità, anche in un'ottica prettamente nazionale.

Tuttavia, con ciò non si intende in alcun modo disconoscere la rilevanza sostanziale che altri principi di rilevanza costituzionale - quali, per tutti, quelli informativi della libertà economiche - hanno avuto e continuano ad avere anche in punto di qualificazione e regime giuridico dei predetti rapporti convenzionali⁷²⁵.

D'altro canto, anche in un'ottica più ampia, una delle conseguenze del processo di integrazione europea è stato indubbiamente il rafforzamento delle procedure selettive/comparative propedeutiche al perfezionamento di rapporti tra amministrazione e privati in funzione dei quali il potere pubblico mette a disposizione risorse finanziarie o beni.

Ciò è avvenuto seguendo una duplice direzione:

- la prima, rispetto alla quale la “pressione” europea è stata da subito particolarmente decisa, ha investito direttamente *l'attività di diritto privato* dell'amministrazione ed è consistita nell'integrare - attribuendo rilevanza all'interesse concorrenziale in sé e non più solo all'imparzialità e all'efficienza dell'azione amministrativa - l'impostazione già collaudata dalle procedure nazionali di evidenza pubblica per la scelta del contraente previste, invece, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione⁷²⁶;

un richiamo a quanto puntualmente rilevato da AICARDI N., *op. ult. cit.*, pp. 678 ss., secondo tale rapporto “non è da qualificare come appalto di servizi, ma è riconducibile al genere delle relazioni pubblicistiche di servizio pubblico tra amministrazione titolare e soggetto gestore. Con la definizione del programma di attività nell'accordo contrattuale, la regione (o la USL) non acquista, infatti, una determinata quantità di prestazioni dalla struttura accreditata, ma abilita tale struttura ad erogare il servizio pubblico alla collettività degli utenti, sia pure con il limite del volume di prestazioni pattuito (e salva la possibilità di definire un criterio di remunerazione anche delle eventuali prestazioni in eccesso). La regione (o la USL) non si impegna a finanziare la struttura per l'intero volume di attività contrattato, ma a consuntivo solo per le prestazioni effettivamente erogate agli utenti che ad essa si siano rivolti. Dunque, il volume definito nell'accordo non rappresenta l'oggetto di un appalto di servizi, che la struttura accreditata si obbliga a fornire alla regione (o alla USL) verso un corrispettivo, ma un tetto massimo (per altro superabile, a certe condizioni) alla legittimazione di tale struttura ad operare in regime di servizio pubblico”.

⁷²⁵ Anche se nell'art. 41, co. 3, Cost., si rinviene senza dubbio un'ulteriore legittimazione a un modello in cui il legislatore aveva assegnato funzione di garanzia - anche attraverso il sistema convenzionale - della finalizzazione sociale delle attività economiche. In generale, sul limite dall'utilità sociale alla libera iniziativa privata, si v., per tutti, BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, Vol. XXI, Milano, 1971, pp. 582 ss.

⁷²⁶ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, secondo cui “è proprio l'esigenza di uniformare la normativa interna a quella comunitaria - sul piano della disciplina del procedimento di scelta del contraente - nel perseguimento della tutela della concorrenza, ad avere determinato il definitivo superamento della

- la seconda, conseguente al consolidamento della prima, è consistita nell'estensione delle procedure di scelta del contraente, seppur con gradazioni differenziate, alla stessa *attività amministrativa di diritto privato* di guisa che pare ormai difficilmente “scindibile” il legame fra i principi costituzionali che impernano l'attività amministrativa e quelli concorrenziali di origine europea (come detto in qualche modo “mediati” da quelli costituzionali in tema di libertà economiche)⁷²⁷.

Si fa riferimento, ovviamente, al già accennato percorso che ha portato - ben prima dell'adozione della Direttiva 2014/23/UE - alla progressiva estensione dei principi generali UE a fattispecie contrattuali non rientranti nell'ambito delle Direttive sugli appalti⁷²⁸, nonché all'ancor più recente sottoposizione dei rapporti convenzionali tra amministrazioni agli stessi principi e regole concorrenziali propri dei rapporti contrattuali in senso stretto; con ciò superando - non senza ricorrenti incertezze - la precedente impostazione escludente impernata sull'assunto (differenziante) che ogni relazione tra amministrazioni implicasse *ex se* un'assorbente funzione organizzatoria⁷²⁹.

Per concludere, fra gli esiti al momento riscontrabili del processo di integrazione europea rientra certamente l'estensione dei principi generali UE (e delle regole procedurali necessarie alla loro attuazione) a quasi tutti i casi in cui una pubblica amministrazione, per lo svolgimento di compiti rientranti nei propri doveri istituzionali, si rivolge ad operatori di mercato (privati o pubblici, purché “distinti” dall'amministrazione stessa) mettendo a loro disposizione risorse pubbliche.

Riprendendo il tema di fondo⁷³⁰ alla luce del processo appena descritto e dei relativi esiti, sembra comunque corretto porsi due interrogativi, ovvero:

concezione che vedeva la procedimentalizzazione dell'attività di scelta del contraente dettata nell'esclusivo interesse dell'amministrazione”.

⁷²⁷ Si pensi, ad esempio, alla difficoltà di immaginare procedure di scelta non rispettose dei principi concorrenziali in caso di contratti esclusi dall'ambito di applicazione delle Direttive e che non presentino un “interesse transfrontaliero certo”; il tema, alla luce anche delle soluzioni adottate dal legislatore nazionale nella normativa di recepimento delle ultime Direttive sui contratti pubblici, verrà ripreso ai par. 5 ss.

⁷²⁸ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1, cit., secondo cui “*I principi generali del Trattato valgono comunque anche per i contratti e le fattispecie diverse da quelle concretamente contemplate; quali (oltre alla concessione di servizi) gli appalti sottosoglia e i contratti diversi dagli appalti tali da suscitare l'interesse concorrenziale delle imprese e dei professionisti*”. Con specifico riguardo alle concessioni, cfr. anche Cons. Stato, Sez. IV, 13/03/2014, n. 1243 e Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009 n. 7236. Sull'incidenza dell'interesse concorrenziale sulla formazione degli accordi urbanistici, cfr. PELLIZZER F., *Gli accordi pubblico-privato nel governo del territorio*, cit., pp. 197 ss. Sul tema si veda *supra*, par. 2.

⁷²⁹ Si veda Corte giust., 19 dicembre 2012, causa C-159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*, cit., poi ripresa dalla giurisprudenza nazionale (per tutte, Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 24 ottobre 2013, n. 2361).

⁷³⁰ Si fa riferimento a tutti quei sistemi nei quali la distribuzione di risorse pubbliche dipende anche da una scelta discrezionale dell'amministrazione e, in particolare, la diversa incidenza del diritto europeo su tali modelli a seconda che tale scelta venga effettuata in presenza o meno di una procedura comparativa fra i diversi operatori interessati. Con specifico riguardo ai modelli analizzati nel capitolo 1, si vedano in

- in primo luogo, se risultino compatibili con il diritto UE quelle previsioni nazionali che consentono di operare la distribuzione di risorse pubbliche (*rectius*, la possibilità di erogare prestazioni per conto del servizio pubblico) prescindendo da qualunque procedura comparativa;
- in secondo luogo, in che termini si sostanzia il regime giuridico applicabile invece laddove tali procedure siano previste⁷³¹.

4.1.1 Segue... Accredитamento e/o accordo con funzione selettiva in assenza di procedure comparative: quale rapporto fra discrezionalità e concorrenza?

La questione relativa alla necessità, specie alla luce del diritto UE, di prevedere procedure comparative a evidenza pubblica per la scelta dei privati legittimati a erogare prestazioni sociali e socio-assistenziali per conto del servizio pubblico (siano queste collocate al momento del rilascio dell'accreditamento e/o nella stipulazione del contratto), non trova, né in dottrina né in giurisprudenza, posizioni consolidate e definitive⁷³².

particolare i sistemi di erogazione di servizio socio-sanitari predisposti dalla Regione Emilia Romagna e dalla Regione Lombardia, ma si tratta di soluzione diffusa specie nel settore sanitario.

⁷³¹ Tali questioni saranno oggetto dei paragrafi successivi, rispettivamente, par. 4. 1 ss. e 5 ss.

⁷³² Per dare conto dello stato di incertezza, pare sufficiente riportare alcuni passaggi delle pronunce, riguardanti il settore sanitario, che hanno affrontato la questione. Tar Campania, Napoli, Sez. I, 4 dicembre 2013, n. 5498; nella parte finale della decisione si affronta il tema dell'assenza di procedure concorsuali dal punto di vista della "*libertà di iniziativa economica privata ex art. 41 cost., nonché (del)la normativa comunitaria sulla concorrenza*" prevedendo che "*il rapporto instaurato mediante l'accreditamento e la stipula degli accordi contrattuali ha natura concessoria (...). In base all'art. 17 della direttiva n. 2004/18/CE, l'affidamento dei servizi sanitari è sottratto all'applicazione delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. Del resto, in base all'art. 106 del TFUE, le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata, con l'osservanza del principio di proporzionalità*".

Tar Sicilia, Palermo, Sez. II, 18 luglio 2005, n. 1237 prevede che "*il rilascio dell'accreditamento non produce gli stessi effetti di una concessione del servizio, in quanto appunto consente alla struttura destinataria del provvedimento di acquisire soltanto la qualità di soggetto accreditato, necessaria per l'espletamento dell'attività sanitaria nei confronti dei cittadini, ma non sufficiente per vincolare le aziende e gli enti del Servizio Sanitario Nazionale a retribuire le prestazioni concretamente erogate, a tal fine subordinate alla stipula di un apposito contratto. Dal sistema normativo vigente, sopra delineato, discende pertanto che l'erogazione dell'assistenza sanitaria ed ospedaliera da parte della regione non avviene attraverso l'aggiudicazione di appalti o la concessione del relativo servizio, ma attraverso l'acquisto delle prestazioni sanitarie da una pluralità di soggetti, pubblici e privati, preventivamente autorizzati. Né di contro, può farsi leva sull'allegato 2 del D.L.vo. n. 157/1995, laddove, nell'ambito di applicazione della direttiva comunitaria n. 92/50/CEE, include anche i servizi sanitari. Infatti, deve ritenersi che rientrino in detta categoria i servizi accessori, cioè residuali e di limitata importanza rispetto a quelli attinenti all'attività sanitaria, come intesa e regolata dal D.L.vo n. 502/1992. In definitiva, va escluso che nella fattispecie, trattandosi di erogazione di prestazioni di alta specialità nel campo della riabilitazione, la scelta del soggetto prestatore avrebbe dovuto avvenire con l'osservanza delle regole di evidenza pubblica. Ma, nel caso*

che occupa, vi è un ulteriore motivo che comunque esclude il ricorso alle regole di evidenza pubblica nella scelta del contraente. Difatti, il censurato accordo (...) non consiste nella erogazione da parte di quest'ultima di prestazioni assistenziali per conto del servizio sanitario regionale, quale soggetto accreditato o quale appaltatore o concessionario del servizio, ma nella gestione, nell'ambito di strutture pubbliche, di posti letto che rimangono pubblici. A ben vedere, si tratta di un accordo atipico che trova legittimazione nella generale capacità giuridica degli enti pubblici interessati nonché in riscontri normativi specifici (...)".

Tar Lazio, Roma, Sez. III, 14 ottobre 2009, n. 9909 secondo cui: *"L'ambito di applicazione dell'art. 41 della Cost. appare infatti del tutto estraneo alla presente fattispecie in quanto tutela i diritti dell'imprenditore nel mercato e non è diretta assolutamente a garantire le rendite di posizione di chi pretende di operare imprenditorialmente e di essere al contempo garantito in toto dalla parte pubblica. Non va dimenticato infatti che la sanità privata accreditata con il S.S.N. non offre i propri servizi in un regime concorrenza di mercato, ma opera in una situazione sostanziale di oligopolio assistito che, specie se si pensa ai tetti di spesa, al contrario di quanto vorrebbe parte ricorrente, nullifica quasi del tutto il rischio d'impresa. Potrebbe per contro accedersi alla tesi del "diritto dell'impresa" al conseguimento del budget solo nel caso in cui l'affidamento a privati di appalti di servizi pubblici sanitari - peraltro previsti al Cod. 76611000-1 e ss. dalla Cat. 25 dell'All. 2 alla Direttiva 2004/18/CE - fosse avvenuto a seguito di procedura ad evidenza pubblica ai sensi del D.lgs. n. 163/06 e s.m. . Il che non è!"*.

Tar Lazio, Roma, Sez. III- quater, 2 marzo 2010, n. 3248. *"Si deve poi osservare come l'"accreditamento" è un' idoneità tecnico-operativa che consente di essere inseriti nell'ambito della programmazione sanitaria regionale, e di ottenere la remunerazione delle prestazioni eseguite nell'ambito del budget prefissato, ma non dà luogo ad una posizione soggettiva cui accede una relazione di carattere obbligatorio. (...) Se così non fosse infatti si dovrebbe ritenere che l'affidamento a privati di appalti di servizi pubblici sanitari (...) dovrebbe avvenire a seguito di procedura ad evidenza pubblica ai sensi del D.lgs. n. 163/06 e s.m. e non per affidamenti diretti senza gara"*.

Cons. Stato, Sez. V, 17 febbraio 2010 n. 915: *"In realtà l'accreditamento, lungi dall'atteggiarsi quale mera rimozione di un ostacolo all'esercizio di un'attività che rientra nelle facoltà di un diritto già attribuito ad un privato, costituisce lo strumento mediante il quale la struttura privata viene inserita nell'ambito dei soggetti operanti per il servizio sanitario nazionale: l'accoglimento dell'istanza presuppone, pertanto, a garanzia dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'amministrazione, la verifica della corretta predisposizione di strumenti di carattere normativo e generale che rendano compatibile l'iniziativa del privato con l'assetto del servizio pubblico e l'accesso della predetta struttura privata al servizio, previo esperimento di un confronto concorrenziale (C.d.S., sez. V, 4 giugno 2008, n. 2028; 8 marzo 2006, n. 1216). Come correttamente rilevato dai primi giudici, il conseguimento dell'accreditamento rappresenta solo una fase del più complesso procedimento, per effetto del quale le strutture private possono entrare a far parte del Servizio Sanitario Nazionale ed erogare le relative prestazioni, cui deve essere riconosciuto un carattere latamente concorsuale, non essendo indifferente, proprio in relazione alla individuazione del fabbisogno delle prestazioni da erogare, il numero dei soggetti che possono legittimamente concorrere per entrare a far parte del Servizio Sanitario Regionale.*

Nemmeno in dottrina emerge una posizione consolidata sul punto. AICARDI N., *op. ult. cit.*, p. 680, partendo dalla natura concessoria del rapporto in questione (non qualificabile quindi come appalto), sembra escludere l'applicazione della disciplina europea sull'evidenza pubblica (la giurisprudenza amministrativa del tempo era, ancora, in parte ferma su questa posizione, come si evince da Tar Toscana, Sez. II, 20 gennaio 1999, n. 154 confermata da Cons. Stato, Sez. V, 17 luglio 2004, n. 5123, che si era pronunciato sul regime precedente alla riforma del 1999). Una posizione simile è assunta da TARULLO S., *Concorrenza ed evidenza pubblica nel sistema degli accreditamenti sanitari tra regole nazionali e assetti comunitari*, in *Mumus*, 1, 2012, p. 32, il quale nega, inoltre, la stessa possibilità di prevedere procedure selettive sia al momento del rilascio dell'accreditamento (pp. 24 ss.), sia fra la concessione di questo e il contratto (pp. 35 ss.). Altri Autori sembrano più propensi a riconoscere la necessità di prevedere procedure concorsuali. MOLASCHI V., *Accreditamento e accesso al mercato delle prestazioni sanitarie*, cit., p. 681 sostiene che *"benchè al mercato delle prestazioni sanitarie non si applichi il codice dei contratti pubblici, la scelta delle strutture con cui concludere contratti dovrebbe avvenire sulla base di un adeguata selezione comparativa, che garantisce la competizione"*. Nel senso di un possibile contrasto con il principio di concorrenza dell'assenza di procedure selettive, si vedano anche SPAGNUOLO VIGORITA R., *op. ult. cit.*, pp. 167 -178; CONSITO M., *L'accreditamento come limite dell'appalto pubblico di servizi*, cit., pp. 342 ss.; p. 356; ALBANESE A., *Diritto all'assistenza*, cit. p. 228 e 236 e NAIMO G., *La rivoluzione sanitaria*, in *www.federalismi.it*, 2009. L'Autore da ultimo citato propende per l'espletamento di procedure selettive in

Per cercare di affrontare la questione pare opportuno muovere dalla *ratio* sottesa a tali procedure.

In via di principio è indubbio che le stesse procedure sono espressione dei principi di trasparenza, pubblicità, proporzionalità, parità di trattamento e non discriminazione fra gli operatori economici, nonché a quelli interni di imparzialità, economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, rispetto ai quali assumono, quindi, un ruolo di strumentalità e di garanzia.

In tale ottica può, comunque, assumere rilievo loro “scomponibilità” in due fasi, una “statica” e una “dinamica”, di guisa che se, da un lato, la predisposizione e la pubblicazione del bando è volta ad assicurare la conoscibilità dei requisiti necessari per partecipare alla gara e dei criteri su cui verrà basata la valutazione comparativa fra i diversi partecipanti; dall'altro, la vera e propria fase comparativa è finalizzata alla scelta dell'offerta migliore, in termini di prezzo e di qualità (quest'ultima intesa in un'accezione non solo “oggettiva” - l'offerta più buona - ma anche “soggettiva”, come offerta più adatta alle esigenze dell'amministrazione così come “concretizzate” nei criteri del bando).

Per quanto le due fasi siano da considerare “unitariamente” e per quanto sia la procedura nel suo complesso a garantire il perseguimento dei principi sopra richiamati, pare evidente come la pubblicazione del bando – ovvero la fase “statica” - sia maggiormente strumentale agli obiettivi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento (nel senso di conoscibilità della procedura da parte di tutti gli operatori interessati), mentre la fase “dinamica” pare più direttamente deputata a consentire all'amministrazione di scegliere l'offerta migliore (in termini di prezzo e qualità), garantendo economicità, efficacia e imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di trattamento fra gli operatori (intesa come selezione sulla base di criteri obiettivi).

Data tale premessa, si dovrebbe convenire sul fatto che laddove l'amministrazione subordini la possibilità di erogare prestazioni per conto del servizio pubblico al solo possesso di requisiti obiettivi, noti in anticipo e ben pubblicizzati (nonché al criterio temporale nella valutazione delle richieste) – anziché operare ricorso a procedure di

quanto considera un appalto di servizi il contratto stipulato fra soggetto pubblico ed erogatore privato. A detta dello stesso, tale posizione sarebbe confermata da Cons. Stato, Sez. V, 19 novembre 2009, n. 7236 cit.; a parere di chi scrive, tuttavia, tale pronuncia (che decide una questione di rito relativa all'applicabilità del rito speciale di cui all'art. 23 bis l. 6 dicembre 1971 n. 1034) si limiterebbe ad affermare il concetto - più volte ribadito in questo lavoro – secondo cui non è più ammissibile escludere le concessioni di pubblico servizio dall'applicazione dei principi concorrenziali; ma non sembra pronunciarsi sull'“obbligatorietà” di prevedere procedure comparative di scelta.

comparazione contestuale - finirebbe, in teoria, per rinunciare (“solamente”) alla possibilità di scegliere le offerte migliori.

Il che, in altri termini starebbe a significare che l’istituto dell’accreditamento svolge, in effetti, la stessa funzione della fase statica delle procedure di evidenza pubblica, non implicando, invece, alcuna scelta dell’amministrazione fondata su valutazioni comparative per selezionare l’offerta economicamente più conveniente e più competitiva da un punto di vista tecnico.

Ma, a ben vedere, tale impostazione dovrebbe essere sempre contestualizzata nel settore in cui l’accreditamento pare tale da ridurre i potenziali vantaggi di una procedura comparativa di selezione essendo di per sé in grado, da un lato, di garantire comunque un certo livello qualitativo del prestatore e, quindi, del servizio⁷³³; dall’altro, di consentire all’amministrazione un controllo sui costi, attraverso l’imposizione al privato di un sistema di remunerazione pre-determinato, funzionale a garantire, fra l’altro, anche un livello qualitativo adeguato a prestazioni che incidono su beni fondamentali quale la salute delle persone.

Per di più, le peculiarità del settore sociale e socio-sanitario - prime fra tutte, il carattere personale degli interventi e la necessità di un costante legame con la programmazione⁷³⁴ - sembrano amplificare i “limiti” di tali procedure (scarsa elasticità e flessibilità, difficoltà di considerare le specificità del caso concreto e di predisporre controlli periodici)⁷³⁵.

Per tali ragioni un sistema di erogazione di servizi sociali o socio-sanitari potrebbe non risultare contrario al diritto UE per il solo fatto di non condizionare la possibilità per gli operatori privati di erogare prestazioni per conto del sistema pubblico (e quindi l’accesso a risorse pubbliche) a una procedura comparativa e contestuale, ma a una scelta discrezionale della PA volta ad accertare il rispetto di determinati requisiti (cd. accesso a sportello)⁷³⁶.

⁷³³ Cfr. CONSITO M., *L’accreditamento come limite*, cit., p. 353 su come nell’accreditamento confluiscono i requisiti, almeno quelli di partecipazione, dei contratti di appalto.

⁷³⁴ Sull’importanza riconosciuta dalla corte di giustizia alla programmazione con specifico riferimento a settore sanitario, cfr. Corte Giust., 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, pp. 49 - 53; Corte giust., 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits and Peerbooms*, p. 76 -80; Corte giust., 16 maggio 2006, C-372/04, *Watts*, p. 108-110.

⁷³⁵ Cfr. sul tema HATZOPOULOS V., STERGIOU H., *Public Procurement Law and Health care: From Theory to Practice*, in GRONDEN VAN DE J.W; SZYSZCZAK E., NEERGAARD U., KRAJEWSK M. (a cura di), *Health Care and EU Law*, L’Aia, 2011, pp. 413 ss., in part. p. 440 ss.

⁷³⁶ Secondo Tar Campania, Napoli, Sez. I, 4 dicembre 2013 n. 5498, cit., “È opportuno altresì rilevare che tale sistema offre garanzie diverse ma non inferiori, per l’utente del servizio sanitario, rispetto a quelle che sarebbe possibile ottenere avvalendosi di procedure di tipo concorsuale, nelle quali prevalgono logiche di

D'altronde, come si dirà al paragrafo 5, il diritto derivato in materia di contratti pubblici non impone per i servizi pubblici in oggetto la trasposizione di schemi rigidi e dettagliati, ma solo poche regole necessarie per garantire il rispetto dei principi generali più volte richiamati.

Tuttavia, l'adeguata pubblicizzazione dei requisiti su cui basare la scelta assicurata dall'accreditamento, non è sufficiente a garantire il rispetto di tali principi. In altri termini, il rispetto dei principi pubblicità, trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, non va inteso in termini meramente formali tali per cui esso potrebbe ritenersi soddisfatto dalla mera pubblicità dei requisiti necessari per ottenere l'accreditamento (unita, ovviamente, al rispetto dell'ordine temporale nella valutazione della richieste). Al contrario, tali principi devono effettivamente permeare la scelta della pubblica amministrazione (si richiede, cioè, il rispetto di una legalità sostanziale e non solo formale).

4.1.2 Condizioni necessarie per “giustificare” restrizioni alla libertà di stabilimento

Con riguardo allo specifico momento della scelta del soggetto cui attribuire i budget di spesa, sembra, comunque, necessario un controllo ulteriore sull'esercizio della discrezionalità amministrativa; tale controllo – che si realizza attraverso il rispetto delle scelte fatte nella fase programmatica – affinché il sistema risulti conforme al diritto europeo, deve essere tale da superare il cd. *Gebhard test*.

L'assenza di una procedura comparativa e di una concorrenza a monte per il mercato, infatti, anche se risulti tale - come si sostiene - da legittimare l'esclusione dell'applicazione delle Direttive sui contratti pubblici (anche delle poche regole previste per i servizi sociali e socio-sanitari), non fa venir meno il dovere per gli Stati membri di rispettare le norme in

mercato che affidano la selezione dell'offerta più vantaggiosa anche all'aspetto economico. Infatti l'aziendalizzazione delle strutture operanti per il servizio sanitario è basata sulla remunerazione in base alle prestazioni rese e sulla determinazione delle tariffe da parte dell'autorità sanitaria, essendo radicalmente esclusa qualsiasi competizione tra gli operatori sui prezzi, competizione che potrebbe rilevarsi controproducente ai fini della qualità del servizio e, in definitiva, potenzialmente pregiudizievole proprio per la tutela del diritto alla salute. (...) La priorità riconosciuta alle strutture provvisoriamente accreditate, congiuntamente con il criterio cronologico nello scrutinio delle istanze di accreditamento, costituiscono parametri oggettivi di riscontro ed escludono discriminazioni arbitrarie nella valutazione di condizioni di partenza ritenute del tutto omogenee. Il sistema in tal guisa delineato si palesa, in linea di principio, rispondente a canoni di trasparenza e di parità di trattamento nella selezione tra una pluralità di soggetti tutti tecnicamente idonei ai fini dell'erogazione di prestazioni qualitativamente adeguate alle necessità, per cui i canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa ex art. 97 Cost. non risultano vulnerati”.

materia di libertà di stabilimento; pertanto la sequenza accreditamento/contratto, in quanto filtro all'accesso al mercato, per l'ordinamento europeo costituisce una restrizione della libertà di stabilimento che, per essere legittima, deve "superare" i vari passaggi del test richiamato.

Come anticipato tale filtro deve essere in primo luogo rivolto al perseguimento di *motivi imperativi di interesse generale*⁷³⁷.

Secondo un'affermazione costantemente ricorrente nelle pronunce della Corte di giustizia, fra tali ragioni si riteneva non potessero rientrare "motivi di carattere economico"⁷³⁸.

Si tratta, per vero, di affermazione che non può più considerarsi perentoria, specie in settori a spiccata valenza sociale come quelli di cui si discute. In diverse occasioni, infatti, la Corte ha ammesso che considerazioni di natura economica possano rientrare fra i motivi imperativi di interesse generale in grado di giustificare misure restrittive⁷³⁹.

Sulla base di quanto detto nel corso del lavoro e delle conclusioni della giurisprudenza, anche costituzionale, sulla *ratio* dell'accreditamento istituzionale e del successivo contratto (garanzia di un livello qualitativo elevato dei servizi su tutto il territorio nazionale, anche alle fasce economicamente più deboli della popolazione, contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica), la restrizione alla libertà fondamentale può essere considerata quindi funzionale al perseguimento di *motivi imperativi di interesse generale*⁷⁴⁰.

Sempre con riferimento agli obiettivi che la misura restrittiva si prefigge di raggiungere, pare opportuno precisare come l'ordinamento UE riconosca il potere discrezionale degli Stati membri nell'individuare il livello di tutela della salute pubblica da garantire ai propri cittadini e predisporre le misure necessarie per raggiungerlo, nel senso

⁷³⁷ Si tratta di una categoria aperta, nel tempo arricchita dalla CGUE. Sul punto, SAUTER W., SCHEPEL H., *op. ult. cit.*, p. 39-40.

⁷³⁸ Fra le tante pronunce in tal senso, si veda Corte giust., 28 aprile 1988, causa C-158/96, *Koll* p. 41; Corte giust., 5 giugno 1997, causa C-398/95, *SETTG*, p. 23.

⁷³⁹ Si veda NISTOR L., *Public Services and the European Union*, cit., pp. 86 ss. Sulle diverse strategie argomentative utilizzate dalla CGUE per conciliare queste due posizioni apparentemente antitetiche (l'assunto generale e le deroghe caso per caso) si rinvia a SNELL J. 2005, *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, cit., pp. 39-47.

⁷⁴⁰ Cfr. in tal senso Corte Giust., 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, pp. 49; Corte giust., 16 gennaio 2007, causa C- 220/05, *Auroux*; Corte giust., 25 marzo 2010, causa C-451/08 *Helmut Muller*, p. 79-80; Corte giust., 28 aprile 1988, causa C-158/96, *Koll* p. 41; Corte giust., 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, cit., p. 79. In dottrina, si veda, per tutti, BAETEN R., PALM W., *The compatibility of Health Care Capacity Planning Policies with EU Internal Market Rules*, cit., in part. p. 402.

che agli Stati viene riconosciuta libertà di introdurre livelli di tutela più elevati ancorché ciò possa comportare *ex se* restrizioni delle libertà di mercato⁷⁴¹.

Il controllo europeo si fa, invece, più stringente (e più complessa la compatibilità con l'ordinamento UE delle misure nazionali in questione) relativamente alle *modalità* attraverso le quali si intende raggiungere l'obiettivo di interesse generale.

Infatti, per risultare “giustificabile”, una misura nazionale restrittiva del diritto UE deve essere idonea a garantire in sé il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento⁷⁴².

Com'è noto, in termini generali l'*idoneità* riguarda il rapporto fra gli strumenti utilizzati e il fine perseguito⁷⁴³: una misura è idonea quando è adatta al raggiungimento dello scopo perseguito⁷⁴⁴; anche la *necessarietà* attiene al rapporto fra mezzi e fine ma impone un ulteriore bilanciamento di interessi concorrenti⁷⁴⁵, nel senso che occorre acclarare che il risultato previsto non possa essere perseguito con mezzi meno restrittivi della libertà garantite dai Trattati.

In materia di servizi sanitari e sociali, proprio per le ragioni relative alla ripartizione delle competenze e alla considerazione dei beni in gioco⁷⁴⁶, va rilevato come la “necessarietà” della misura raramente viene valutata e quasi mai in modo stringente⁷⁴⁷. Per

⁷⁴¹ Da ultimo, Corte. Giust., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*, cit., p. 56.

⁷⁴² Tali valutazioni imposte dalla terza e quarta condizione del cd. Gebhard test, sono nient'altro che un'applicazione del principio di proporzionalità; sull'argomento, si veda GALETTA D. U., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di “spill over” negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 4-5, 2005, pp. 541-557, in particolare p. 550 e CRAIG P., *EU Administrative Law*, Oxford, 2012, pp. 601 ss.).

⁷⁴³ TRIDIMAS T., *The rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity*, in SCHRAUWEN A. (a cura di), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, 2005, p. 112.

⁷⁴⁴ In termini simili GALETTA D.U., *op. ult. cit.*, p. 543 che, riprendendo la dottrina tedesca sul principio di proporzionalità, ritiene un mezzo idoneo al raggiungimento dell'obiettivo prefissato “*allorchè con il suo aiuto possa sensibilmente favorire il risultato desiderato*”.

⁷⁴⁵ TRIDIMAS T., *op. ult. cit.*, p. 112.

⁷⁴⁶ Cfr. BAETEN R., PALM W., *The compatibility of Health Care Capacity Planning Policies with EU Internal Market Rules*, cit., p. 409 che riconduce tale atteggiamento anche alla volontà della Corte di “adeguarsi” alla scelta politica di escludere tali servizi dalla Direttiva Servizi (cfr. *supra*, par. 1).

⁷⁴⁷ Secondo GRONDEN Van De J. W., *Free Movement of Services*, cit., p. 147 “*In my view is apparent from the Harltauer judgment that, on the one hand, the CJEU allows Member States a wide margin appreciation by not carrying out a full proportionality review but, on the other hand, it requires that Member States draft their national SSGI regulations in line with good administration-type principle. (...) It seems that as long as these principles (consistent and systematic drafting, transparency etc.) are respected, Member States enjoy considerable freedom in regulating SSGI*”; in termini simili, si sono espressi HANCHER L., SAUTER W., *One step beyond? From Sodemare to Docmorris*, cit., p. 122 secondo cui “*the Member States are in any event allowed to determine the pace of liberalization (or indeed the lack thereof), as long as they do so in a*

vero, quasi in funzione compensativa di tale attenuata valutazione, la verifica sull'ideoneità sembra consistere in qualcosa di ulteriore rispetto a quanto anticipato: il parametro ellittico della idoneità, infatti, viene talvolta utilizzato come filtro di un controllo del canone standard di buona amministrazione in senso lato (trasparenza, non discriminazione, oggettività, coerenza e sistematicità della misura)⁷⁴⁸.

consistent and systematic manner"; cfr. anche BAETEN R., PALM W., *The compatibility of Health Care Capacity Planning Policies with EU Internal Market Rules*, cit., p. 405 e 409. Con riguardo alla giurisprudenza europea in materia di giochi d'azzardo, cfr. DIVERIO D., *Nel giudizio sulla legittimità europea delle discipline nazionali sui casinò ad essere davvero in gioco sono i principi di proporzionalità e di certezza del diritto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2012, pp. 1681- 1694, in part. p. 1693 secondo cui "il giudizio di proporzionalità tende a essere ricostruito come un esame sulla coerenza complessiva dell'ordinamento dello Stato membro". A conferma di quanto si è sostenuto nel testo, si vedano Corte giust., 26 settembre 2013, causa- C-539/11, *Ottica New Line di Accardi Vincenzo* (in cui la Corte rinvia al giudice del rinvio la valutazione finale sul rispetto della idoneità); Corte giust., 1 giugno 2010, cause riunite C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*; Corte giust., 19 maggio 2009, cause riunite C-171/07 e C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes e a.*; Corte giust., 19 maggio 2009, causa C-531/06, *Commissione c. Italia*. Sembra assimilabile il ragionamento seguito dalla CGUE nella pronuncia, Corte giust., 21 giugno 2012, causa C-84/11, *Susisalo e a.*, Corte; la Corte, infatti, non fa espresso riferimento alla coerenza e alla sistematicità della misura nazionale restrittiva della libertà di stabilimento, ma nella sostanza il percorso logico sembra il medesimo. Nella pronuncia Corte giust., 5 dicembre 2013, cause riunite da C-159/12 a C-161/12, *Venturini*, la Corte valuta, invece, se la restrizione alla libertà di stabilimento non vada oltre quanto necessario al raggiungimento dell'obiettivo addotto, ovvero se non esistano misure meno restrittive per realizzarlo. Tuttavia, come osservato in dottrina, nell'ambito di un commento critico verso tale pronuncia della Corte, tale giudizio sulla necessità della misura nazionale "pare, in realtà, del tutto assorbito nella più generale constatazione dell'elevata discrezionalità di cui godono gli Stati membri in materia di tutela della salute. Non vi è, in effetti, una reale valutazione circa la non sostituibilità della disciplina in discorso ovvero la coerenza della stessa rispetto al contesto normativo in cui è inserita"; così, DIVERIO D., *Interessi economici e tutela della salute: il caso (ir)risolto delle parafarmacie*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2014, pp. 904- 913, in part. p. 906. In materia di restrizioni alla libertà di stabilimento merita certamente menzione la decisione, Corte giust., 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, in cui la misura restrittiva del mercato è stata ritenuta illegittima – già prima di rilevare il rispetto della condizione di necessità - per due diversi profili che impediscono di riconoscere la legislazione austriaca idonea al raggiungimento degli obiettivi prefissati. In primo luogo è rilevato che la misura nazionale non persegue un obiettivo di interesse generale (nel caso di specie la tutela della salute) in modo 'coerente e sistematico' (pt. 55-63). In secondo luogo, la legislazione austriaca è ritenuta non adatta a realizzare gli obiettivi prefissati (e quindi illegittima) poiché il regime autorizzatorio non è fondato su *criteri oggettivi e noti in anticipo*, tali da circoscrivere sufficientemente l'esercizio del potere discrezionale delle autorità nazionali. Alcuni commentatori (in particolare COSTAMAGNA F., *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, cit., p. 236) hanno considerato tale decisione troppo limitativa delle competenze nazionali. A parere di chi scrive, l'approccio avuto dalla CGUE nel caso di specie è corretto e si pone in perfetta continuità con il ragionamento fatto e con le pronunce sopra riportate (queste sono tutte successive alla pronuncia *Hartlauer* e tutte vi fanno riferimento). L'autorità austriaca, infatti, subordinava il rilascio dell'autorizzazione alla sola condizione dell'esistenza della necessità delle prestazioni, senza alcuna specificazione dei criteri da cui si possa evincere tale necessità, lasciando in questo modo all'amministrazione un potere che andava oltre il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa (sul *quantum* di discrezionalità che può rimanere in capo alle autorità pubbliche, in particolare nella concessione di diritti esclusivi, si rinvia a SZYDLO M., *The Process of Granting Exclusive Rights*, cit., pp. 1408 ss.). Sono eccezionali i casi in cui la Corte ha ritenuto una misura illegittima in quanto non necessaria dato che lo stesso obiettivo poteva essere raggiunto attraverso misure meno restrittive della libertà di stabilimento (Corte giust., 21 aprile 2005, causa C-140/03, *Commissione c. Grecia*, peraltro antecedente rispetto alla pronuncia *Hartlauer*).

⁷⁴⁸ Nel senso che in pronunce come quella in questione la Corte abbia sviluppato una sorta di canone di buona amministrazione costituito dai principi di "consistent and systematic drafting, transparency, non-

È sulla base di tali considerazioni che va considerata la compatibilità con il diritto UE del filtro al mercato posto in essere dalla sequenza l'accredimento/contratto.

Ma, come anticipato, quale profilo di maggiore delicatezza resta il tema del rapporto tra accreditamento e programmazione; si tratta, infatti, di una particolare relazione implicante in capo all'amministrazione un potere valutativo discrezionale da cui dipende in ultima analisi l'accesso al mercato; con ciò ponendosi il problema del rispetto del parametro dell'idoneità inteso come *obiettività* e *pre-conoscibilità* dei criteri al cui rispetto viene subordinato l'accesso al mercato. Infatti, sebbene trattasi di valutazione discrezionale in rapporto (non alla valutazione di interessi ma) al risultato indicato nel programma⁷⁴⁹, non si è in presenza di criteri "obiettivi" nel senso sviluppato dalla Corte di giustizia⁷⁵⁰.

discrimination", si veda GRONDEN VAN DE J. W., *op. ult. cit.*, p. 147. In termini simili BAETEN R., PALM W., *The compatibility of Health Care Capacity Planning Policies with EU Internal Market Rules*, cit., p. 406 secondo cui il test di coerenza e sistematicità della misura risulta funzionale a evitare il fenomeno della cattura del regolatore da parte del regolato, ossia quelle previsioni nazionali volte non tanto alla tutela dell'interesse pubblico, quanto di interessi specifici di categorie di operatori privati già presenti sul mercato (sul tema, in generale, CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mer. conc. Reg.*, 2002, pp. 268 ss.).

In tal caso il concetto di buona amministrazione è meno circoscritto di quello di cui normalmente la dottrina discute con riferimento all'art. 41 della Carta di Nizza (diritto a essere informato, obbligo di motivazione e accesso agli atti, ecc., sul punto la letteratura è amplissima, fra i tanti, si rinvia a GALETTA D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 3, 2010, pp. 602- 638 e TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI M.P e G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte gen., Tomo I, Milano, 2007, pp. 49 ss.). E' come se la Corte assumesse una visione "evoluzionista" del principio di buona amministrazione, giusta l'intuizione di una chiara dottrina su tale principio; scrive, infatti, CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione. Il secolo della buona amministrazione?* in *ERPL/REDP*, vol. 21, 3, 2009, pp. 1037-1047, in particolare p. 1041: "(...) *la buona amministrazione ha avuto una importante evoluzione funzionale. Da principio in funzione della efficacia della pubblica amministrazione ("ex parte principis"), è divenuto principio in funzione dei diritti dei cittadini ("ex parte civis") (...) Si può dire che vi siano alcuni "core principles", quali il diritto di accesso, quello di essere sentiti, quello a ottenere una decisione motivata, quello di difesa attraverso un giudice. (...) C'è, poi, una seconda parte, che comprende i principi di imparzialità, ragionevolezza, equità, obiettività, coerenza, proporzionalità, assenza di discriminazioni. Anche questa parte ha rilevanza esterna, ma non si articola, di regola, in forme procedimentalizzate. (...) Dunque, la buona amministrazione è una nozione "gruccia", alla quale sono legati contenuti diversi*". Si potrebbe azzardare che questo modus operandi della giurisprudenza produce un effetto di armonizzazione delle regole *bottom up* anziché *top down*, secondo quanto già intuito da autorevole dottrina: si veda MERUSI F., *Nuove avventure della legalità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 4, 2009, pp. 742-758, in particolare pp.748-749 secondo cui "*se si tipicizza l'esercizio del potere di tutti i poteri esecutivi degli Stati membri con regolamenti, direttive e principi generali comunitari si può realizzare l'Europa dal basso: quando tutti i principi emetteranno provvedimenti identici in situazioni simili i principi non potranno non prendere atto di far parte di un unico ordinamento federato anche a livello costituzionale*".

⁷⁴⁹ Cfr. POTOTSHING U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964, p. 125 distingue fra (a) potere discrezionale riferibile all'attività esecutiva in senso giuridico, che costituisce esercizio di un potere di imperio e (b) attività

Tuttavia, l'ordinamento UE, per quanto prediliga criteri caratterizzati da un elevato grado di "automatismo" e "certezza", così come si addice a un ordinamento costruito su logiche concorrenziali⁷⁵¹, non sembra richiedere alle autorità nazionali di rinunciare all'esercizio di ogni forma di discrezionalità nella regolazione dell'accesso al mercato, ma semplicemente di circoscrivere tale discrezionalità in modo da non trasformarla in arbitrio⁷⁵².

È quindi necessario che nel precedente momento programmatorio, pur con la generalità e l'astrattezza proprie di tale fase, si forniscano delle indicazioni tali da delimitare la discrezionalità dell'autorità competente al momento della concessione dell'accreditamento e, eventualmente, della stipulazione del contratto.

In altre parole, l'esercizio del potere discrezionale caratterizzante la decisione sull'istanza di accreditamento (o sulla stipulazione del contratto) deve essere ancorato alle scelte fatte in sede di programmazione sulla base di criteri, principi e linee direttive chiare, omogenee, non contraddittorie. Solo così la mancata previsione di procedure comparative fra gli operatori, sostituito da un accesso cd. "a sportello", non sembrerebbe tale (anche per la possibilità di un suo sindacato) da pregiudicare il principi europei e interni che devono essere rispettati nella distribuzione di risorse pubbliche.

Per concludere, le autorità nazionali, specie quando operano in settori, come quello sociale e socio-sanitario, in cui l'ordinamento UE non impone la trasposizione di schemi rigidi e dettagliati ma solo il rispetto di principi generali, sembrano godere di una libertà che consente loro di non far dipendere la scelta del privato che dovrà erogare prestazioni per conto dell'amministrazione (e quindi ricevere denaro pubblico) da una selezione comparativa; tuttavia, nel far ciò rimangono comunque tenute a far ricorso a modalità logiche, ragionevoli, non arbitrarie di modo da assicurare parimenti il rispetto dei principi generali dell'ordinamento europeo.

Vi è un ultimo profilo che merita attenzione relativo a quei sistemi regionali che garantiscono una sorta di accesso prioritario a quelli operatori già interni al sistema

economica di esecuzione del programma, discrezionale, appunto, in relazione al risultato indicato nel programma.

⁷⁵⁰ Così nei casi Corte giust., 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, cit., e Corte giust., 20 febbraio 2001, causa C-205/99, *Analir e a.*

⁷⁵¹ TRIMARCHI BANFI F., *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, pp. 15 ss.; sul tema concorrenza, in generale, si vedano, per tutti, LIBERTINI M., *Concorrenza*, cit., pp. 191-247.

⁷⁵² Cfr. Corte giust., 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, cit., p. 59 ss.

pubblico di erogazione (c.d. criterio del “dato storico”)⁷⁵³. La Corte Costituzionale è intervenuta sul punto dichiarando contrario al principio di eguaglianza il blocco a tempo indeterminato dell’accesso a nuovi operatori privati (Corte Costituzionale n. 361/2008); parimenti, il Consiglio di Stato ha ritenuto illegittima una previsione regionale che bloccava la possibilità per i *new comers* di accedere alla fase contrattuale (Consiglio di Stato n. 4574/2013).

Sulla base di tale giurisprudenza, sembrano ammettersi soluzioni di compromesso che, pur considerando come la peculiarità di tali mercati possa giustificare un *favor* per chi ha già dimostrato la sua affidabilità⁷⁵⁴, non provochino una chiusura completa per i nuovi entranti operatori; ad esempio, prevedendo dei blocchi solo temporanei oppure ripartendo il budget una parte sulla base del dato storico, l’altra sulla base di criteri oggettivi e soggetti tali da consentire l’ingresso di nuovi⁷⁵⁵.

⁷⁵³ In termini critici, anche perché comporterebbe una discriminazione di fatto fra strutture pubbliche e private, CONTICELLI M., *op. ult. cit.*, pp. 247 ss.

⁷⁵⁴ Secondo Tar Lombardia, Milano, Sez. I, 20 dicembre 2004, n. 6508 “è proprio il volume di prestazioni che ciascuna struttura ha prodotto nell’anno precedente il più sicuro indice della capacità della stessa di “stare nel mercato” e del livello di gradimento dell’utenza”. Secondo Tar Campania, Napoli, Sez. I, 4 dicembre 2013 n. 5498, cit., “Nella specie la preesistenza dello status di accreditamento giustifica la permanenza di tale posizione almeno fino a quando non sia verificato la mancanza o il venir meno dei “requisiti ulteriori” ovvero non emerga una carenza di fabbisogno di servizi sanitari che legittima la revoca dell’accreditamento. (...) la struttura già provvisoriamente accreditata è titolare di una posizione differenziata rispetto alle altre strutture private in esercizio, per cui sarebbe ingiusto che l’accreditamento fosse tolto a chi già lo possiede solo per far spazio al soddisfacimento delle pretese avanzate da nuovi soggetti, pur se in possesso dei titoli necessari, qualora l’entità del fabbisogno determini la necessità di limitare il numero di accreditamenti disponibili.

⁷⁵⁵ È quanto ha fatto la Regione Lombardia con delibera 20 dicembre 2013 n. X / 1185, adottata per dare esecuzione alla sentenza di illegittimità del Consiglio di Stato n. 4574/2013 (vedi *supra*, cap. I, parte II, par. 2.1); tale soluzione è stata ritenuta non elusiva del giudicato dal giudice dell’ottemperanza (Cons. Stato, Sez. III, 2 luglio 2014, n. 3338). Tuttavia, sempre nell’ottica di un raffronto con il diritto UE, qualunque criterio che favorisca gli operatori già presenti sul mercato, sembra presentare alcuni profili problematici. Per un verso, la Corte non ha espressamente affermato la possibilità che, fra i motivi imperativi che giustificano restrizioni all’accesso al mercato, possano rientrare anche misure volte a garantire l’esperienza e l’affidabilità degli operatori, anche se, forse, lo si potrebbe ricavare implicitamente da quelle pronunce in cui si riconosce la discrezionalità degli Stati di decidere il livello al quale intende garantire la tutela della salute e il modo in cui questo livello deve essere raggiunto (cfr., per tutte, Corte Giust., 1 giugno 2010, cause riunite C-570/07 e C-571/07, *Blanco Pérez e Chao Gómez*, p. 44 e Corte giust., 11 settembre 2008, C-141/07, *Commissione c. Germania*, p. 51); nonché dalle disposizioni dei trattati che garantiscono l’accesso a servizi di elevata qualità (cfr. Protocollo 26 con riguardo ai SIEG in generale, ma forse anche art. 168, par. 1, TFUE e art. 35 della Carta di Nizza con specifico riferimento alla protezione della salute). Per altro verso, tali sistemi potrebbero essere considerate in contrasto con il primo dei requisiti richiesti per superare il cd. *Gebhard test*, ovvero la non discriminatorietà della misura. In realtà, anche tale possibile profilo di frizione con l’ordinamento sovranazionale potrebbe risultare superabile in quanto la giurisprudenza più recente della Corte di giustizia sembrerebbe ammettere la deroga dei motivi imperativi di interesse generale anche nei confronti di misure direttamente discriminatorie. Cfr. GALLO D., *I servizi di interesse economico generale*, cit. p. 544 ss. L’Autore osserva, più in generale, come la differenza fra deroghe espresse e le eccezioni basate sulla “*rule of reason*” risulti sempre più sfumata. Oltre alla contrapposizione fra “tassatività” delle deroghe espresse e “carattere esemplificativo” di quelle giurisprudenziali, il principale aspetto di differenziazione

5. Meccanismi di accesso al mercato del servizio pubblico con selezione contestuale e affidamenti di servizi sociali e socio-sanitari alla luce della disciplina sui contratti pubblici

Nel paragrafo precedente si è cercato di evidenziare come l'assenza di procedure di selezione comparativa per l'accesso degli operatori privati al sistema pubblico di erogazione⁷⁵⁶, potrebbe – a determinate condizioni - risultare non contrastante con il diritto UE.

Al riguardo deve tuttavia sottolinearsi come siano talvolta gli stessi Stati a orientarsi per tale soluzione (ossia a prevedere procedure comparative per l'individuazione dei gestori di servizi pubblici sociali e socio-sanitari).

Nel nostro ordinamento si ha contezza di ciò non solo a livello di previsioni normative regionali⁷⁵⁷, ma anche dallo stesso d.lgs. n. 502/1992, seppur in termini non obbligatori⁷⁵⁸, con riferimento sia alla fase dell'accreditamento sia - in caso di un *quantum* accreditato superiore al fabbisogno – a quella del successivo contratto.

Nei casi in cui tali procedure comparative siano effettivamente previste risulta quasi naturale domandarsi, innanzitutto, se trovino applicazione le regole europee e nazionali in materia di contratti pubblici; e, in caso di risposta affermativa, e, secondariamente, in che

riguardava la natura discriminatoria o meno della misura restrittiva: le eccezioni previste dal Trattato potevano applicarsi anche a misure restrittive che siano discriminatorie, mentre quelle basate sulla “*rule of reason*” solo a misure indistintamente applicabili. Questa differenza, come detto, viene ritenuta più sfumata rispetto al passato.

⁷⁵⁶ E, quindi, per consentire a tali operatori di fornire prestazioni agli utenti per conto, e a carico, del servizio pubblico.

⁷⁵⁷ Si veda la delibera della Giunta regionale della Regione Emilia Romagna n. 514/2009 cit. che, per l'accreditamento provvisorio (disciplinato e introdotto dall'art. 23 della l.r. n. 4/2008 quale modalità ordinaria per l'instaurazione di “nuovi rapporti”), prevede una procedura comparativo/selettiva ristretta fra i soggetti interessati all'accreditamento. Si veda, inoltre, l'art. 346 co. 4 della l.r. della Regione Umbria n. 11/2015 cit. secondo cui “*Gli ATI concludono gli accordi contrattuali che prevedono un volume di attività ed una spesa comunque non superiori a quelli previsti dagli atti di programmazione. Per la selezione tra i soggetti accreditati da ammettere all'accordo contrattuale, gli ATI adottano procedure di evidenza pubblica ai sensi della normativa vigente. Tali procedure sono disciplinate in modo tale da garantire, ove possibile, l'effettiva presenza su tutto il territorio di una pluralità di centri di offerta e l'effettivo esercizio del diritto di scelta da parte dell'utente*”. Si vedano anche delibera 20 dicembre 2013 n. X/1185 (punto 2.3.1) della Regione Lombardia che prevede procedure selettiva per quella percentuale risorse non distribuite sulla base del dato storico (*supra*, cap. I, parte II, par. 2.1) e l'art. 42 della l.r. 23 dicembre 2005, n. 23, della Regione Sardegna che sembra alludere a procedure comparative nella parte in cui indica dei criteri per la scelta dei soggetti con cui stipulare le convenzioni (art. 38 co. 2). Al livello di legislazione nazionale di settore, anche il d.P.C.M. 30 marzo 2001 sembra prevedere, sebbene in forma solo eventuale e non obbligatoria, la possibilità di procedure comparative per la selezione di soggetti del terzo settore con cui l'amministrazione competente stipula convenzioni per l'“acquisto” di servizi sociali (art. 5, co. 2, lett. c e comma 4).

⁷⁵⁸ In tal senso sembrano potersi interpretare l'art. 8-quater del d.lgs. n. 502/1992 che, fra i criteri cui subordinare la concessione dell'accreditamento, fa riferimento alla funzionalità con la programmazione regionale “*inclusa la determinazione dei limiti entro i quali sia possibile accreditare quantità di prestazioni in eccesso rispetto al fabbisogno programmato, in modo da assicurare un'efficace competizione tra le strutture accreditate*”; e l'art. 8-quinquies co. 2 che ammette che i contratti possano essere preceduti da “*valutazioni comparative della qualità e dei costi*”; in senso contrario TARULLO S., *Concorrenza ed evidenza pubblica*, cit., pp. 21-61.

modo rilevi, in punto di regime giuridico di siffatti schemi procedurali, la distinzione fra appalti e concessioni, e ciò anche alla luce delle recenti Direttive in materia e della normativa nazionale in corso di recepimento⁷⁵⁹.

Quanto al primo profilo, in linea con quanto precedentemente rilevato, è da ritenere che la disciplina di diritto derivato - e quella nazionale di attuazione - sui contratti pubblici non possa trovare applicazione nei soli casi di assenza di procedure comparativo/selettive; invece, allorquando siano previsti tali schemi procedimentali (funzionali al perfezionamento dell'atto di accreditamento o al vincolo contrattuale), un confronto con la disciplina selettiva propria degli appalti e delle concessioni si impone⁷⁶⁰.

Invero, riprendendo concetti in parte già espressi, dal carattere dell'attività (sociale o sanitaria) da cui deriva un interesse transfrontaliero "limitato", così come dall'assenza di una fattispecie convenzionale riconducibile al contratto di appalto in senso tecnico, dovrebbe discendere l'applicazione di un regime "alleggerito" formato, oltre che dai principi fondamentali UE, da alcune regole procedurali minime (senza che queste ultime possano ritenersi escluse neppure nelle ipotesi di operatori privi di alcun fine lucrativo o di corrispettivo contrattuale limitato ai soli costi).

È opportuno precisare che i ragionamenti dei successivi paragrafi riguarderanno tanto le "eventuali" procedure selettive che si svolgono nell'ambito dei modelli di erogazione che si sono definiti "sistemi delle tre a"; tanto, e a maggior ragione, gli affidamenti/concessioni di servizi sociali⁷⁶¹.

Per quanto concerne il secondo profilo, relativo all'eventuale incidenza della distinzione "classica", fra appalti e concessioni, sul regime giuridico applicabile alle procedure selettive funzionali all'accreditamento e/o al contratto, una sua possibile rilevanza è data oggi non tanto e non solo quale conseguenza riflessa delle ricostruzioni dogmatiche delle due figure discendenti da un articolato dibattito dottrinale e

⁷⁵⁹ Direttiva 2014/24/UE in tema di appalti e Direttiva 2014/23/UE in tema di concessioni. Quanto alla disciplina nazionale, è al momento sottoposto a parere parlamentare lo schema di decreto legislativo recante disposizioni per l'attuazione di tali Direttive.

⁷⁶⁰ La giurisprudenza amministrativa che si è pronunciata sul rapporto fra la sequenza accreditamento/contratto in materia sanitaria e il d.lgs. n. 163/2006 (che, come noto, ha recepito le Direttive del 2004) non fa piena chiarezza sul punto anche perché, come emerge dalle pronunce richiamate in precedenza, nella maggior parte dei casi si è focalizzata sulla necessità di introdurre procedure a evidenza pubblica, e non sul loro regime giuridico (vedi *supra*, le pronunce richiamate al par. 4.1.1).

⁷⁶¹ Si fa cioè riferimento alle forme di gestione di servizi sociali e socio-sanitari descritti nel primo capitolo; nello specifico, per i servizi sociali si veda par. 10 per il "sistema delle tre a" e cap. 9 per l'affidamento del servizio; per i servizi socio-sanitari, v. cap. I, parte I, par. 2.2.

giurisprudenziale; ma anche dalla innegabile incidenza avuta sulla disciplina giuridica delle modalità di perfezionamento di contratti d'appalto e di concessioni dall'evoluzione dello stesso diritto UE e dall'immanenza delle regole di tutela dell'interesse concorrenziale (non solo quindi del naturale rispetto dei principi generali nazionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa).

Più precisamente, al fine del presente studio, rileva soprattutto l'aspetto relativo ai criteri di distinzione sviluppati dall'ordinamento europeo per distinguere fra queste due fattispecie, nella parte in cui ciò incide sul regime giuridico da applicare alle procedure selettive; si dà invece per presupposto che la configurazione da parte dell'ordinamento europeo della concessione in termini meramente privatistici, senza alcun rilievo alla sua valenza di atto organizzativo⁷⁶², non abbia comportato un completo superamento del tradizionale istituto concessorio, così come "conosciuto" nel nostro ordinamento nazionale (*rectius*, una sua mutazione genetica radicale, tale da incidere non solo sul regime giuridico, ma anche sulla sua stessa causa)⁷⁶³.

Come noto, l'ordinamento sovranazionale ha sviluppato nel tempo criteri discretivi in buona parte diversi da quelli affermatasi nel tempo nel sistema amministrativo nazionale⁷⁶⁴; l'ordinamento europeo, infatti, assume quali criteri distintivi fra appalto e concessione quelli di stampo economico-sostanziale dell'"*allocazione del rischio operativo*"⁷⁶⁵ e delle "*modalità di remunerazione*".

⁷⁶² Sul tema, PELLIZZER F., *Le concessioni di opera pubblica*, cit., pp. 187 ss.

⁷⁶³ Sul carattere pubblicistico che permea l'istituto concessorio, si è detto *supra*, par.4.1. Nel senso che il nostro istituto tradizionale non debba ritenersi superato dalla configurazione europea della concessione, VILLATA R., *op. ult. cit.*, pp. 99 ss; da ultimo, alla luce della recente Direttiva sulle concessioni, GRECO G., *La direttiva*, cit., p. 1103.

⁷⁶⁴ Sui criteri discretivi fra concessione e appalto nell'ordinamento nazionale, si vedano, per tutti, VILLATA R., *Pubblici servizi*, cit., pp. 31 ss. cit.; BERTONAZZI L., VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 1791 ss.; CAVALLO PERIN R., *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*; POTOTSCHNIG U., 1955, *Concessione ed appalto di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, pp. 393 ss.

⁷⁶⁵ La Direttiva 2014/23/UE, considerando 20, nel fornire indicazioni su come individuare la presenza di un rischio operativo in capo al concessionario, specifica come esso: "*dovrebbe derivare da fattori al di fuori del controllo delle parti. Rischi come quelli legati a una cattiva gestione, a inadempimenti contrattuali da parte dell'operatore economico o a cause di forza maggiore non sono determinanti ai fini della qualificazione come concessione, dal momento che rischi del genere sono insiti in ogni contratto, indipendentemente dal fatto che si tratti di un appalto pubblico o di una concessione. Il rischio operativo dovrebbe essere inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta. Per rischio sul lato della domanda si intende il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto. Per rischio sul lato dell'offerta si intende il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda. Ai fini della valutazione del rischio operativo, dovrebbe essere preso in considerazione in maniera coerente ed uniforme il valore attuale netto dell'insieme degli investimenti, dei costi e dei ricavi del concessionario*" Sull'argomento, cfr. GRECO G., *op. ult. cit.*, p. 1097.

Tali criteri hanno reso ancora più incerti i confini fra le due figure⁷⁶⁶. Proprio nei settori dei servizi sociali e sanitari tali incertezze rischiano di risultare particolarmente evidenti, anche perché tali criteri di matrice europea sono stati (faticosamente) sviluppati con riguardo a settori propriamente economici, con caratteristiche ben diverse dai servizi oggetto di questa ricerca.

Invero, se seguendo l'impostazione nazionale classica la sequenza "accreditamento-accordo" ben potrebbe qualificarsi in termini concessione di pubblico servizio⁷⁶⁷; laddove, invece, vengano assunti i criteri europei dell'allocatione del rischio operativo e delle modalità di remunerazione, la riconduzione alla categoria concessoria sembra risultare senz'altro meno scontata. Nell'analisi caso per caso che i criteri di stampo economico-sostanziale impongono⁷⁶⁸ al fine di distinguere fra appalti e concessioni, occorre, infatti, tenere in considerazione alcune peculiarità che caratterizzano i servizi sociali e socio-sanitari⁷⁶⁹.

⁷⁶⁶ Si osserva in dottrina come il ricorso a tali criteri abbia portato anche la giurisprudenza amministrativa a qualificare come appalti di servizi rapporti che sembrano, invece, riconducibili all'istituto concessorio; in tal senso TORELLI G., *L'attuale necessità di una corretta distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 4, 2014, pp. 701 – 738, in part. 729 ss.; sul punto, cfr. anche GRECO G., *op. ult. cit.*, p. 1096, nota 7, di cui si condivide l'auspicio secondo cui, ora che anche per le concessioni va rispettata la "concorrenza per il mercato", dovrebbero venire meno quelle forzature soprattutto della CGUE a "forzare" la qualificazione come appalto.

⁷⁶⁷ *Supra*, par. 4.1.

⁷⁶⁸ Tale analisi è funzionale ad accertare come il sistema di erogazione di servizi sociali e socio-sanitari sia nel concreto strutturato.

⁷⁶⁹ Senza arrivare a conclusioni definitive, per l'impossibilità di generalizzazioni sia con riguardo ai diversi sistemi costruiti a livello regionale, sia all'interno dei singoli settori (sociale e socio-sanitario) fra le diverse prestazioni che li compongono, si può provare a distinguere fra il rischio sul lato dell'offerta e sul lato della domanda. Quanto al primo profilo, intendendosi per rischio dell'offerta quello relativo ai costi che l'operatore deve sostenere, esso pare attenuato soprattutto nei servizi socio-assistenziali; essi, infatti, sono caratterizzati dall'alta intensità di lavoro (servizi cd. *labour intensive*): il costo del lavoro non risente, infatti, delle fluttuazioni del mercato in ragione della regolamentazione lavoristica che imponendo tariffe standard (il sistema di efficacia *erga omnes* c.d. "di fatto" dei CCNL vigente in Italia), ne determina una qualche stabilità e prevedibilità nel tempo, anche in ragione dei meccanismi che agganciano la dinamica salariale all'inflazione programmata. Quanto al rischio della domanda, occorre considerare le caratteristiche "strutturali" che generalmente ricorrono nei sistemi di erogazione di servizi sociali e socio-sanitari; si tratta, invero, di sistemi basati sul metodo della programmazione, sulla presenza di tariffe stabilite sulla base di un sistema tariffario pre-determinato dall'amministrazione; sulla più o meno rigida predeterminazione della quantità di prestazioni che ogni operatore accreditato e contrattualizzato potrà erogare per conto del servizio pubblico; infine sulla tendenziale rigidità della domanda quando connessa a livelli essenziali delle prestazioni. I summenzionati caratteri, non risultano tali da poter escludere a priori che in capo ai prestatori che operano per conto del sistema pubblico sia eliminato il rischio sul versante della domanda; ciò anche in virtù del fatto che, come osservato in dottrina, occorre tenere in considerazione i costi sostenuti per ottenere l'accreditamento (CONSITO M., *Accreditamento e terzo settore*, cit. p. 63 ss.; si consideri, inoltre, che il rischio operativo può riguardare il lato della domanda e il lato dell'offerta, o solo uno dei due) Tuttavia, si impongono valutazioni che, nell'accertare l'effettiva sussistenza di un rischio operativo, tengano conto di alcune peculiarità. La principale pare consistere nel fatto che il rischio operativo - qualora presente - più che da "fluttuazioni del mercato", dipende da fattori (comunque esterni al controllo delle parti) "politici", quali la

Tale incertezza inevitabilmente rischierà di ripercuotersi sull'individuazione delle regole procedurali di perfezionamento del rapporto stesso. Tuttavia, proprio nel settore dei servizi sociali e sanitari, tali preoccupazione sembrano in parte risultare stemperate da fatto che per l'affidamento di tali servizi, a prescindere dalla qualificazione del rapporto in termini di appalto o di concessione, sembra richiedersi la predisposizione di un "*regime concorsuale minimo*", funzionale ad assicurare il rispetto dei principi generali UE di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità etc., attraverso l'applicazione di regole procedurali all'uopo necessarie.

Tale conclusione sembra essere valida sia con riguardo al quadro giuridico ormai quasi previgente, composto dalla Direttiva 2004/18/CE recepita dal d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (cd. "Codice dei contratti pubblici")⁷⁷⁰; sia facendo riferimento al nuovo quadro normativo, ricavabile dalle Direttive 2014/24/UE e 2014/23/UE e dallo schema di decreto legislativo di attuazione, sebbene quest'ultimo ancora in corso di esame parlamentare⁷⁷¹.

Il profilo forse più rilevante delle regole procedurali di perfezionamento di appalti e concessioni di servizi sociali, e che potrebbe rischiare di dare rilievo alle differenze di cui sopra si diceva, sembra pertanto riguardare solamente la possibilità di riservare la procedura di affidamento a determinati operatori.

Se, per un verso, entrambe le Direttive contengono una previsione generale a favore dei laboratori protetti e degli operatori economici il cui obiettivo principale sia

decisione dell'amministrazione di riduzione delle tariffe o di diminuzione delle prestazioni da erogare a carico del sistema pubblico, ecc.

⁷⁷⁰ L'art. 20 del d.lgs. n. 163/2006 prevede che l'aggiudicazione di appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B, fra cui quelli sociali e sanitari, è disciplinata esclusivamente dalle disposizioni relative alle specifiche tecniche (art. 68) e agli avvisi sui risultati della procedura di affidamento (art. 65) e sugli appalti aggiudicati (art. 225); inoltre l'art. 27 co. 1 prevede che l'affidamento di tali contratti avvenga "*nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità*" e che sia preceduto "*da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto*"; inoltre, l'art. 27 co. 2 richiama i commi 2, 3 e 4 dell'art. 2 dello stesso Codice. La disciplina appena richiamata riguarda i contratti di appalto; per le concessioni (tutte, non solo quelle riguardanti servizi sociali e sanitari), l'art. 30 del Codice dispone la loro esclusione dal suo ambito di applicazione, fermo restando che "*La scelta del concessionario deve avvenire nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi*". Con riguardo alla disciplina sovranazionale di cui alla Direttiva 2004/18/CE, cfr. Cfr. sul tema HATZOPOULOS V., STERGIOU H., *Public Procurement Law and Health care: From Theory to Practice*, cit., pp. 417 ss.

⁷⁷¹ Si vedano in particolare l'art. 75 della Direttiva appalti e l'allegato V richiamato, parti H, I e J; con riguardo alla Direttiva concessioni, si vedano l'art. 19 e gli art. 31 par. 3 e 32, nonché gli allegati VI e VIII.

l'integrazione sociale e professionale delle persone disabili o svantaggiate⁷⁷²; per altro verso, solo quella sugli appalti prevede la possibilità di procedure riservate aventi a oggetto servizi sanitari e sociali (oltre che culturali) a organizzazioni che soddisfano determinati requisiti. In particolare, deve trattarsi di organizzazioni⁷⁷³:

- che hanno come obiettivo il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata all'oggetto dell'appalto;
- che reinvestono i profitti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;
- che seguono "logiche partecipative" nella struttura degli organi di gestione o proprietari;
- le cui strutture di gestione o di proprietà sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;
- che negli ultimi non hanno avuto aggiudicato dalla stessa amministrazione aggiudicatrice un appalto per i servizi in questione nell'ambito di tali procedure riservate.

Sempre al fine di introdurre strumenti per assicurare l'alternanza fra gli affidatari, la durata massima del contratto non può superare i tre anni.

Il punto che appare dirimente è come tale previsioni incidono sulla disciplina nazionale di settore che già prevede la possibilità per le regioni di disporre procedure riservate a favore di soggetti del terzo settore⁷⁷⁴; e se va dato rilievo al fatto che tale

⁷⁷² Entrambe le Direttive prevedono la possibilità di riservare le procedure di affidamento (oppure disporre che l'esecuzione del contratto avvenga nell'ambito di programmi di lavoro protetti) "a laboratori protetti e operatori economici il cui obiettivo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone disabili o svantaggiate"; sul punto occorre osservare come, mentre l'art. 19 della Direttiva 2004/18/CE ammetteva questa possibilità quando la maggioranza dei lavoratori era composta da disabili, l'art. 20 della nuova Direttiva appalti e il 24 di quella sulle concessioni richiedono che "almeno il 30% dei dipendenti di tali laboratori, operatori economici o programmi sia composto da lavoratori disabili o svantaggi". Tali previsioni, il cui recepimento non è obbligatorio per gli Stati, trovano tuttavia conferma nell'art. 112 dello schema di d.lgs. di attuazione "Appalti e concessioni riservati".

⁷⁷³ Art. 77 e considerando 118 Direttiva 2014/24/UE.

⁷⁷⁴ Infatti, il d.P.C.M. 30 marzo 2001, sulla cui "tenuta" dopo la riforma costituzionale si è già detto, da un lato prevede all'art. 6 che nel disciplinare l'affidamento di servizi sociali alla persona a soggetti del terzo settore, le regioni debbano tenere conto delle norme nazionali e comunitarie che "disciplinano le procedure di affidamento dei servizi da parte della pubblica amministrazione"; dall'altro, ammette procedure riservate a favore del terzo settore, prevedendo così una deroga con riguardo all'individuazione dei soggetti che possono partecipare alla gara. Cfr. "Linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", cit., dell'ANAC, p. 9

procedura sugli appalti riservati prevista dalla Direttiva non trovi riscontro nella disciplina sulle concessioni (differenza regolativa che, peraltro, trova conferma nella disciplina interna di recepimento⁷⁷⁵).

Rispetto alla disciplina europea, infatti, quella nazionale in tema di appalti riservati regola in modo meno stringente i profili soggettivi dell'ambito di applicazione della previsione di deroga all'individuazione dei soggetti che possono partecipare alla gara; ma, soprattutto, non contiene alcuna previsione volta a garantire l'alternanza fra gli operatori del privato sociale che ottengono un affidamento nell'ambito di procedure loro riservate.

Le soluzioni interpretative prospettabili sembrano due.

a. Una più rispettosa dei criteri di concorrenza, ma al tempo stesso (forse) non idonea a tenere in adeguata considerazione le specificità della concessione di servizio pubblico, e in particolare del suo essere rivolta, in ultima stanza, a garantire la migliore tutela dei cittadini/utenti, destinatari delle prestazioni. Si potrebbe ritenere, infatti, come in modo forse un po' troppo sbrigativo sembra fare l'ANAC⁷⁷⁶, che le particolari garanzie a tutela della concorrenza previste dall'art. 77 della Direttiva appalti e dall'art. 143 della disciplina nazionale di attuazione⁷⁷⁷, debbano trovare applicazione per tutti gli affidamenti di servizi sociali e socio-sanitari; e ciò indipendentemente dal fatto che fra l'amministrazione e l'operatore del terzo settore (*rectius*, l'organizzazione che rispetta i requisiti della Direttiva, sopra richiamati), si instauri un rapporto contrattuale di appalto o un rapporto pubblicistico di pubblico servizio.

Per riepilogare, l'assenza di una disciplina sulle "concessioni riservate" verrebbe risolta estendendo le corrispondenti previsioni in tema di appalto⁷⁷⁸. Ciò avrebbe conseguenza ben precise, ossia l'illegittimità di procedure riservate a favore di soggetti del terzo settore non rispettose dei requisiti richiamati, ovviamente sempre che si tratti di contratti sopra-soglia.

b. La richiamata soluzione interpretativa, come anticipato, pare non tenere troppo in considerazione alcuni profili che caratterizzano i rapporti concessori aventi a oggetto servizi sociali.

⁷⁷⁵ Cfr. art. 143 dello schema d.lgs. di recepimento, "Appalti riservati per determinati servizi".

⁷⁷⁶ Cfr. "Linee guida per l'affidamento dei servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali", cit., ANAC, p. 11.

⁷⁷⁷ In particolare, il periodo di tre anni che devono trascorrere dall'ultimo affidamento ottenuto dalla stessa amministrazione tramite tali procedure riservate e la durata massima del contratto di tre anni.

⁷⁷⁸ Tale ricostruzione non prende in considerazione l'eventualità che la mancata previsione di una disciplina sugli affidamenti riservati nella Direttiva concessioni vada interpretata nel senso di ritenere che il legislatore, con tale omissione, abbia voluto escludere tale opportunità per le concessioni.

In primo luogo, dal punto di vista della migliore tutela del cittadino, non convince l'imposizione di una rotazione così breve (triennale), specie in servizi come quelli in questione; il carattere personale delle prestazioni socio-assistenziali, che intervengono su situazioni di particolare fragilità e bisogno, renderebbe, infatti, opportuno l'instaurarsi di un particolare rapporto di fiducia fra l'erogatore della prestazione e il beneficiario⁷⁷⁹; tale rapporto risulta difficilmente instaurabile se, ogni tre anni, cambia il concessionario.

In secondo luogo, dal punto di vista del concessionario, suscita qualche perplessità il fatto che un operatore del privato sociale, soprattutto quando questo ha dovuto affrontare ingenti spese per ottenere l'accreditamento, non possa ottenere, a fronte di un contratto di tre anni, ulteriori affidamenti (anche riguardanti servizi diversi) dalla stessa amministrazione per i successivi tre anni. E ciò soprattutto se si considera che si sta ragionando non su affidamenti diretti, ma su affidamenti che seguono procedure di evidenza pubblica, benché riservate a soggetti del terzo settore.

Per le descritte ragioni di opportunità, e soprattutto in considerazione del fatto che l'art. 77 della Direttiva e l'art. 143 dello schema di decreto di recepimento riguardano solo gli appalti di servizi sociali, si potrebbe concludere nel senso che le specifiche garanzie concorrenziali previste da tali previsioni non trovino applicazione per le concessioni di servizi sociali. Il rispetto del principio di rotazione, cui lo schema di decreto legislativo dà esplicita rilevanza anche per le concessioni (art. 36), potrebbe essere garantito attraverso regole meno incidenti sulla tutela degli utenti e meno lesivi degli operatori del privato sociale. L'unica condizione che sembrerebbe ricavarsi dal diritto UE è che tali previsioni di procedure riservate, che derogando alla regola generale sull'individuazione dei soggetti che possono partecipare alla gara costituiscono una limitazione delle libertà di cui agli art. 49 e 56 del TFUE, non siano stabilite dalle singole amministrazioni aggiudicatrici ma trovino disciplina a livello normativo (regionale); e che siano “*necessarie e proporzionate rispetto all'esigenza di conseguire determinati obiettivi sociali*” perseguiti dal sistema di erogazione di servizi sociali⁷⁸⁰.

⁷⁷⁹ Sul tema, cfr. ALBANESE A., *Diritto all'assistenza*, cit., in part., p. 156 e pp. 255 ss. che collega al carattere personale dei servizi sociali la necessità di garantire il pluralismo degli operatori; cfr. anche BERLINGÒ V., *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, cit., pp. 143 ss.

⁷⁸⁰ In tal senso il Documento dei servizi della Commissione, *Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno*, 29 aprile 2013, cit., p. 209-210 che richiama espressamente la nota pronuncia *Sodemare*.

CONCLUSIONI

Conclusioni. Tra solidarietà e concorrenza: i servizi sociali e socio sanitari nell'attuale quadro ordinamentale multilivello.

Come il diritto europeo incida sui sistemi di erogazione dei servizi sociali e socio-sanitari è stato il filo conduttore della ricerca. Tale alveo principale, nel suo delta, si è snodato in percorsi paralleli, ma strettamente collegati: ha prodotto per esempio, la riflessione sull'attuale stato del rapporto, all'interno dell'ordinamento europeo multilivello, fra categorie che implicano valori e principi ritenuti di primo acchito e tradizionalmente inconciliabili, quali solidarietà e concorrenza, istanze sociali e regole di mercato etc.

Tale faticosa relazione può essere inquadrata, nelle sue diverse sfumature e andando oltre il semplice giudizio di inconciliabilità, adottando due distinti parametri di giudizio: un primo di carattere per così dire “quantitativo” che, più coerentemente con la classica visione dicotomica di tali categorie, intende “misurare” lo spazio riservato a istanze sociali e solidaristiche rispetto a quelle mercantilistiche/concorrenziali; una sorta di definizione delle rispettive “giurisdizioni”. Un secondo parametro, invece, di carattere più ‘qualitativo’, mediante il quale ci si prefigge di valutare la natura stessa di tale rapporto, e in particolare della sua possibile trasmigrazione dalla dimensione del “conflitto” a quella del “concorso”, della coesistenza ovvero anche della reciproca ibridazione.

Quanto al profilo quantitativo, come si è sostenuto, pare potersi concludere nel senso di una particolare attenzione delle Istituzioni europee nel salvaguardare uno spazio confinato di autonomia degli Stati membri nell'organizzare servizi sociali alla persona di elevata qualità, al riparo dai principi concorrenziali: una sorta di “*social shadow area*”. La rilevanza attribuita a elementi concreti quali indici della prevalenza del principio di solidarietà, al fine di escludere l'applicazione della disciplina *antitrust* e di quella in materia di aiuti di stato; la giurisprudenza sui motivi imperativi di interesse generale (in particolare la frequente rinuncia alla verifica sulla non sostituibilità della misura a favore di un test di adeguatezza “rafforzato”), e gli ultimi interventi legislativi in materia di contratti pubblici⁷⁸¹, sono alcuni dei temi trattati che sembrano confermare questa conclusione.

⁷⁸¹ Si veda il considerando 114 della Direttiva 2014/24/UE in cui si sottolinea “*l'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi, gli Stati membri dovrebbero godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato*”; anche se, va osservato, che l'ordinamento UE non “rinuncia” a giustificare il regime derogatorio anche sulla base di

Ciò è sicuramente da ricondurre, per un verso, al maggior rilievo riconosciuto, dopo Lisbona, alle istanze sociali e solidaristiche, a livello costituzionale europeo; con la precisazione, tuttavia, che tale maggior rilevanza, come dimostrato da recenti pronunce della Corte di giustizia, ancora fatica a distaccarsi dal tradizionale approccio “negativo”, implicante un rinvio alla sfera “riservata” del livello statale, sull’implicito presupposto che sia compito degli Stati dare “attuazione” alla solidarietà e alle finalità sociali, limitandosi l’Unione a “consentire” deroghe alla concorrenza.

Per altro verso, la particolare “sensibilità” nei confronti di tali principi/obiettivi pare essere stata in qualche modo “imposta” dalla recente crisi economica che, contemporaneamente, sembra aver sdoganato alcuni "falsi miti" sulla assiomatica virtù delle regole del mercato e sui suoi automatismi nella produzione di benessere generale.

Tali conclusioni sembrano prestarsi a una riflessione ulteriore. Si ha l’impressione, infatti, che a livello nazionale, in una sorta di regale iperealismo, questa particolare attenzione per principi e valori diversi da quelli di mercato non sempre venga colta appieno, ma anzi si richiama il diritto UE per “giustificare” interventi e decisioni finalizzate (almeno nelle intenzioni) a garantire e promuovere la concorrenza in termini e modalità che l’ordinamento sovranazionale non sembrerebbe richiedere.

Tale atteggiamento potrebbe forse ricondursi a una sorta di debolezza/incapacità del nostro ordinamento di imporre il rispetto di garanzie di trasparenza e imparzialità senza fare “leva” sulla concorrenza. In altri termini, la concorrenza, i principi e le regole da questa derivanti sembrano costituire lo strumento al quale le autorità nazionali si affidano, un po’ passivamente, per sopperire all’incapacità di imporre altrimenti il rispetto di quelle regole minime di trasparenza e imparzialità che dovrebbero essere di per sé connaturate all’agire amministrativo.

Quanto al profilo qualitativo, è noto che la relazione fra solidarietà e concorrenza fatta propria, per anni, dalle Istituzioni europee sia stata concepita in maniera radicalmente dicotomica: più conflitto e contrapposizione piuttosto che concorso e cooperazione; è come se, in termini figurati, si fosse passivamente “subita” la difficoltà di conciliare i co-termini.

Già da diverso tempo la dottrina ritiene, invece, auspicabile muoversi nella direzione del “concorso” (o della “coabitazione”), con l’obiettivo di “adattare” le regole di

ragioni “economiche”, quali la “limitata dimensione transfrontaliera” e, quindi, la sostanziale irrilevanza ai fini della costruzione del mercato unico.

concorrenza alle istanze espresse dalla solidarietà sociale⁷⁸². E ciò, non solo per la convinzione che la visione dicotomica non sia la soluzione migliore per la cura dell'interesse pubblico; ma anche perché il concetto stesso di solidarietà, inteso come mera eccezione alla concorrenza (o nella sua variante di "limite esterno"), finisce per risultare stravolto nei suoi contenuti "*in funzione e a misura delle regole di quest'ultima*"⁷⁸³.

Per vero, nel corso della ricerca ci si è imbattuti in nuovi istituti e recenti decisioni giurisprudenziali che sembrerebbero dar vita a un *mixtum compositum* fra valori che a, primo impatto, "*resterebbero volentieri l'uno di fronte all'altro come esseri che non si comprendono*"⁷⁸⁴, realizzando così quella cooperazione fra concorrenza e solidarietà, fra mercato e istanze sociali, ritenuta dai più auspicabile.

Si fa riferimento, in particolare, a segmenti apparentemente disparati, ma che attendono solo di essere messi in sistema, quali le previsioni di *favor* per il *no profit* contenute nelle ultime Direttive sui contratti pubblici (pur con tutte le problematicità di cui si è dato conto); alle recenti sentenze in materia di trasposto sanitario in cui si ritiene compatibile con il diritto UE un affidamento diretto ad associazioni di volontariato del trasporto sanitario di urgenza, purché ciò sia effettivamente rivolto al perseguimento non solo di obiettivi di solidarietà, ma anche di efficienza di bilancio⁷⁸⁵; alla Decisione che ha introdotto una "zona di salvaguardia" per i servizi sociali dall'applicazione delle regole sugli aiuti di stato, prevedendo la compatibilità *ex ante* con il Trattato delle compensazioni di OPS relativi a servizi sociali, purché non eccedano "*quanto necessario per coprire il costo netto determinato dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, nonché un margine di utile ragionevole*"; e poi a una recente decisione della Corte in cui la verifica sulla "coerenza" di una misura restrittiva della libertà di stabilimento finisce, seppur indirettamente, per "stimolare" una maggiore attenzione da parte degli Stati membri verso finalità sociali⁷⁸⁶.

⁷⁸² Cfr. GIUBBONI S., *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o (concorso)?*, in *Mer. conc. reg.*, 2004, pp. 75 ss. e CAFAGGI F., *Modelli di governo e riforma dello stato sociale*, cit., pp. 7 ss.

⁷⁸³ GIUBBONI S., *op. ult. cit.*, p. 85.

⁷⁸⁴ Le espressioni in corsivo sono riprese da BERTI G., *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pub.*, 2, 1996, p. 273, che le utilizza in un diverso contesto, con riferimento alle diverse figure che compongono il diritto pubblico.

⁷⁸⁵ Corte. Giust., 11 dicembre 2014, causa C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*, cit., e Corte giust., 26 gennaio 2016, causa C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) e altri c. Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4)*.

⁷⁸⁶ Quali, nel caso di specie, la garanzia di un accesso adeguato e di pari condizioni ai servizi farmaceutici, da parte dei residenti di zone rurali e isolate, con particolare riferimento alle persone a mobilità ridotta; cfr. Corte giust., 13 febbraio 2014, causa C-367/12, *Sokoll-Seebacher*.

Quelli richiamati sono solo alcuni esempi (frammenti) che potrebbero indicare come la relazione conflittuale fra solidarietà e concorrenza si sia in parte stemperata, per quanto rimanga ancora la dimensione prevalente.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il servizio sanitario nazionale. Atti del convegno sulla Legge n. 833/1978 (Parma, 22-23 giugno 1979)*, Milano, 1981.

AICARDI N., *La sanità*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

AICARDI N., *I soggetti erogatori delle prestazioni sanitarie*, in *Dir. amm.*, 3-4, 1998, 487 ss.

ALBANESE A., *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio): nota a Corte giust. 11 dicembre 2014 causa C-113/13*, in *Foro It.*, 3, 2015, 151 ss.

ALBANESE A., *I rapporti fra soggetti non profit e pubbliche amministrazioni nel d.d.l. delega di riforma del Terzo settore: la difficile attuazione del principio di sussidiarietà*, in *Non profit*, 2014, 153 ss.

ALBANESE A., *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Mumus*, 2012, 115 ss.

ALBANESE A., *L'integrazione socio-sanitaria*, in PELLEGRINI R.M., MOLASCHI V. (a cura di), *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2012, 129 ss.

ALBANESE A., *L'affidamento di servizi sociosanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2008, 1453 ss.

ALBANESE A., *Diritto all'assistenza e servizi sociali. Intervento pubblico e attività dei privati*, Milano, 2007.

ALBANESE A., *Pubblico e privato nell'affidamento dei servizi sociali ai soggetti del terzo settore*, in FALCON G., MARCHETTI B. (a cura di), *Pubblico e privato nell'organizzazione e nell'azione amministrativa. Problemi e prospettive*, Padova, 2013, 43 ss.

ALEXY R., *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

ALPA G., *Contratti di utenza pubblica*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2, 107 ss.

AMORTH A., *Il «principio personalistico» e il «principio pluralistico»: fondamenti costituzionali della libertà della assistenza*, in *Quaderni di Iustitia*, 29, 1978, 76 ss.

AMORTH A., *Osservazione sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. Dir. pub.*, 1938, 455 ss., ora in *Scritti giuridici, vol. I*, Milano, 1999, 278 ss.

ANTONIMI L., *Il principio di sussidiarietà orizzontale: dal Welfare State alla Welfare Society*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1999, 99 ss.

ARENA A., *Cittadini attivi: un altro modo di pensare all'Italia*, Roma, 2006.

ARENA G., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118 della Costituzione*, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, 2005, vol. I, 179 ss.

ARENA G., *Un nuovo modo di amministrare*, relazione nell'ambito della Convenzione Nazionale della Sussidiarietà, Roma, 12 marzo 2004, www.volontariato.lazio.it.

AZOULAI L., *The 'Retained Powers' Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?* in *EJLS*, 4, 2011, 192 ss.

BALANDI G.G., *L'eterna ghirlanda opaca: evoluzione e contraddizione del sistema italiano di sicurezza sociale*, in *Lav. dir.*, 2, 2015, 291 ss.

BALANDI G.G., *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza tra conflitto e cooperazione: prima ricognizione alla periferia del tema*, in *AA. VV.*, *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, vol. I, Padova, 2005, 107 ss.

BALANDI G.G., *«Pubblico», «privato» e principio di sussidiarietà nel sistema del Welfare State*, in *Riv., giur., lav. prev. soci.*, 2, 1999, 213 ss.

BALBONI E., *Livelli essenziali: il nuovo nome dell'eguaglianza? Dai diritti sociali alla coesione economico sociale e territoriale*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 27 ss.

BALBONI E., *Sussidiarietà, libertà sociali, coerenza della normazione e disciplina delle fondazioni di origine bancaria*, in *Giur. cost.*, 5, 2003, 3149 ss.

BALDASSARRE A., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997.

BALDASSARRE A., *Diritti sociali*, in *Enc. giur.*, vol. XI, Roma, 1989.

BALDASSARRE A., *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 582 ss.

BAQUERO CRUZ J., *Social Services of general Interest and the State Aid Rules*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, 287 ss.

BARBERA A., *Art. 2 Costituzione*, in BRANCA G. (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1975.

BARCELLONA G., *L'evoluzione dell'assetto organizzativo per l'erogazione delle prestazioni assistenziali sanitarie: dal sistema delle convenzioni a quello dell'accREDITAMENTO*, in *San. pubbl.*, 1998, 114 ss.

BARETTONI ARLERI A., *La nozione e la disciplina delle IPAB: problemi istituzionali e organizzativi*, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1979, 53 ss.

BARONI B., *Linee evolutive dell'integrazione fra servizi socio-sanitari*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 47 ss.

BASSANINI F., *Aspetti costituzionali del trasferimento alle Regioni delle funzioni amministrative in materia di assistenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1971, 326 ss.

BEKKEDAL T., *Article 106 TFUE is Dead. Long Live Article 106 TFUE*, in SZYSZCZAK E., DAVIES J., ANDENAES M., BEKKEDAL T. (a cura di), *Developments in services of general interest*, L'Aia, 2011, 61 ss.

BAETEN R., PALM W., *The compatibility of Health Care Capacity Planning Policies with EU Internal Market Rules*, in GRONDEN VAN DE J.W.; SZYSZCZAK E., NEERGAARD U., KRAJEWSK M. (a cura di), *Health Care in EU Law*, L'Aia, 2011, 389

BELHAJ S., GRONDEN VAN DE J. W., *Some Room For Competition Does Not Make a Sickness Fund An Undertaking. Is EC Competition Law Applicable to the Health Care Sector?*, in *ECLR*, 2004, 682 ss.

BERLINGÒ V., *La rilevanza dei fatti di sentimento nel diritto amministrativo: i fattori relazionali nella tutela dei diritti sociali*, in *Dir. amm.*, 2012, 143 ss.

BERLINGÒ V., *Beni relazionali. L'apporto dei fatti di sentimento all'organizzazione dei servizi sociali*, Milano, 2010.

BERTI G., *Le antinomie del diritto pubblico*, in *Dir. pub.*, 2, 1996, 273 ss.

BERTONAZZI L., VILLATA R., *Servizi di interesse economico generale*, in CHITI M. P., GRECO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 2007.

BESTAGNO F., *I diritti economici, sociali e culturali. Promozione e tutela nella comunità internazionale*, Milano, 2009.

BESTAGNO F., RADICATI DI BROZOLO L.G. (a cura di), *Il mercato unico dei servizi*, Milano, 2007.

BIN R., PITRUZZELLA G., *Diritto costituzionale*, Torino, 2015.

BIN R., PITRUZZELLA G., DONATI D., *Lineamenti di diritto pubblici per i servizi sociali*, Torino, 2014.

BIN R., *La sussidiarietà "orizzontale": alla ricerca dei soggetti privati*, in *Ist. feder.*, 1, 1999, 5 ss.

BIN R., *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

BODDA P., *Istituzioni locali di assistenza, Assistenza (prof. cost.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1958.

BONURA H., *I servizi pubblici locali privi di rilevanza economica e la potestà organizzativa degli enti locali*, in *Gio. dir. amm.* 4, 2013, 398.

BONURA H., *I servizi pubblici locali nell'era delle liberalizzazioni, tra regime delle attività e forme di gestione*, in *Agenda dei comuni sez. II*, Ed. Caparrini, 2012, 287 ss.

BONURA H., CASSANO M., (a cura di), *L' affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011

BORSI U., *Le funzioni del Comune italiano*, in ORLANDO V. E. (a cura di) *Primo Trattato di diritto amministrativo italiano, volume secondo, parte seconda*, Milano, 1915, 279 ss.

BOTTARI C., *I soggetti erogatori privati e l'attuazione del principio di sussidiarietà*, in SESTA M. (a cura di) *L'erogazione della prestazione medica tra diritto alla salute, principio di autodeterminazione e gestione ottimale delle risorse sanitarie*, Rimini, 2014, 425 ss.

BOTTARI C., *Dai servizi sanitari ai servizi socioassistenziali*, in BOTTARI C., (a cura di), *Terzo settore e servizi socio-sanitari: tra gare pubbliche e accreditamento*, Torino, 2013, 3 ss.

BRONZINI G., *L'Europa e il suo modello sociale: l'innovazione istituzionale alla prova*, in *RDSS*, 1, 2008, 97 ss.

BRUTI LIBERATI E., *Accordi amministrativi (voce)*, *Enc. dir.*, Aggiornamento, vol. V, Milano, 2001.

BUENDIA SIERRA J. L., *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford, 1999.

CAFAGGI F., *Modelli di governo e riforma dello stato sociale*, in CAFAGGI F. (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2002, 7 ss.

CAFAGGI F., *Governare per contratto o per organizzazione? Alternative istituzionali nella riforma dello stato sociale*, in CAFAGGI F. (a cura di), *Modelli di governo, riforma dello stato sociale e ruolo del terzo settore*, Bologna, 2002, 75 ss.

CAFFERATA M., MARTELLINI M., VELO D., *Liberalizzazioni, impresa pubblica, impresa d'interesse economico generale nell'Unione Europea*, Mulino, 2007.

CAGGIANO G., *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.

CAIA G., *Le nuove discipline dei servizi pubblici*, in *Libro dell'anno del Diritto 2013*, Roma, 2013.

CAIA G., in *Rapporto "L'attuazione del federalismo fiscale in Emilia-Romagna, Veneto e Puglia: le opinioni e le attese dei responsabili dei servizi finanziari degli enti locali"*, Bologna, 2012, 121 ss.

CAIA G., *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 515 ss.

CAIA G., *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale*, in *Serv. pubbl. app.*, 2005, 139 ss.

CAIA G., *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *San. pubbl. priv.*, 4, 2004, 355 ss.

CAIA G., *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 923 ss.

CAIA G., *La disciplina dei pubblici servizi*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 945 ss.

CAIA G., *I modelli di organizzazione dei servizi pubblici locali: quadro generale e comparativo*, in SANVITI G. (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1995, 55 ss.

CAIA G., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it.

CAMELI R., *La categoria giuridica dei servizi sociali tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2006, 903 ss.

CAMMELLI M., *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in BRUTI LIBERATI E., DONATI F. (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2009, 127 ss.

CAMMELLI M. - ZIROLDI A., *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1997.

CANCILLA F. A., *Servizi del welfare e diritti sociali nella prospettiva di integrazione europea* (a cura di), Milano, 2009.

CAPUTI JAMBRENGHI V., *I servizi sociali*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1019 ss.

CARDI E., *Mercati e Istituzioni in Italia. Diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2009.

CARDIA C., *Opere Pie*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1980.

CARTEI G.F., *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2007, 627 ss.

CARTEI G.F., *I servizi di interesse economico generale tra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. ita. dir. pub. com.*, 2005, 1219 ss.

CASSESE S., *Il diritto alla buona amministrazione. Il secolo della buona amministrazione?* in *ERPL/REDP*, 21, 2009, 1037 ss.

- CASSESE S., *La nuova costituzione economica* (a cura di), Bari, 2008.
- CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mer. conc. Reg.*, 2002, 268 ss.
- CASSESE S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.*, V, 1995, 373 ss.
- CASSESE S., *Legge di riserva a articolo 43 della costituzione*, in *Giur. cost.*, 1960, 1332 ss.
- CASSESE S., TORCHIA L., *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014.
- CASSINIS P., *Diritti speciali ed esclusivi e diritto della concorrenza*, in FRIGNANI A., PARDOLESI R. (a cura di), *La Concorrenza*, in AJANI G., BENACCHIO G. (diretto da), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, VII, Torino, 2006, 229 ss.
- CATALDI A., *Dall'assistenza sociale ai servizi sociali. Le autonomie in attesa della legge quadro*, Roma, 1982.
- CATELANI A., *La sanità pubblica*, in SANTANIELLO G. (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, vol. 40, Padova, 2010.
- CAVALERI P., *L'assistenza tra disciplina pubblica e libertà dei privati. Cento anni di giurisprudenza sulla "Legge Crispi"*, Milano, 1992.
- CAVALERI P., *Introduzione*, in *Le Riforme Crispine*, Archivio Isap, vol. IV, Milano, 1990.
- CAVALERI P., *La gestione dei servizi di assistenza sociale nella legislazione regionale*, in *Le Reg.*, 1984, 920 ss.
- CAVALERI P., *Assistenza sociale*, in *Archivio Isap N. S.*, vol. II, Milano, 1983.
- CAVALLARO M. C., *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Ragion Pratica*, 14, 2000, 27ss.
- CAVALLO PERIN R., *Il welfare state nell'Unione Europea in tempo di crisi economica e l'inesatta contrapposizione tra Stato e mercato*, in *Fenomenologia e società*, 1, 2013, 37 ss.
- CAVALLO PERIN R., 1998, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino.
- CAVALLO PERIN R., *Riflessioni sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, in *Dir. amm.*, 1994, 113 ss.
- CAVALLO PERIN R., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino, 2014.
- CERULLI IRELLI V., *Sussidiarietà (dir. amm.)*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. XII, 2004
- CERULLI IRELLI V., CAMELI R., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nei lavori dell'Assemblea costituente*, in www.astrid-online.it.

CHIEFFI I., *Compatibilità di misure statali di intervento sui mercati con la disciplina comunitaria della concorrenza*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2, 2003, 385 ss.

CILIONE G., *Diritto sanitario*, Rimini, 2005.

CINTIOLI F., *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010

CINTIOLI F., *Servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. eur.*, 3, 2006, 488 ss.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Servizi sanitari, mercato e "modello sociale europeo"*, in PIOGGIA A., DUGATO M., RACCA G., CIVITARESE MATTEUCCI P. (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del sistema sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008, 361 ss.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *Regime giuridico dell'attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 405 ss.

CLARICH M., *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana ed europea a confronto*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1, 2003, 91 ss.

CLARICH M., *Servizio pubblico e servizio universale, evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, *Dir. pub.*, 1998, 181 ss.ù

CLARICH M., PIRANESCHI A., *Le fondazioni di origine bancaria tra sussidiarietà e tentazioni neostataliste*, www.astrid-online.it, 2003.

CODINANZI M., *La libertà di stabilimento*, in STROZZI G. (a cura di) *Diritto dell'Unione europea. Parte Speciale*, Torino, 2010, 159 ss.

CODINI E., FOSSATI A., FREGO LUPPI S. A., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2011.

COLACINO CINNANTE L., *Istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza*, in *Dig. disc. pubbl.*, VII, Torino, 1993, 685 ss.

CONSITO M., *Accreditamento e terzo settore*, Napoli, 2009.

CONSITO M., *L'accreditamento come limite dell'appalto pubblico di servizi*, in PIOGGIA A., DUGATO M., RACCA G., CIVITARESE MATTEUCCI P. (a cura di), *Oltre l'aziendalizzazione del sistema sanitario. Un primo bilancio*, Milano, 2008. 342 ss.

CONTICELLI M., *Privato e pubblico nel servizio sanitario*, Milano, 2012.

CORBETTA C., *I rapporti tra la sanità privata e l'organizzazione pubblica: il sistema dell'accreditamento nell'attuale disciplina*, in *San. pubbl. priv.*, 2005, pp. 7-22.

CORBETTA C., *La sanità privata nell'organizzazione amministrativa dei servizi sanitari. Contributo alla nozione di servizio pubblico*, Rimini 2004.

CORBETTA C., *La gestione dei servizi sociali nell'ordinamento comunale. Ipotesi applicative e modelli societari*, in *San. pubbl.*, 11-12, 2002, 1153 ss. e 1289 ss.

CORSO G., *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.* 2002, 981 ss.

CORSO G., *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. serv. pub.*, 1999, 7 ss.

CORSO G., *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1997, 21 ss.

CORSO G., *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1981, 755 ss.

COSTAMAGNA F., *Diritti fondamentali e prestazioni sociali essenziali tra diritto dell'Unione europea e ordinamenti interni: il caso Kamberaj*, in *Dir. umani e dir. int.*, 3, 2012, 672 ss.

COSTAMAGNA F., *I servizi socio-sanitari nel mercato interno europeo*, Napoli, 2011.

COSTANZO P., MORDEGLIA S., *Diritti e servizio sociale dalla dimensione nazionale a quella comunitaria* (a cura di), Milano, 2005.

COTTURRI G., *Relazione in L'Italia dei beni comuni. Prima convenzione nazionale della sussidiarietà*, Roma, 12 marzo 2004.

CRAIG P., *EU Administrative Law, Second edition*, University Press, Oxford, 2012.

CRAIG P., *The Lisbon Treaty: law, politics, and treaty reform*, Oxford, 2010.

CROUCH C. *Il potere dei giganti: perché la crisi non ha sconfitto il neoliberismo*, Bari, 2012.

CUOCOLO L., *La funzione statale di indirizzo e coordinamento in materia sanitaria e assistenziale. Primi spunti dopo la riforma costituzionale*, in BALDUZZI R., DI GASPARE G. (a cura di), *Sanità e assistenza dopo la riforma del Titolo V*, Milano, 2002, 319 ss.

CYGAN A., *Public healthcare in the European Union: still A service of general interest*, in *Intern. Comp. Law Quart.*, 57, 2008, 529 ss.

D'AMELIO S., *Contributo alla dottrina sulla definizione e classificazione delle istituzioni pubbliche di beneficenza*, in *Foro it.*, 1, 1907.

D'ANGELOSANTE M., *Strumenti di controllo della spesa e concorrenza nell'organizzazione del servizio sanitario in Italia*, Rimini, 2012.

D'ATENA A., *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, 2001, 13 ss.

D'ATENA A., *Sussidiarietà orizzontale e affidamento "in house"*, in *Giur. cost.*, 6, 2008, 5009 ss.

DAVIES G., *What Does Article 86 Actually Do?* in KRAJEWSK M., NEERGAARD U., GRONDEN VAN DE J.W. (a cura di), *The changing legal framework for services of general economic interest in Europe, between competition and solidarity*, L'Aia, 2009, 51 ss.

DAVIES G., *Health and Efficiency: Community Law and National Health Systems in the Light of Muller-Faurè*, in *MLR*, 67, 2004, 94 ss.

DAVIES G., *Welfare as a Service*, in *Leg. Issue. Econ. Integration*, 29(1), 2002, 27 ss.

DE ANGELIS P., *L'affidamento dei servizi sanitari e socio-sanitari: tra esigenze specifiche e vincoli normativi*, Bologna, 2013.

DE ANGELIS P., *Accreditamento, accordi e contratti: profili giuridici e questioni applicative*, in *Ragiusan*, 2011, 1120 ss.

DE BENEDETTO M., MARTELLI M., RANGONE N., *La qualità delle regole*, Bologna, 2011.

DE CARLI P., *Gli affidamenti dei servizi sociali fra concorrenza e localismo*, in *Amministrare*, 3, 2008, 395 ss.

DE CARLI P., *L'emersione giuridica della società civile. Con particolare riguardo alle azioni di sviluppo economico e ai servizi alla persona*, Milano, 2006.

DE NITTO A., *dottrina e realtà delle persone giuridiche pubbliche tra fine '800 e inizi '900 in Italia. Alle origini della crisi dello Stato* in *Quaderni fiorentini*, 11/12, 1982/83, 657 ss.

DE SIERVO U., *La tormentata fine delle I.p.a.b.*, in *Giur. cost.*, 1988, 1744 ss.

DE SIERVO U., *Assistenza e beneficenza pubblica*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987.

DE SIERVO U., *Le trasformazioni della legislazione in tema di IPAB*, in *Giur. cost.*, 1985, 269 ss.

DEGANI L., MOZZANICA R., *L'integrazione socio-sanitaria*, in CODINI E., FOSSATI A., FREGO LUPPI S. A., *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2011, 49 ss.

DELSIGNORE M., *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata. Il caso non unico delle farmacie aperte al pubblico*, Milano, 2011.

DENOZZA F., *La Concorrenza come mezzo o come fine*, in BILANCIA P., D'AMICO M. (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 165 ss.

DIVERIO D., *Qualche riflessione intorno all'efficacia della Direttiva Servizi negli ordinamenti degli Stati membri e al suo rapporto con il TFUE*, in *Dir. comm. intern.*, 4, 2015, 983 ss.

DIVERIO D., *Interessi economici e tutela della salute: il caso (ir)risolto delle parafarmacie*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2, 2014, 904 ss.

DIVERIO D., *Nel giudizio sulla legittimità europea delle discipline nazionali sui casinò ad essere davvero in gioco sono i principi di proporzionalità e di certezza del diritto*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 4, 2012, pp. 1681- 1694

DIVERIO D., *Libertà fondamentali e tutela della salute pubblica: il caso dei farmacisti*, in BARUFFI M. C., QUADRANTI I. (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, 2012, 107 ss.

DIVERIO D., *La Corte di giustizia alla prova delle situazioni puramente interne: gli art. 43 e 49 del Trattato CV sono applicabili agli appalti pubblici di servizi non prioritari*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, 432 ss.

DIVERIO D., *Le concessioni di servizi fra situazioni puramente interne e rispetto dei principi comunitari*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2, 2005, 610 ss.

DONATI D., *Il paradigma sussidiario. Interpretazioni, estensioni e garanzie*, Bologna, 2013.

DRIGUEZ L., *Droit social et droit de la concurrence*, Bruxelles, 2006.

DRIJBER B. J. , STERGIOU H., , *Public procurement law and internal market law*, in *Co. Mar. Law Rev.* 46,, 2009, 805 ss.

DUGATO M., *Sussidiarietà e salute*, in *San. pubbl. priv.*, 2, 2006, 5 ss.

DUGATO M., *I servizi pubblici locali*, in CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, 1996.

FALCON G., *Convenzioni e accordi amministrativi –Convenzioni in materia ospedaliera*, in *Enc. giur.*, XI, Torino , 1988.

FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche. Ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984.

FALCON G., *L'ospedale pubblico dalle Opere Pie al Servizio Sanitario Nazionale*, in *Jus*, 1982.

FAZZI L., *La privatizzazione dei servizi socioassistenziali in Italia: primi effetti di una riforma "ibrida"*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1996, 55 ss.

FERIOLI E., *Diritti e servizi sociali nel passaggio dal welfare statale al welfare municipale*, Torino, 2003

FERIOLI E., *Il ruolo dei soggetti privati nel sistema dei servizi sociali regionali*, in Rossi E. (a cura di), *Diritti di cittadinanza e nuovo welfare della Toscana*, Padova, 2005, 77 ss.

FERIOLI E., *L'accreditamento dei servizi sociali ed il terzo settore: una nuova sfida per il mondo del non profit?*, in *Areté*, 1, 2010, 58 ss.

- FERRARA R., *L'ordinamento della sanità*, Torino, 2007, pg.149
- FERRARI E., *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale* (a cura di), Torino, 2007.
- FERRARI E., *I servizi sociali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003.
- FERRARI E., *Lo Stato Sussidiario: il caso dei servizi sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 99 ss.
- FERRARI E., *I servizi a rete in Europa. Concorrenza tra gli operatori e garanzia dei cittadini* (a cura di), Milano, 2000.
- FERRARI E., *La Corte e la legge Crispi: il nome e la "effettiva natura" delle istituzioni (e delle libertà) di assistenza*, in *Le Reg.* 1988, 1331 ss.
- FERRARI E., *I servizi sociali*, Milano, 1986.
- FERRERA M., *Le politiche sociali* (a cura di), Bologna, 2012.
- FIEDZIUK N., *Putting services of general economic interest up for tender: Reflections on applicable EU rules*, in *Com. Mark. Law Rev.*, 50, 2013, 87 ss.
- FINOCCHI GERSI R., *La legge quadro sui servizi sociali e la riforma del titolo V*, in ALBANESE A., MARZUOLI C. (a cura di) *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003, 23 ss.
- FONDERICO G., *Il Comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, 2012.
- FONDERICO G., *Il caso "Alrosa" e la proporzionalità nelle decisioni con impegni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 250 ss.
- FRACCHIA F., *Concessione amministrativa*, *Enc. dir.*, Ann. I, Milano, 2007.
- FRACCHIA F., *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. econ.*, 1, 2004, 41 ss.
- FRANCHI SCARSELLI G., *Una lettura critica della legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in *San. pubbl.*, 2000, 1405 ss.
- FREGO LUPPI S., *Servizi sociali e diritti della persona*, Milano, 2004.
- FRITZSCHE A., *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 47, 2010, 361 ss.
- G GRONDEN VAN DE J.W., *The Services Directive and Services of General (Economic) Interest* in KRAJEWSKI M., NEEGARD U., GRONDEN VAN DE J.W. (a cura di), *The changing legal framework for services of general economic interest in Europe, between competition and solidarity* L'AIA, 2009, 233 ss.

GABOARDI F., *Il diritto amministrativo dei servizi sociali*, Roma, 2003.

GALETTA D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 3, 2010, 602 ss.

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 4-5, 2005, 541 ss.

GALGANO F., *Rapporti Economici*, art. 41-44, in BRANCA G. (a cura di) *Commentario alla Costituzione*, Tomo II, Bologna/Roma, 1982.

GALLO D., *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010.

GALLO D., *Finanziamento dei servizi di interesse generale e aiuti di stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pub. com.* 5, 2007, 893 ss.

GAMBINO G., *Diritti e cittadinanza (sociale) nelle costituzioni nazionali e nell'Unione*, in *Cittadinanza europea* 2, 2013, 5 ss.

GASPARINI CASARI V., *L'ordinamento ospedaliero nella legislazione vigente e nelle prospettive di evoluzione*, Modena, 1974.

GEKIERE W., BAETEN R., PALM W., *Free movement of services in the EU and health care*, in MOSSIALOS E., PERMANAND G., BAETEN R., HERVEY T. (a cura di), *Health System Governance in Europe. The role of European Union Law*, Cambridge, 2010, 461 ss.

GIANNINI M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, 1993.

GIANNINI M.S., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.

GIANNINI M.S., *Stato sociale: una nozione inutile*, in *Il Politico*, 1977, 205 ss.

GIGLIONI F., *La legittimazione processuale attiva per la tutela dell'ambiente alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2015, 413 ss.

GIGLIONI F., *L'integrazione per differenziazione dei servizi di interesse generale*, in *Giorn. dir. amm.*, 5, 2012, 538 ss.

GIGLIONI F., *Il principio di sussidiarietà orizzontale nel diritto amministrativo e la sua applicazione*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 12, 2009, 2909 ss.

GIGLIONI F., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per considerare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Milano, 2008.

GIGLIONI F., *Sussidiarietà orizzontale e terzo settore*, in www.astrid-online.it, 2002.

GIGLIONI F., 1998, *Osservazioni sulla evoluzione della nozione di «servizio pubblico»*, *Foro amm.*, 7-8, 2265 ss.

GIGLIONI F., CONTICELLI M., *L'accreditamento degli erogatori*, in DE VINCENTI C., FINOCCHI GHERSI R., TARDIOLA A., *La sanità in Italia*, Bologna, 177 ss.

GILBERTI B., *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Dir. amm.*, 1, 2011, 183 ss.

GIOISIS F., *Rischio economico, trilateralità e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Dir. amm.*, 4, 2011, 703 ss.

GIORELLO M., *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 3-4, 2004, 929 ss.

GIUBBONI S., *Diritti e solidarietà in Europa: i modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012.

GIUBBONI S., *Social Rights and Market Freedom in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge, 2006.

GIUBBONI S., *Solidarietà e concorrenza: «conflitto» o (concorso)?*, in *Mer. conc. reg.*, 2004, 75 ss.

GIUBBONI S., *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2004, pp. 489 ss.

GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003.

GIUFFRÈ F., *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002.

GOSETTI DI STURMERCK G., *Il nuovo welfare locale: dal Compulsory Competitive Tendering al Best Value Regime*, in *Le Regioni*, 2, 2007, 209 ss.

GRECO G., *La direttiva in materia di "concessioni"*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 5, 2015, 1095 ss.

GRECO G., *Accordi e contratti della pubblica amministrazione tra suggestioni interpretative e necessità di sistema*, in *Dir. amm.*, 3, 2002, 413 ss.

GRECO G., *Accordi amministrativi. Tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003.

GRONDEN VAN DE J. W., *Free Movement of Services and the Right of Establishment: Does EU Internal Market Law Transform the Provision of SSGI?* in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, 123 ss.

GRONDEN VAN DE J. W., RUSU C. S., *The Altmark Update and Social service: Toward a European Approach*, in SZYSZCZAK E., VAN DE GRONDEN J. (a cura di), *Financing services of general economic interest: reform and modernization*, L'Aia, 2013, 185 ss.

GRONDEN VAN DE J. W., *Social Services of General Interest and EU Law*, in SZYSZCZAK E., DAVIES J., ANDENAES M., BEKKEDAL T. (a cura di), *Developments in services of general interest*, L'Aia, 2011, 123 ss.

GRONDEN VAN DE J.W., *Cross-border health care in the EU and the organization of the national health care systems of the member states: the dynamics resulting from the European Court of justice's decisions on free movement and competition law*, in *Wisconsin Inter. Law Jour.*, 26(3), 2009, 705 ss.

GRONDEN VAN DE J. W., *Purchasing Care: Economic Activity or Service of General (Economic) Interest?*, in *ECLR*, 2004, 87 ss.

GUERZONI L., *Ambito dell'assistenza e della beneficenza, "stato delle autonomie" e interessi religiosi*, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1979, 15 ss.

GUIGLIA G., *I servizi sociali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2012.

GUIGLIA G., *I servizi sociali nel processo di integrazione europea: dalla distinzione alla regolazione*, in *Jus*, 3, 2009, 457 ss.

GUIGLIA G., *Il diritto all'assistenza sociale nella prospettiva multilivello*, Padova, 2005.

GULLO F., *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1965.

HATZOPOULOS V., STERGIU H., *Public Procurement Law and Health care: From Theory to Practice*, in GRONDEN VAN DE J.W; SZYSZCZAK E., NEERGAARD U., KRAJEWSK M. (a cura di), *Health Care in EU Law*, L'Aia, 2011, 413 ss.

HANCHER L., SAUTER W., *One step beyond? From Sodemare to Docmorriss: the EU's freedom of establishment case law concerning healthcare*, in *Comm. Mark Law Rev.*, 47, 2010, 117 ss.

HERVEY T.H., *If Only It Were So Simple: Public Health Services and EU Law*, in CREMONA M.(a cura di), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, 2011, 179 ss.

IANNONE C., *L'intervento pubblico nell'economia e le regole di concorrenza comunitarie*, Torino, 2009.

JORIO E., *Diritto dell'assistenza sociale*, Milano, 2006.

KRAJEWSKI M., FARLEY M., *Limited competition in national health systems and the application of competition law: the AOK Bundesverband case*, in *ELR*, 2004, 842 ss.

KRAJEWSKI M., NEEGARD U., GRONDEN VAN DE J.W. (a cura di), *The changing legal framework for services of general economic interest in Europe, between competition and solidarity*, L'Aia, 2009.

KRAJEWSKI M., *Providing Legal Clarity and Securing Policy Space for Public Services through a Legal Framework for Services of General Economic Interest: Squaring the Circle?*, in *Eur. public law*, 3, 2008, 377 ss.

KRAJEWSKI M., FARLEY M., *Non-economic activities in upstream and downstream markets and the scope of competition law after FENIN*, in *E. L. Review*, 2007, 111 ss.

LAVRIJSSEN S., *What role for National Competition Authorities in Protecting Non-competition Interests after Lisbon?*, in *Eur. Law Rev.*, 35, 2010, 636 ss.

LE GRANDE J., *Quasi-markets and Social Policy*, in *Economic Journal*, 1991, 101,1256 ss.

LEDDA F., *Il problema del contratto nel diritto amministrativo: contributo ad uno studio dei c. d. contratti di diritto pubblico*, Torino, 1962.

LIBERTNI M., *Concorrenza*, in *Enc. dir. – Ann. III*, 2010, Milano.

LIBERTNI M., *Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta*, in *Contratto e impresa*, 2008, 1201 ss.

LIGUORI F., *La concorrenza amministrata tra innovazioni legislative e resistenze burocratiche*, in *San. pubbl.*, 1997, 511 ss.

LIGUORI F., *Impresa privata e servizio sociale nella sanità riformata*, Napoli, 1996.

LOTTINI M., *La concezione « statica » e la concezione dinamica dell'attività economica: una recente sentenza della corte di giustizia in materia di servizi sociali*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2009, 1151 ss.

LUCIANI M., *'Diritto alla salute e diritto all'assistenza: configurazione e tecniche di tutela'*, Convegno su *"Il nuovo Welfare State dopo la riforma del Titolo V. Sanità e assistenza a confronto"*, Roma LUISS, 17 maggio 2002, Resoconto Convegno di Luca Castelli, Piero Gambale, Enrico Menichetti e Margherita Procaccini, in www.amministrazioneincammino.it.

LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. Dir.*, 2000, 367 ss.

LUCIANI M., *Sui diritti sociali*, in ROMBOLI R. (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle Corti costituzionali*, Torino, 1994, 96 ss.

MALTONI A., *I sistemi regionali integrati di interventi e servizi sociali*, in *Le Reg.*, 5, 2005, 871 ss.

MALTONI A., *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, 2005.

MAMELI B., *Servizio pubblico e concessione: l'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentati*, Milano, 1998.

- MAMUNZA E., BERENDES W.J., *Social Services of General Interest and the Eu Public Procurement Rules*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J.W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, 347 ss.
- MARCHIANÒ G., *Occorre cambiare tutto perché nulla cambi: la tormentata vicenda dei SIEG*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2013, 1021 ss.
- MARCHIANÒ G., *Le proposte di legge quadro di riforma dell'assistenza e della beneficenza: brevi note di analisi comparativa*, entrambi in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1979, 257 ss.
- MARZUOLI C., *Sussidiarietà e libertà*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 77 ss.
- MARZUOLI C., *Le aziende speciali e le istituzioni*, in Atti del 41° Convegno del Centro studi amministrativi di Varenna, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, 48 ss.
- MASSA PINTO I., *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli.
- MATOS N. A., *The role of the Bupa Judgement in the Legal Framework for Services of General Economic Interest*, in *Tilburg Law Rev.*, 15, 2011, 83 ss.
- MATTIONI A., *La legge quadro 328/2000: legge di attuazione di principi costituzionali*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 3 ss.
- MAZZIOTTI DI CELSO M., *L'assistenza nella Costituzione*, in *Justitia*, 1979, 100 ss.
- MAZZIOTTI DI CELSO M., *Diritti sociali*, in *Enc. dir.*, vol. XII, Milano, 1964.
- MAZZIOTTI DI CELSO M., *Assistenza (prof. cost.)*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1958.
- MENICHETTI E., *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in ALBANESE A., MARZUOLI C. (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003, 79 ss.
- MERUSI F., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 1, 2004, 37 ss.
- MERUSI F., *Nuove avventure della legalità amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 4., 2009, 742.
- MERUSI F., *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002.
- MERUSI F., *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990.
- MERUSI F., *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quad. reg.*, 1985, 54 ss.
- MERUSI F., *Servizio pubblico* (voce), in *Nov. Dig. It.*, XVI, 1970, 215 ss.
- MICHIARA P., *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, 2005.

MOLASCHI V., *Autorizzazione, accreditamento e accordi contrattuali tra esigenze di contenimento della spesa e tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, 2014, 675 ss.

MOLASCHI V., *Complessità e semplificazione nei servizi sociali*, in *Dir. econ.*, 2, 2013, pp. 475 ss.

MOLASCHI V., *I rapporti di prestazione nei servizi sociali: livelli essenziali delle prestazioni e situazioni giuridiche soggettive*, Torino, 2008.

MOLASCHI V., *I servizi sociali*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 363 ss.

MOLASCHI V., *Sulla nozione di servizi sociali: nuove coordinate costituzionali*, in *Dir. eco.*, 2004, 95 ss.

MOLITERNI A., *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 89 ss.

MOLITERNI A., *Il regime giuridico delle concessioni amministrative di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 4, 2012, 567 ss.

MONCERI F., *Servizi pubblici e istanze sociali nella costituzione economica europea*, Pisa, 2011.

MONTERO PASCUAL J. J., *I monopoli pubblici in un mercato unico concorrenziale- evoluzione e riforma dell'articolo 90 del Trattato*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 1997, 663 ss.

MONTI G., *Servizi pubblici e concorrenza*, in FERRARI E. (a cura di), *Attività economiche ed attività sociali nei servizi di interesse generale*, Torino, 2007, 207 ss.

MOR G., *Verso una legge quadro sull'assistenza*, in *Le Reg.*, 1981, 135 ss.

MORTELMANS K., *Towards convergence in the application of the rules on free movement and on competition*, in *Co. Mar. law. Rev.*, 28, 2001, 613 ss.

NAIMO G., *La rivoluzione sanitaria*, in www.federalismi.it, 2009.

NAPOLITANO G., *I servizi pubblici*, in CASSESE S. (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Bari, 2008.

NAPOLITANO G., *L'esercizio privato di attività amministrativa*, in CERULLI IRELLI V. (a cura di), *La disciplina generale dell'attività amministrativa*, Napoli, 2006

NAPOLITANO G., 2005, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna.

NAPOLITANO G., *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive*, in *Annuario 2001 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2002.

NAPOLITANO G., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. amm.*, 2002, 801 ss.

NAPOLITANO G., *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, 2001, Padova.

- NEEGARD U., *The Concept of SSGI and the Asymmetries Between Free Movement and Competition Law*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, 205 ss.
- NEERGAARD U., *EU Health Care Law in a Constitutional Light: Distribution of Competences, Notion of 'Solidarity', and 'Social Europe'*, in GRONDEN VAN DE J.W.; SZYSZCZAK E., NEERGAARD U., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Health Care and EU Law*, L'Aia, 2011, 25 ss.
- NIGRO M., *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 119 ss.
- NISTOR. L., *Public Services and the European Union. Healthcare, Health Insurance and Education Services*, L'Aia, 2011.
- O'KNEEFFE D., BAVASSO A., *Four freedoms, One Market and National Competence: In Search of a Diving Line*, in O'KNEEFFE D., BAVASSO A (a cura di), *Judicial Review in European Union Law*, vol. I, L'Aia, 2000.
- ODUDU O., *Economic Activity as a Limit to Community Law*, in BERNARD C., ODUDU O. (a cura di), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford, 2009, 225 ss.
- OLIVER D., PROSSER T., RAWLINGS R. (a cura di), *The Regulatory State. Constitutional implications*, Oxford, 2010.
- OLYKKE G.S., MOLLGARD P., *What is a service of general economic interest?*, in *Eur. j. law. econ.*, 41, 2013, pp. 205 ss.
- PAJINO A., *Assistenza e beneficenza fra pubblico e privato nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 1993, 50 ss.
- PASTORI G., *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 85 ss.
- PELLEGRINI R. M., MOLASCHI V., *Manuale di legislazione dei servizi sociali*, Torino, 2012.
- PELLIZZER F., *Gli accordi pubblico-privato nel governo del territorio*, in MASTRAGOSTINO F., *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 131 ss.
- PELLIZZER F., *Verso una «nuova» figura concessoria non soggetta al diritto comunitario?*, in *Foro amm.*, 11-12, 1996, 3387 ss.
- PELLIZZER F., *Le concessioni di opera pubblica: caratteri e principi di regime giuridico*, Padova, 1990.
- PELLIZZER F., SANTI G., *La "convenzione" con gli enti non profit fra sistema contrattualistico comunitario, normative nazionali ed intervento attuativo regionale*, in CARINCI F. (a cura di), *Non profit e volontariato: profili giuridico istituzionali*, Milano, 1999, 139 ss.
- PERFETTI L., *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001.

PERFETTI L., *Le convenzioni*, in MATTIONI A., CODINI E., COLOMBO A., FOSSATI A. (a cura di), *Le leggi della solidarietà: commento coordinato della legge sul volontariato e sulle cooperative sociali*, Milano, 1993, 91 ss.

PERICU A., *L'impresa e obblighi di servizio pubblico*, in *Annuario 2001* dell'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Milano, 2002.

PERICU G., *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in MAZZAROLLI L., PERICU G., ROVERSI MONACO F., SCOCA F.G., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2001, 1611 ss.

PERICU G., *Il rapporto di concessione di pubblico servizio*, in PERICU G., ROMANO A., SPAGNUOLO VIGORITA V., (a cura di), *La concessione di pubblico servizio*, Milano, 1995, 83 ss.

PESARESI F., *Le funzioni dei punti unici di accesso*, in *Welfare Oggi*, 1, 2013, 15 ss.

PEZZINI B., *La decisione sui dritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001.

PIOGGIA A., *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014.

PIOGGIA A., *La concessione di pubblico servizio come provvedimento a contenuto convenzionalmente determinato: un nuovo modello per uno strumento antico*, in *Dir. pubbl.*, 3, 1995, 567 ss.

PISCHEL G., *La municipalizzazione in Italia ieri, oggi, domani*, Confederazione della municipalizzazione, Roma, 1965.

PIZZETTI F., *Il ruolo delle istituzioni nel quadro della «democrazia della cittadinanza*, Relazione al Convegno “*Cittadini attivi per una nuova amministrazione*”, Roma 7-8 febbraio 2003, in www.astrid-online.it

POLICE A., *Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *Dir. amm.*, 2007, p. 79 ss.; anche, *Sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 65 ss.

POLICE A., GIULIETTI W., *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, in *Serv. pubbl. app.*, 4, 2004, 831 ss.

POLICE A., *Regioni ed enti locali nell'assunzione e gestione dei servizi sociali: prove di sussidiarietà*, in *Rapporto sulla situazione del Servizio sociale*, a cura dell'EISS, Roma, 2001

POTOTSCHNIG U., *Poteri pubblici e attività produttive*, in *Dir. econ.*, 1990, 33 ss.

POTOTSCHNIG U., *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

POTOTSCHNIG U., 1955, *Concessione ed appalto di pubblici servizi*, in *Jus*, 1955, 393 ss.

PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Roma, 1920.

- PROSSER T., *The regulatory enterprise. Government, Regulation and Legitimacy*, Oxford, 2010.
- PROSSER T., *The limits of Competition Law, Market and Public service*, Oxford, 2005.
- RAMPULLA C., *Pubblico e privato: dall'evoluzione all'involuzione della disciplina nazionale delle prestazioni ospedaliere*, in *Il Politico*, 1999, 307 ss.
- RANCI C., *Oltre il Welfare state: terzo settore, nuove solidarietà e trasformazioni del welfare*, Bologna, 1999.
- RANCI ORTIGOSA E., *Le politiche assistenziali*, in DENTE B. (a cura di), *Le politiche pubbliche in Italia*, Bologna, 1990, 383 ss.
- RANELLETTI O., *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. scien. giur.*, 1905, 337 ss.
- RENNA M., *Commento all'art. 11*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 300 ss.
- RESCIGNO G. U., *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1, 2002, 4 ss.
- RESCIGNO G. U., *Profili costituzionali del trasferimento delle funzioni in materia di assistenza e beneficenza*, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato* Milano, 1979, 83 ss.
- RICCI G., DI VIA L., *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in SCIARRA S. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007, 39 ss.
- RINALDI P.G. 2007, *Art. 6. (Funzioni dei Comuni)*, in BALBONI E., BARONI B. MATTIONI A., PASTORI G., *Il sistema integrato dei servizi sociali: commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo 5 della Costituzione*, Milano, 192 ss.
- ROMANO A., *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 460 ss.
- ROSS. M., *A Healthy Approach to Services of General Economic Interest? The BUPA Judgment of the Court of First Instance*, in *ELR*, 34, 2009, 239 ss.
- ROSS M., *Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?*, in *Com. mar. law rev.*, 2007, 1057 ss.
- ROSS M., *Article 16 E.C. and services of general interest: from derogation to obligation?*, in *Eur. Law Rev.*, 25(1), 2000, 22 ss.
- ROSSI P., *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2004.
- ROTELLI E., *Assistenza sociale*, in *Archivio Isap*, vol. I, Milano, 1962.

ROVERSI MONACO F., BOTTARI C., *Art. 1*, in ROVERSI MONACO F. (con il coordinamento di), *Il sistema sanitario nazionale*, Milano, 1979 7 ss.

SABBIONI P., *Art. 5 Principi per la programmazione degli interventi e delle risorse del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, in BALBONI E., BARONI B., MATTIONI A., PASTORI G. (a cura di), *Il sistema integrato dei servizi sociali. Commento alla legge n. 328 del 2000 e ai provvedimenti attuativi dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Milano, 2007, 140 ss.

SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000.

SALERNO G.C., *Servizi di interesse generale e sussidiarietà orizzontale fra ordinamento costituzionale e ordinamento dell'Unione europea*, Torino, 2010.

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

SANDULLI A., *La letteratura in materia di assistenza e beneficenza: percorsi e tendenze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992, 753 ss.

SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, ed. XV, Napoli, 1989.

SANDULLI A.M., *Abilitazioni, autorizzazioni, licenze*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1958, 1 ss.

SANVITI G., *I servizi sociali e l'istituzione per il loro esercizio*, in SANVITI G. (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1995.

SANVITI G., *Le convenzioni in materia ospedaliera*, Milano, 1976.

SARACENO C., *Il welfare state italiano tra occupazionalismo e territorialismo. Limiti e prospettive di cambiamenti possibili*, in AA.VV., *Regionalismo, federalismo e welfare state. Atti del convegno di Roma, 9-10 maggio 1996*, Milano, 1997.

SARNO G., *Enti comunali di assistenza, Assistenza (prof. cost.)*, *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1958.

SATTA F., *Art. 11*, in CAPACCIOLI E., SATTA F., *Commento al decreto 616 (D.P.R. 24 luglio 1977 n. 616)*, Milano, 1989.

SAUTER W., *Services of general economic interest and universal service*, in *Eur. law rev.*, 2, 2008, 167 ss.

SAUTER W., SCHEPEL H., *State and market in European Union Law. The Public and Private spheres of the Internal Market before EU Courts*, Cambridge, 2009.

SCHIEK D., *Social Services of General Interest: The EU Competence Regime and a Constitution of Social Governance*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, 73 ss.

SCHWEITZER H., *Services of General Economic interest: European Law's Impact on the Role of Markets and of Member States*, in CREMONA M. (a cura di), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, 2011, 11 ss.

SCIARRA S., *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni della solidarietà*, in SCIARRA A. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel Welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna 2007, 13 ss.

SCIARRA S., *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, in HEPPLER B. (a cura di), *Social and Labour Rights in a Global Context. International and Comparative Perspectives*, Cambridge, 2003, 95 ss.

SCOCA F.G., *Il provvedimento*, in SCOCA F.G. (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2015, 295 ss.

SCOCA F. G., *La medicina convenzionata*, in *Ragiusan*, 1984, pp. 112 ss.

SCOTTI E., *I principi generali*, in BONURA H. E CASSANO M. (a cura di), *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011.

SCOTTI E., *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in MANGIAMELI S. (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008, 3 ss.

SCOTTI E., *Il Pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

SEN A., *Lo sviluppo è libertà. Perché non c'è crescita senza democrazia*, Milano, 2000.

SEPE S., *L'esercizio del controllo in applicazione della legge 17 luglio 1890, n. 6972*, in *Le Riforme Crispine*, Archivio Isap, vol. IV, Milano, 1990, 149 ss.

SEPE S., *Per una storia dell'attività dell'amministrazione statale nel settore dell'assistenza. Ipotesi di lavoro*, in BIGARAN M. (a cura di), *Istituzioni e borghesie nell'Italia liberale* Milano, 1986, 127 ss.

SERRANI D., *Il potere per enti. Enti pubblici e sistema politico in Italia*, Bologna, 1978.

SLOT P. J., *Public Distortion of Competition: The Importance of Article 106 TFEU and the State Action Doctrine*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, 245 ss.

SNELL J., *Economic Aims as Justification for Restrictions on Free Movement*, in SCHRAUWEN A. (a cura di), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, 2005, 37 ss.

SORACE D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Un'introduzione*, Bologna, 2012.

SORACE D., *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del 21° secolo*, in *Dir. amm.*, 11, 2010, 6 ss.

- SORACE D., *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, 1993, Milano, 1141 ss.
- SORACE D., MARZUOLI C., *Concessioni amministrative*, *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 280 ss.
- SOTTILI V., *L' art.86 del Trattato CE*, in RADICATI DI BROZOLO L. G. (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, 35 ss.
- SOTTILI V., *Servizio pubblico e diritto comunitario*, in RADICATI DI BROZOLO L. G. (a cura di), *Servizi essenziali e diritto comunitario*, Torino, 2001, 7 ss.
- SPAGNUOLO VIGORITA R., *Politiche pubbliche del servizio sanitario. Profili giuridici*, Napoli, 2003.
- SPAGNUOLO VIGORITA V., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959.
- SPAVENTA E., *From Gebhard to Carpenter: towards a (non-)economic european constitution*, in *Co. Mar. Law Rev.*, 41, 2004, 743 ss.
- SPOTO G., 2013, *La cittadinanza e la riscoperta della persona nel diritto privato europeo*, in *Contratto impresa*, 2, 697-713
- STADERINI F., *Diritto degli enti locali*, Padova, 1999.
- STECCANELLA M., *La nozione di "beneficenza pubblica" nell'odierno quadro legislativo e giurisprudenziale*, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P, *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato* (a cura di), Milano, 1979, 77 ss.
- STICCHI DAMIANI E., *La concorrenza nell'erogazione dei servizi sanitari e le posizioni delle imprese private*, in *San. pubbl. priv.*, 2003, 929 ss.
- STORCHI G. P., *Gli indirizzi di riforma dell'assistenza: analisi del d.l. 29 marzo 1979*, n. 113, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato* , Milano, 1979, 113 ss.
- SULLIVAN E.T., FRASE R. S., *Proportionality principles in American Law*, Oxford, 2009.
- SZYDLO M., *The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement*, in *Germ. Law Jour.*, 2011, 1408 ss.
- SZYSZCZAK E., *Services of General Economic Interest and State Measures Affecting Competition*, in *Journ. Eur. Comp. Law & Practise*, 4, 2013, 514 ss.
- SZYSZCZAK E., *Soft Law and Safe Havens*, in NEEGARD U., SZYSZCZACK E., GRONDEN VAN DE J. W., KRAJEWSKI M. (a cura di), *Social Services of General Interest in the UE*, L'Aia, 2013, 317 ss.

SZYSZCZAK E., WILLEM J., GRONDEN VAN DE J. W. (a cura di), *Financing Services of General Economic Interest. Reform and Modernization*, L'Aia, 2013.

SZYSZCZAK E., *Introduction: Why Do Public Services Challenge the European Union?*, in SZYSZCZAK E., DAVIES J., ANDENAES M., BEKKEDAL T. (a cura di), *Developments in services of general interest*, L'Aia, 2011.

SZYSZCZAK E., *Modernising healthcare: pilgrimage for the holy grail?*, in KRAJEWSKI M., NEERGARD U., VAN DE GRONDEN J. W. (a cura di), in *The changing legal framework for services of general -economic interest in Europe, between competition and solidarity*, L'Aia, 2009, 191 ss.

SZYSZCZAK E., *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Oxford, 2007.

SZYSZCZAK E., *Public service Provision In Competitive Markets*, in *Yearbook of European Law*, 20, 2001, 5 ss.

TARULLO S., *Concorrenza ed evidenza pubblica nel sistema degli accreditamenti sanitari tra regole nazionali e assetti comunitari*, in *Munus*, 2012, 21 ss.

TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2012.

TORELLI G., *L'attuale necessità di una corretta distinzione tra appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, in *Riv. trim. app.*, 4, 2014, 70 ss.

TRIDIMAS T., *The rule of Reason and its Relation to Proportionality and Subsidiarity*, in SCHRAUWEN A. (a cura di), *Rule of Reason. Rethinking another Classic of European Legal Doctrine*, Groningen, 2005, 111 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *'Il principio di concorrenza': proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 1-2, 2013, 15 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. ital. dir. pubbl. com.*, 2008, 1063 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in CHITI M.P e. GRECO G (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo Parte generale, Tomo I*, Milano, 2007.

TRIMARCHI BANFI F., *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, 2007, Torino.

TRIMARCHI BANFI F., *Considerazioni sui «nuovi» servizi pubblici*, in *Riv. ita. dir. pubbl. com.*, 2002, 945 ss.

TRIMARCHI BANFI F., *Pubblico e privato nella sanità. Autorizzazione e convenzioni nel sistema della riforma sanitaria*, Milano, 1990.

TUCCI M., *Programmazione amministrativa e pianificazione del territorio*, Torino, 2003.

VECCHIO G., *La sussidiarietà orizzontale nella giurisprudenza*, in MAGNANI C. (a cura di), *Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*, Torino, 2007, 84 ss.

VIGNOCCHI G., *La riforma dell'assistenza e della beneficenza: stato della produzione legislativa*, in GIANOLIO R., GUERZONI L., STORCHI G.P. (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato* Milano, 1979, 37 ss.

VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008.

VILLATA R. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011.

VILLATA R., *Pubblici servizi. Discussione e problemi*. Milano, 2008.

VILLATA R., *Pubblica amministrazione e servizi pubblici*, in *Dir. amm.*, 3, 2003, 493 ss.

VIOLINI L., *Verso il decentramento delle politiche di Welfare*, Milano, 2011.

VIVALDI E., *I servizi sociali e le Regioni*, Torino, 2008.

ZANOBINI G., *Corso di diritto amministrativo*, vol. V., Milano, 1950.