

ELISA SCOTTI

# Servizi pubblici locali

Estratto da:

## DIGESTO

*delle Discipline Pubblicistiche*

*Aggiornamento*

\*\*\*\*\*

con la collaborazione di  
Raffaele Bifulco – Alfonso Celotto – Marco Olivetti

**UTET**  
GIURIDICA

## INDICE

|   |       |
|---|-------|
| Accordo di programma di G. TULUMELLO . . . . .  | p. 1  |
| Ambiente marino (tutela dell') di A. CROSETTI . . . . .   | » 13  |
| Astensione e ricusazione (processo costituzionale) di C. MEOLI . . . . .  | » 41  |
| Azione di classe e azione collettiva: principi costituzionali di P. MAZZINA . . . . .   | » 55  |
| Circolazione e soggiorno nell'Unione europea di F. ROSSI DAL POZZO . . . . .  | » 73  |
| Cittadinanza dell'Unione europea di B. NASCIBENE . . . . .  | » 122 |
| Codice dell'amministrazione digitale di G. COZZOLINO . . . . .  | » 150 |
| Comitati interministeriali e di ministri di D. CODUTI . . . . .   | » 171 |
| Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di R. TOMEI e V.D. SCIANCALEPORE . . . . . | » 203 |
| Diritti sociali di M. BENVENUTI . . . . .   | » 219 |
| Enti pubblici territoriali di G.C. DE MARTIN . . . . .  | » 290 |
| Eutanasia (dir. cost.) di A. D'ALOIA . . . . .  | » 300 |
| Federalismo fiscale (dir. cost.) di V. SATTA . . . . .  | » 350 |
| Foro delle società (dir. intern. priv.) di F. MOSCONI e C. CAMPIGLIO . . . . .  | » 366 |
| Fraternità (principio di) di F. PIZZOLATO . . . . .   | » 378 |
| Giudizio in via d'azione di A. PERTICI . . . . .  | » 403 |
| Lobbies di G. MACRÌ . . . . .   | » 471 |
| Parlamenti nazionali nell'Unione europea di M. OLIVETTI . . . . .   | » 485 |
| Posta elettronica certificata (PEC) di A. BARLETTA . . . . .  | » 572 |
| Programmi di clemenza nel diritto della concorrenza di P. ZIOTTI . . . . .  | » 575 |
| Reato ministeriale di M. BELLACOSA e A. CELOTTO . . . . .   | » 596 |
| Servizi in rete della pubblica amministrazione di G. CAMMAROTA . . . . .  | » 616 |

INDICE

III

|  |       |
|--|-------|
| Servizi pubblici locali di E. SCOTTI . . . . . | » 629 |
| Sovranità di A. MATTIONI . . . . .             | » 655 |



## Servizi pubblici locali

**Bibliografia** (1): AA.VV., *Celebrazione del cinquantenario della municipalizzazione*, Atti del Convegno di studi, Roma, 1954; AA.VV., *Atti del Convegno di studi sulle aziende municipalizzate*, Passo della Mendola, 1957; AA.VV., *Municipalizzazioni e servizi pubblici*, Roma, 1961; AA.VV., *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Pericu-Romano-Spagnuolo Vigorita, Milano, 1995; AA.VV., *La S.p.a. per la gestione dei servizi pubblici locali*, Rimini, 1995; AA.VV., *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna, 21/23-9-1995, Milano, 1997; AA.VV., *Servizi pubblici locali verso il mercato*, Roma, 1998; AA.VV., *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di Falcon, Padova, 2005; AA.VV., *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali*, a cura di Ammannati-Di Porto, Milano, 2007; AICARDI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, ReGLoc, 1992, 121; AMMANNATI, *Sulla inattuabilità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, GDAm, 2004, 906; AMMANNATI-DI PORTO, «Azienda municipalizzata», in *D.I.*, XIII, Torino, 1997, 657 ss.; BARTOLINI, *Società di gestione dei servizi pubblici locali tra art. 13 del "decreto Bersani" ed art. 23 bis del D.L. 112/2008*, UA, 2009, 6, 742; BENVENUTI, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, DR, 2002, 331; BERCELLI, *Servizi pubblici locali tra disciplina generale e discipline di settore*, RTAp, 2003, 742; BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003; BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; ID., *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969; BIANCO-SESTITO (a cura di), *I servizi pubblici locali: liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, 2010; BILANCIA, *La riforma dei servizi pubblici locali nell'ottica della sussidiarietà orizzontale*, NonProfit, 2000, 2, 15; BOITEAU, *Il concetto comunitario di servizio pubblico e servizi pubblici locali*, in *Probl. Amm. Pubbl.*, 1997, 349; BOMBOL, *Codice della municipalizzazione*, Roma, 1979; BONURA-CASSANO (a cura di), *L'affidamento e la gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, Torino, 2011, 119; BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di Orlando, Milano, 1908, II, 62; BOZZI, «Municipalizzazione dei pubblici servizi», in *Enc. dir.*, Milano, 1977, 363; CAIA, «Municipalizzazione dei servizi pubblici», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990; ID., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, FA, 1991, 3167; ID., *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, ReGLoc, 1992, 12; ID. (a cura di), *I servizi pubblici locali. Evoluzioni e prospettive*, Rimini, 1995; ID., *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzarolli-Pericu-Romano-Roversi Monaco-Scoca, Bologna, 2005, II, 131; ID., *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 515; CAIA-GIUPPONI-MORRONE (a cura di), *Quale ordinamento per gli enti locali? Organizzazione, servizi pubblici e federalismo fiscale*, Bologna, 2009; CALABRÒ-TORCHIA, *Conflitti di interesse e meccanismi di governance nelle local public utilities italiane*, BIS, 2011, 105; CAMERA-MAGNANI, *Commento alla legge 29 marzo 1903 n. 103 sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni*, Rocca S. Casciano, 1903; CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica*, Rimini, 1989; ID., *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, Re, 1992, 7; ID., *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, RTAp, 2003, 517; ID., *Concorrenza per il*

*mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di Bruti Liberati-Donati, Torino, 2010, 149; CAMMELLI-DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008; CAMMELLI-ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999; CAMMEO, *I monopoli comunali*, AG, 1895, 296; CANADA BARTOLI, *Degli atti di gara del concessionario di sola costruzione*, FA, 1991, 929; ID., *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, GI, 1995, I, 493; CAPANTINI, *Contratto di servizio ed affidamenti in house*, RiDPC, 2004, 801; CARANTA, *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenza tra Stato e Regioni*, GDAm, 2006, 1203; ID., *Dodo, Rondine o Fenice: quale futuro per l'in house?*, UA, 2007, 1486; CARASSAI, *L'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni, delle Province e dei Consorzi: trattato teorico-pratico*, Como, 1952; CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; CASSESE, *I servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, Roma, 1969; ID., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, RGenel, 1998, 233; CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993; ID., *Riflessione sull'oggetto e sugli effetti giuridici della concessione di servizio pubblico*, DAmM, 1994, 113; ID., *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998; ID., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, DAmM, 2000, 1, 41; ID., *Il modulo «derogatorio»: in autoproduzione o in house providing*, in *L'affidamento e la gestione di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di Bonura-Cassano, Torino, 2011, 119; CAVALLO PERIN-CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, DAmM, 2006, 51; CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, FA Tar, 2006, 1161; CLARICH, *Le società miste a capitale pubblico e privato tra affidamenti 'in house' e concorrenza per il mercato*, CorG, 2007, 893; ID., *Liberalizzazioni e servizi pubblici locali: riforme alla ricerca di un vero consenso*, GDir, 2008, 3, 11; COLOMBARI, *Caratteri della gestione societaria dei servizi pubblici locali (in attesa della riforma di settore)*, DEc, 1999, 95; ID., *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23-bis del d. legge n. 112/2008*, GAm, 2008, 4, 353; CORSO, *La gestione dei servizi locali tra 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; ID., *I servizi pubblici locali*, RG quadrim. serv. pubbl., 2002, 7; COSTI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, GCo, 1998, 798; DE LEONARDIS, *Commento all'art. 33, Giurisdizione esclusiva in materia di servizi pubblici*, in *Codice ipertuale della giustizia amministrativa*, a cura di Battini-Mattarella-Sandulli-Vesperini, Torino, 2007, 1617; DE MINICO, *La società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22, lett. e), l. 8 giugno 1990, n. 142*, FA, 1994, 1666; DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, DPCE, 2006, 803; DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di Orlando, VI, Milano, 1923, 823; ID., *In tema di azionariato comunale*, in *Studi in onore di Silvio Lessona*, Bologna, 1963, I, 246; DE VINCENTI-SPADONI, *La costruzione del mercato dei servizi pubblici locali*, MCR, 2000, 655; DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali fra diritto amministrativo e diritto privato*, DAmM, 2002, 311; DI GASPARE, *I servizi pubblici locali verso il mercato*, DPb, 1999, 797; ID., *L'impresa pubblica locale nel diritto comunitario e nazionale*, EDT, 2000, 3, 10, 35; ID., *Il servizio pubblico tra teoria e storia*, EDT, 2005, 441; ID., *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Padova, 2001; DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali*, RTAp, 1996, 229; ID., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Quad. GDAm, Milano, 2001, 3; ID., *L'affidamento diretto di servizi a società con partecipazione pubblica locale minima*, GDA, 2001, 1127; ID., *I servizi pubblici degli enti locali*, GDAm, 2002, 218; ID., *Il servizio pubblico locale: incertezze qualificatorie e tipicità delle forme di gestione*, GDAm, 2002, 21; ID., *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, RTAp, 2003, 519; ID., *I servizi pubblici locali*, in CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2581; ID., *Il servizio*

pubblico locale: realtà e virtualità nei criteri di classificazione, *GDAm*, 2003, 929; ID., *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, a cura di Mastragostino Torino, 2011, 55; ID., *La disciplina dei servizi pubblici locali*, *GDAm*, 2004, 121; ID., *La concorrenza e la extraterritorialità nell'azione delle società a partecipazione pubblica locale*, *GDAm*, 2005, 1054; ID., *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, *RTAp*, 2010, 41; DUGATO-PIPERATA, *La gestione dei servizi pubblici attraverso società holding*, *RTAp*, 2001, 299; EINAUDI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, in ID., *Cronache economiche e politiche di un trentennio*, Torino, 1964, 478; FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005; FENWIC-HARROP, *Servizi pubblici locali nel Regno Unito. Privatizzazione e concorrenza*, *DEc*, 2000, 53; G.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, *DPCE*, 2004, 4, 1871; FONDERICO, *La formazione dei monopoli comunali in Francia*, *Munus*, 2011, 469; FRACCHIA, «Imprese pubbliche regionali e locali», in *Enc. giur.*, Agg., Roma, 2008; ID., *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, *FI*, 2011, V, 106; FRASCARA, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, *Nuova Antologia*, 1902, 491; GAFFURI, *Brevi considerazioni sulla riconducibilità delle società miste nella categoria degli organismi di diritto pubblico*, *DPrA*, 2000, 255; GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, *RiDPC*, 2007, 17; ID., *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, *DS*, 2007, 367; GALLUCCI, «Servizi pubblici locali», in *Enc. giur.*, XXVIII, Roma, 1999; ID., «Servizi pubblici locali (postilla di aggiornamento)», *Enc. giur.*, Roma, 2004; GIAMPAOLINO, *La costituzione delle società a partecipazione pubblica locale per la gestione dei servizi pubblici e l'autonomia privata degli enti pubblici territoriali*, *GCo*, 1995, 998; ID., *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali: problemi di concorrenza e profili istituzionali*, *RTAp*, 1999, 7; GIANNELLI, *Né stato né mercato. La depubblicizzazione dei servizi locali in Italia*, *RIPol*, 2010, 115; GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con riguardo particolare alle aziende*, *RAM*, 1953, 617; ID. (a cura di), *L'ordinamento comunale e provinciale*, Atti del congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione, Vicenza, 1967; ID., *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in *Statistica e pubblica amministrazione. II. I servizi pubblici*, a cura di Perez, Milano, 1985, 3; GIGLIIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, *DAmM*, 2005, XIII, 2, 353; ID., *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, 2008; GOISIS, *I limiti all'attività extra moenia delle società miste locali. Qualche riflessione critica anche alla luce del diritto comunitario*, *DPrA*, 2001, 560; GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, *RiDPC*, 2001, 1461; ID., *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti «in house»: ampliamento o limitazione della concorrenza?*, *RiDPC*, 2005, 61; IAIONE, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2007; IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Torino, 2005; LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, *DAmM*, 1995, 275; MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008; MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. «affidamenti in-house»*, *RiDPC*, 2004, 945; MARCHIANÒ, *I servizi pubblici locali e il mercato*, Milano, 2001; MARCOU, *Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence*, *RFD adm.*, 1995, 462; ID., *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca*, *RiDPC*, 2000, 125; MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997; MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997, 49; ID., *Società a partecipazione pubblica minoritaria per l'esercizio dei pubblici servizi locali e disciplina mediante regolamento*, *RDCo*, 1997, I, 371; ID., *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, *Munus*, 2011, 143; MASSERA, *Diritti degli utenti e regolazione della concorrenza: le carte dei servizi e le autorità indipendenti*, in *Le responsabilità pubbliche*, a cura di Sorace, Padova, 1998, 40; ID. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale ed ordinamento comunitario*, Pisa, 2004; ID., *L'in house providing: una questione da definire*, *GDAm*, 2004, 849; ID., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, *RiDPC*, 2005, 1201; MAZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987; ID., *Il nuovo assetto dei servizi pubblici locali*, Rimini, 2002; MELE (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*, Milano, 2003; MERLONI, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, *RGQPS*, 2002, 20; ID., *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 623; MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, *QR*, 1985, 49; ID., *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, *DAmM*, 2004, 37; ID., *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, *NA*, 2009, 307; ID., *La tormentata via della concorrenza nei servizi pubblici locali*, *Munus*, 2011, 413; MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei servizi pubblici. Legge e regolamento riguardanti l'assunzione diretta dei servizi municipali*, Milano, 1905; MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902; MORELLI, *La municipalizzazione dei servizi pubblici*, Torino, 1901; NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, *RGQPS*, 2002, 2-3, 25; ID., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; ID., *Servizi pubblici*, in *Diz. Cassese*, Milano, 2006; NICOLETTI, *I servizi pubblici locali gestiti in economia*, *ReGLoc*, 1992, 71; NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica come servizio pubblico*, *RTDP*, 1957, 118; NIUTTA-POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, *RDCo*, 1999, 477; NUZZI, *Concorrenza e servizi pubblici locali: principi comunitari e spunti problematici nella prospettiva della riforma del capo VII della legge 8 giugno 1990, n. 142*, *DCoI*, 2000, 615; OTTAVIANO, *Le società miste per i servizi locali*, in *Società miste per i servizi locali*, Atti del Convegno di Messina 22/23-11-1996, Milano, 1999, 5; PALLOTTINO, *Gli appalti nei servizi pubblici locali*, *RGE*, 1991, 11; PARISIO, *La gestione dei servizi pubblici locali: tradizione ed innovazione nel quadro della collaborazione pubblico-privato*, *GC*, 1993, II, 495; PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, *DAmM*, 2002, 575; ID., *La liberalizzazione del servizio pubblico locale, profili problematici*, *RGQPS*, 2002, 39; ID., *Miti e realtà nella disciplina dei servizi pubblici locali*, *DAmM*, 2006, 387; ID., *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum e il piacere dell'autonomia locale*, *UA*, 2011, 906; PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico: l'impresa di gestione di servizi pubblici locali*, Milano, 2001; PICOZZA, *Le prospettive dei servizi pubblici locali nell'ambito del nuovo ordinamento delle autonomie*, in *AA.VV.*, *Gli enti locali alla luce delle recenti riforme: studi giuridici in memoria di Domenico Santelia*, Firenze, 1993, 114; PIERANTONI, *Aziende municipalizzate - Comuni e diritti dei terzi*, Roma, 1906; PIEROBON, *Il contratto di servizio tra le Amministrazioni locali e il soggetto gestore nei servizi pubblici locali*, *DR*, 2000, 857; PIGNATARO, *I servizi pubblici locali nel nuovo sistema delle autonomie*, Padova, 2004; PINELLI, *Mercati, amministrazione e autonomie territoriali*, Torino, 1999; PIOGGIA, *Servizi pubblici e autonomia locale: i limiti del diritto interno e del diritto comunitario*, in *RGQPS*, 1999, 103; ID., *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio: i limiti e requisiti dell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'ente locale*, *QP*, 1998, 175; PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; ID., *Servizi pubblici locali*, in *Diz. Cassese*, Milano, 2006; ID., *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di Cammel-

li-Dugato, Torino, 2008, 291; ID., *I servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato*, Munus, 2001, 33; PIRAS, *La municipalizzazione (problemi delle municipalizzazioni)*, in *I Comuni*, a cura di Giannini, in Atti del congresso celebrativo del centenario, cit., Vicenza, 1967, 357; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994; ID., *Sulla compatibilità della società per azioni a partecipazione comunale con l'ordinamento comunitario*, RiDPC, 1994, 1217; PISCHEL, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi, domani*, Roma, 1965; ID., *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972; POLICE, *La nozione di servizio pubblico locale tra limiti territoriali e principio di sussidiarietà*, *QP*, 1998, 69; ID., *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, *DAmM*, 2007, 79; ID., *Sulla nozione di servizio pubblico locale*, in *I pubblici servizi*, a cura di Mangiameli, Torino, 2008, 65; POLICE-GIULIETTI, *Servizi pubblici, servizi sociali e mercato: un difficile equilibrio*, *SPAp*, 2004, 831; POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, *DAmM*, 1994, 234; A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987, 197; ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, *ReGLoc*, 1992, 1-2, 85; ID., *Monopoli pubblici e abuso di posizione dominante*, *RiDPC*, 1992, 1322; ID., *Il contratto di servizio*, *DT*, 1998, 613; G. ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, *RTDP*, 1970, 237; ID., *Profili contrattuali e fiscali nella prestazione di servizi pubblici. Il limite delle "idee chiare e distinte"*, *FA CdS*, 2010, 463; P. ROSSI, *Liberalizzazione dei servizi pubblici locali e Antitrust*, Milano, 2003; RUGGE, *All'origine dell'impresa pubblica: l'esordio della municipalizzazione*, in *Amministrare*, 1986, 231; SAN MAURO, *Il servizio pubblico locale: strumenti, organizzazione, gestione*, 2004, Roma; SANDULLI, *La tutela giurisdizione nelle «controversie in materia di pubblici servizi»*, *RiDPC*, 2001, 791; ID., *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, *RiDPC*, 2005, 167; SANTI ROMANO, *Il Comune*, in *Primo trattato di diritto amministrativo*, a cura di Orlando, Milano, II, 1908 ora in *Gli scritti del Trattato Orlando*, Milano, 2003; SANVITI, *La Carta dei servizi pubblici*, *ReGLoc*, 1994, 721; ID., (a cura di), *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Bologna, 1995; ID., *Le autorità di regolazione dei servizi locali di pubblica utilità*, *EP*, 1997, 3, suppl., 117; ID., *Le privatizzazioni nell'ambito dei servizi pubblici locali*, *DEC*, 1999, 3, 675; SCOCA, *La concessione e gli altri strumenti di gestione dei servizi pubblici*, in *La concessione di servizi pubblici*, a cura di Turco Liveri, Rimini, 1988, 26; SCOTTI, *Società miste, legittimazione extraterritoriale e capacità imprenditoriale: orientamenti giurisprudenziali e soluzioni legislative al confronto*, *RiDPC*, 2002, 777; ID., *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, *DAmM*, 2005, 915; ID., *Servizi pubblici locali e ordinamento comunitario*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di Mangiameli, Torino, 2008; SEVERINO, *La questione extraterritoriale in Germania: ammissibilità e limiti dell'attività industriale esercitata dai Comuni fuori del proprio territorio*, *SPAp*, 2004, 41; SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, *EP*, 1993, 11; ID., *Il giovane Cammeo e i servizi pubblici*, *Quad. fiorentini*, 1993, 511; ID., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, *RiDPC*, 1997, 51; SORACE-MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, *DAmM*, 1996, 615; SOSAWAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 2002; TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi «a rete»*, Milano, 2007; ID., *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, *Munus*, 2011, 69; TRAINA, *I servizi pubblici locali in Francia*, *DPCE*, 2001, 2, 879; TRAVI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria 2002)*, *NLCC*, 2003; ID., *Servizi pubblici e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di Falcon, Padova, 2005; TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, *Am*, 2010, 349; TROCCOLI, *Le aziende municipalizzate*, Firenze, 1963; ID., «Municipalizzazione dei pubblici servizi», in *NN.D.I.*, X,

Torino, 1964, 991; URSI, *Le Società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, *DAmM*, 2005, 179; ID., *Anatomia di un ossimoro: «in house providing» e concorrenza nei servizi pubblici locali*, *FI*, 2007, III, 226; VACCHELLI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, *Nuova Antologia*, 1902, 471; VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; VASQUES, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999; VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, *Re*, 2002, 1091; ID., *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, in *Commenti al T.U. sull'ordinamento delle autonomie locali*, a cura di Vandelli, Rimini, 2004; VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 1999; ID. (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011; WOLLMANN-MARCOU (a cura di), *The Provision of Public Services in Europe: Between State, Local Government and Market*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2010; ZITO, *I riparti di competenza in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, *DAmM*, 2003, 387; ZUCCHETTI, *L'attuale sistema dei servizi pubblici locali. Il controllo sulle società a totale capitale pubblico*, *NR*, 2004, 1449; ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973.

**Legislazione:** si rinvia al testo.

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Nozione. Analisi del concetto. – 3. (*Segue*). Crisi e rinascita del concetto. – 4. (*Segue*). Servizi pubblici economici e non. – 5. Le competenze. Servizi pubblici locali e ordinamento europeo. – 6. (*Segue*). I servizi pubblici locali tra Stato, Regioni ed enti locali. – 7. (*Segue*). Servizi pubblici locali tra funzioni politiche e di regolazione. – 8. (*Segue*). Servizi pubblici locali tra sussidiarietà orizzontale e democrazia partecipativa. – 9. L'evoluzione del quadro normativo. Premessa. – 10. (*Segue*). Il percorso: dalla municipalizzazione alla legge n. 142/1990. – 11. (*Segue*). L'introduzione della concorrenza. – 12. (*Segue*). Le vicende normative: la riforma del 2001 e le invarianti della disciplina dei servizi pubblici locali. – 13. (*Segue*). La disciplina "instabile". – 14. I principi dei servizi pubblici locali. L'universalità. – 15. (*Segue*). Il principio di concorrenza e le sue declinazioni. L'organizzazione dei servizi pubblici locali. – 16. (*Segue*). Concorrenza e diritti speciali ed esclusivi. – 17. (*Segue*). Concorrenza e finanziamento dei servizi pubblici locali. – 18. (*Segue*). Concorrenza ed istituzione del servizio pubblico locale. – 19. Considerazioni di sintesi.

(1) La bibliografia non tiene conto delle molte, pur autorevoli e significative, note a sentenza.

## 1. Premessa.

I servizi pubblici locali incontrano oggi istanze contrapposte: aprire i mercati alla concorrenza e alla libera iniziativa, anche sociale, dei privati; tutelare gli utenti e garantire l'universalità dei servizi; organizzare servizi efficienti e di qualità elevata; contenere la spesa pubblica; assicurare, specie in corrispondenza di diritti fondamentali, livelli minimi di prestazioni uniformi sul territorio nazionale ed europeo e nel contempo rispettare le specificità e le autonomie locali; aprirsi a nuovi modelli di democrazia partecipativa, fondati sul coinvolgimento dei cittadini nei processi decisionali pubblici e nella gestione delle attività di interesse generale.

La ricerca di un equilibrio tra tali diverse istanze costituisce l'attuale condizione, non solo italiana, del servizio pubblico locale e definisce la cifra della sua instabilità, in termini di transizione verso un approdo ancora non ben delineato (2).

Ogni aspetto dei servizi pubblici locali sembra risen-

tirne: problematico diviene sia il problema concettuale sia la definizione delle competenze, normative e amministrative, sia l'individuazione di un regime giuridico comune all'intera categoria che, di là dalle discipline di settore, varchi la soglia dei *principi* (3). In questo quadro, la dialettica più stringente è senz'altro data dalla contrapposizione tra concorrenza – mercato – liberalizzazioni, da un lato, e interessi generali – accessibilità – universalità dei servizi dall'altro (4). Essa si rinviene sia sul piano, oggettivo, degli interessi e del regime giuridico sia su quello, soggettivo, del rapporto tra i diversi enti dotati di competenze in materia.

È nel quadro di tale dialettica che si tenterà di delineare il profilo dei servizi pubblici locali.

Il quale non sembra peraltro costituire un insieme omogeneo, né territorialmente né tipologicamente. Come segnalato, infatti, in relazione ai servizi “maggiori” o “grandi servizi”, tendenzialmente identificabili con i servizi a rete (energia, acqua, rifiuti, trasporti), si assiste, ormai da tempo, all'affermazione di baricentri centralistici, espressi da specifiche discipline di settore per lo più di matrice europea e da un'intensa applicazione delle regole di concorrenza (5). Da cui deriva lo stemperarsi del carattere locale, in un quadro più ampio di competenze e di relative responsabilità.

Mantengono invece carattere pienamente locale i servizi locali minori e quelli sociali, che presentano limitate incidenze sul mercato interno: i quali appaiono afferire ad un'area di più spiccata autonomia locale e di più attenuata applicazione dei principi di concorrenza; ancorché nell'ultimo decennio si sia tentato di omologarli ai grandi servizi attraverso una disciplina generale che ha fatto una rigorosa e indifferenziata applicazione dei principi di concorrenza a tutti i servizi locali; e ancorché, anche per essi, si intraveda una linea di tendenza alla creazione di “mercati rilevanti”, attraverso la formazione di bacini ottimali e il superamento della dimensione municipale (6).

ziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio», di norma non inferiori al territorio provinciale (così dispone l'art. 3 bis d.l. n. 138/2011, conv. con mod. dalla legge n. 148/2011, tutt'ora vigente). Sulla questione dei mercati rilevanti nei servizi pubblici locali v. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, DAmM, 2004; TRAVI, *Servizi*, cit.

## 2. Nozione. Analisi del concetto.

Non semplice è individuare una nozione condivisa di servizio pubblico locale.

Le difficoltà attengono, in primo luogo, al più generale concetto, tutt'ora controverso, di servizio pubblico; cui si congiunge, a complicare il problema, il suo carattere *locale*, che conduce al ruolo degli enti locali nella soddisfazione dei bisogni dei cittadini e nell'organizzazione dei corrispondenti servizi pubblici (7), sempre più stretto dalle sovrastanti politiche del mercato e della concorrenza (8).

Al riguardo, il diritto positivo non offre risposte: mancano sia un'espressa e generale definizione (9) sia l'individuazione delle attività qualificabili come servizi pubblici locali. Vano e mai reiterato è stato infatti il tentativo di inizio novecento di tipizzarle in un elenco (10), immediatamente ritenuto di mera esemplificazione e non in grado di comprimere la sfera dell'autonomia locale, ad oggi peraltro costituzionalmente garantita.

Quanto alle elaborazioni teoriche, come noto, il generale percorso di identificazione del servizio pubblico si è a lungo snodato intorno alla dialettica tra concezione soggettiva, fondata sul legame, variamente inteso, dei servizi con l'ente pubblico di riferimento, e concezione oggettiva, fondata sulle caratteristiche di doverosità intrinseca dei servizi (11). Tuttavia, di per sé considerate, né l'una né l'altra concezione, sono state in grado di inquadrare il fenomeno nella sua complessità.

Non la teoria soggettiva che, nelle sue formulazioni originarie, ha ricondotto al pubblico servizio tutte le attività, diverse dalle funzioni, svolte, direttamente o indirettamente, dai soggetti pubblici (12). Tale teoria non è stata infatti in grado di distinguere il pubblico servizio dalle attività imprenditoriali pubbliche.

Per parte sua la teoria oggettiva, che ha avuto l'importante merito di evidenziare l'esistenza di caratteristiche intrinseche dei servizi, siano essi gestiti da soggetti pubblici o privati, nell'identificare il servizio pubblico in ogni «attività economica di cui la legge abbia determinato programmi e controlli per indirizzarla e coordinarla a fini sociali», ha offerto un criterio di latitudine tale da non distinguere il pubblico servizio dalle attività imprenditoriali private (13).

La più valida soluzione al problema definitorio è senz'altro derivata dall'aver superato l'antitesi tra nozione oggettiva e soggettiva (14); e dall'aver rappresentato il servizio quale necessaria intersezione di

(2) Per un'indagine comparata, WOLLMANN-MARCOU (a cura di), *The Provision of Public Services in Europe: Between State, Local Government and Market*, Cheltenham, UK-Northampton, MA, USA, 2010.

(3) Su cui si v. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, DAmM, 2000, 1.

(4) Per un inquadramento sistematico di tale dialettica, A. ROMANO, *Il cittadino e la pubblica amministrazione*, in *Il diritto amministrativo degli anni '80*, Milano, 1987.

(5) TRAVI, *Servizi pubblici e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di Falcon, Padova, 2005.

(6) Tale tendenza si è oggi tradotta nell'espresso obbligo di creare, per tutti i servizi locali, ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei «tali da consentire economie di scala e di differen-



una oggettiva doverosità e di un necessario risvolto soggettivo pubblico: la *titolarità* pubblica del servizio e, cioè, il suo legame con un soggetto pubblico garante nei confronti dell'utenza della prestazione dei servizi (15).

Il titolare del servizio (16) non ne è dunque il gestore: titolare del servizio è innanzitutto colui che istituisce il servizio; che, nel contempo, ne definisce il "programma" (17) e, cioè, il livello e le modalità delle prestazioni da rendere ai cittadini; che definisce le forme organizzative del servizio; che affida l'incarico di rendere il servizio al gestore; e che, infine, garantisce l'attuazione del programma di servizio da parte del gestore, pubblico o, come sempre più frequentemente accade, privato, con poteri di controllo, di revoca e sanzionatori. Ovviamente nei limiti in cui tali scelte non siano già compiute a livello normativo, come sempre più di frequente accade non solo per i servizi pubblici nazionali, ma anche per quelli locali di rilevanza nazionale, che definiscono quei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, evocati dall'art. 117, 2° co. lett. m), Cost.: si pensi ad es. alla distribuzione dell'energia elettrica e del gas naturale, al servizio idrico integrato, alla gestione dei rifiuti urbani o al trasporto pubblico locale.

La titolarità del servizio costituisce dunque una funzione pubblica, lato sensu politica, che implica interpretare i bisogni della collettività e definire quali di essi siano meritevoli di soddisfazione e come. Il titolare del servizio è pertanto un soggetto necessariamente pubblico e democraticamente legittimato, eventualmente affiancato da autorità indipendenti o semi-indipendenti per gli aspetti regolatori, puramente esecutivi e tecnicamente complessi o inerenti alla tutela, alla creazione ovvero alla simulazione di mercati concorrenziali (18).

Fulcro della garanzia dei servizi locali è, pertanto, l'ente locale, per il quale tale dimensione si riporta, sul piano storico e, dunque, anche razionale, alle radici istituzionali del suo rapporto con la collettività locale (19). Chiaramente nella misura in cui le scelte relative ai servizi sono attratte a livello ultralocale (statale o anche europeo) si determina una situazione di contitolarità dei servizi, di condivisione, cioè, degli obiettivi di interesse generale ad essi intrinseci e delle relative responsabilità.

In questo quadro la gestione del servizio viene definitivamente scissa dalla sua titolarità e sganciata dall'idea di una necessaria pubblicità soggettiva. Essa attiene infatti «all'erogazione del servizio e all'adozione delle concrete scelte operative (...) che sono più direttamente condizionate da fattori di carattere economico» (20) e, laddove svolta da privati, dalla finalità lucrativa: sul piano estrinseco essa è cioè assimilabile alle comuni attività imprenditoriali o sociali.

Ma, in ragione della sua oggettiva doverosità, insuperabile è il collegamento della gestione con il soggetto pubblico *titolare* del servizio: in termini di sottoposizione ai suoi poteri, lato sensu regolatori, e di specifica esecuzione del *programma di servizio* definito dal titolare medesimo.

Oggettiva funzionalizzazione delle attività rispetto ad interessi generali e titolarità pubblica del servizio, in termini di garanzia e di responsabilità, costituiscono, dunque, secondo la chiave di lettura proposta, i cardini concettuali del pubblico servizio.

Il quale può rappresentarsi in via definitoria come «quella prestazione che il potere pubblico (locale, nel caso) ritiene debba essere messa a disposizione dei cittadini, in adempimento di uno specifico obbligo costituzionale o in attuazione di una autonoma scelta politica dell'istituzione rappresentativa della popolazione di riferimento» (21).

Si delinea così l'afferenza del servizio pubblico, quale sintesi di un'attività gestoria e di un'attività regolatoria, all'ordinamento amministrativo (22), alla sua organizzazione (23), ai suoi principi, alla sua giurisdizione (24). E, per converso, l'esclusione del servizio pubblico, quale attività volta a dare esecuzione ad un incarico pubblico, dall'ambito dell'autonomia privata libera e della capacità di diritto comune; anche se non dal diritto privato, talora applicato quale più consona strumento di organizzazione delle attività economiche, pur se profondamente alterato dalla doverosità che connota i servizi pubblici (25).

(7) Per la valorizzazione di tale ruolo si v. le sempre attuali pagine di SANTI ROMANO, *Il Comune*, in *Primo trattato di diritto amministrativo*, a cura di Orlando, Milano, II, 1908 ora in *Gli scritti del Trattato Orlando*, Milano, 2003 su cui A. ROMANO, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Presentazione, Milano, 2003, e di BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di Orlando, Milano, 1908, II; e, nel sistema costituzionale del 1948, PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali*, Milano, 1978; BOMBOI, *Codice della municipalizzazione*, Roma, 1979; BERTI, *Caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969; PUBUSA, *Sovranità popolare e autonomie locali nell'ordinamento costituzionale italiano*, Milano, 1983; il ruolo delle autonomie, a seguito della riforma del Titolo V, parte II Cost., operata con la l. Cost. n. 3/2001, non è più in discussione; per tutti, PIZZETTI, *Il sistema costituzionale delle autonomie locali (tra problemi ricostruttivi e problemi attuativi)*, Re, 2005, 49, e, per le ricadute di tale riforma sul sistema dei servizi pubblici locali, PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005.

(8) CAVALLO PERIN-CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, DAmM, 2006.

(9) Non può considerarsi tale il riferimento, generalissimo, contenuto nell'art. 112 d.lg. n. 267/2000 ai «servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali». Sul punto v., con riguardo all'omologa norma contenuta nell'art. 22 legge n. 142/90, CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Napoli, 1993.

(10) Si tratta delle diciannove attività enunciate dall'art. 1, l. 29-

3-1903, n. 103; sulla vicenda della municipalizzazione, per tutti, MERUSI, *Cent'anni*, cit. Effettivamente un ulteriore tentativo di tipizzazione potrebbe individuarsi nel mai attuato art. 35, 16° co., legge n. 448/2011 che rimetteva alla potestà regolamentare attuativa del Governo anche di individuare i servizi pubblici di rilevanza industriale. Al riguardo, TRAVI, *Note introduttive*, in *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria 2002)*, a cura di Travi, *NLCC*, 2003.

(11) Per un inquadramento critico del dibattito, A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, *DAMM*, 1994.

(12) Come noto, la completa enunciazione di tale teoria si deve soprattutto a DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo italiano*, a cura di Orlando, VI, Milano, 1923; MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, *AG*, 1933; ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di Orlando, Milano, 1935.

(13) Per la compiuta formulazione della teoria oggettiva, POTTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; ma se ne v. già i prodromi in SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912; DE VALLES, *op. cit.*; VITTA, *Diritto amministrativo*, Torino, 1954; PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931; GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con riguardo particolare alle aziende*, *RAM*, 1953; VACCHELLI, *I servizi pubblici comunali e l'industria per l'illuminazione elettrica*, *RDCo*, 1906, 120 ss.

(14) A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in AA.VV., *La concessione di pubblico servizio*, a cura di Pericu-Romano-Spagnuolo Vigorita, Milano, 1995, 79; SCOCA, *La concessione*, cit.; CAVALLO PERIN, *Comuni*, cit.; MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986; SORACE, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, *RiDPC*, 1997; BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968; ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973, 20; CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzarolli-Pericu-Romano-Roversi Monaco-Scoca, Bologna, 1998; VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Milano, 1999; CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, *Re*, 1992; DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in CASSESE, *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 2581; POLICE, *Spigolature sulla nozione di "servizio pubblico locale"*, *DAMM*, 2007; ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, *ReGLoc*, 1992, 1-2.

(15) Intendono tale legame in termini organizzativi BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit.; ZUELLI, *op. cit.*, 20; CAIA, *La disciplina*, cit., che sottolinea il ruolo del modello organizzativo di tecnica attraverso cui si attua la garanzia delle prestazioni al pubblico e, in questa prospettiva, ne evidenzia le caratteristiche di tipicità.

(16) O provider, secondo altra terminologia per la quale SORACE, *Pubblico*, cit.

(17) Per la nozione di "programma di servizio" v. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, 1998.

(18) A. ROMANO, *La concessione*, cit., mette in rilievo, per i servizi pubblici nazionali e per quelli obbligatori degli enti locali, la forma della istituzione è quella legislativa, legata alla valutazione politica con cui lo Stato esprime il ruolo che si impone di svolgere nell'attuazione dei principi di solidarietà e di uguaglianza; STELLA RICHTER, *Dall'ente pubblico all'ente a legittimazione democratica necessaria*, *FA C. St.*, 2002 mette chiaramente in evidenza come «il momento non della semplice erogazione di un servizio alla collettività, ma della individuazione delle priorità e delle scelte relative alla distribuzione delle risorse per attuare la cura degli interessi pubblici, deve essere necessariamente affidato a soggetti che siano in qualche modo espressione della sovranità» (3001).

(19) MARINO, *op. cit.*; CAVALLO PERIN, *Comuni*, cit.

(20) A. ROMANO, *La concessione*, cit.

(21) MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, *Munus*, 2011.

(22) A. ROMANO, *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato, Milano, 1983, 95 ss.; ID., *Diritto soggettivo, interesse legittimo e assetto costituzionale*, *FI*, 1980, V, 258 ss.

(23) Pongono l'accento sul profilo organizzativo in particolare BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit.; CAMMELLI, *I servizi pubblici*, cit.; CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit.; i quali ultimi pongono peraltro l'accento sul principio di tipicità dell'organizzazione anche in funzione identificativa del servizio pubblico locale secondo una chiave di lettura che si è tuttavia scontrata, da un lato, con la forte atipicità dell'organizzazione dei servizi pubblici locali a lungo sviluppatasi sulla base della capacità di diritto privato degli enti locali e, dall'altro, con la promiscuità delle forme da essi utilizzate nella loro azione pubblicistica e privatistica.

(24) Per i tratti di tale ordinamento v. A. ROMANO, *Interesse legittimo*, cit.

(25) G. ROSSI, *Profili contrattuali e fiscali nella prestazione di servizi pubblici. Il limite delle "idee chiare e distinte"*, *FA CdS*, 2010; CAMMELLI-ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999.

### 3. (Segue). Crisi e rinascita del concetto.

Sono, quelli ora visti, caratteri che parrebbero rinvenirsi in tutti i servizi pubblici e segnarne i limiti della nozione.

E ciò anche qualora la gestione sia affidata a soggetti privati o il servizio pubblico sia reso in contesti liberalizzati, cioè aperti alla concorrenza.

È pur vero che l'attuale tendenza a dissolvere, in generale, le categorie del *pubblico* in senso amministrativo e ridurre ai margini l'intervento della pubblica amministrazione nel campo delle attività, economiche e sociali, suscettibili di essere svolte dai privati, milita in favore di un radicale superamento del concetto e della negazione della sua essenza pubblicistica, secondo percorsi critici autorevolmente sviluppati (26).

Per parte sua il legislatore, supportato da una certa giurisprudenza nazionale, nel tentativo di affermare la primazia delle categorie economiche, svolge una sistematica opera destruens, di superamento di forme e modelli organizzativi pubblici senza svolgere una adeguata pars costruens, di definizione di modelli alternativi di tutela dei bisogni fondamentali dei cittadini che non sia la mera consegna al mercato e alle sue Autorità. E ciò nell'idea, che oggi più che mai sembra rivelarsi priva di riscontri empirici, della capacità dell'ordine economico di giungere all'equilibrio allocativo ottimale (27).

In questo contesto, per il pubblico servizio, quale attività volta a rendere prestazioni ai cittadini, sembrano perdersi le ragioni del pubblico e affermarsi quelle della riconquista di spazi da parte dell'intrapresa privata. E accanto all'idea del mercato, il nuovo approccio sembra trovare un diverso e ulteriore

sostegno nella lettura solidaristica della sussidiarietà orizzontale, da cui deriverebbe l'esigenza di riconsegnare ai privati, in una prospettiva *comunitaria* di amministrazione condivisa, la stessa titolarità dei servizi (28).

Si affermano così, sul servizio pubblico, i concetti di sussidiarietà orizzontale, di regolazione, di concorrenza, di iniziativa privata, di co-amministrazione. E si riconduce il ribaltamento di prospettiva all'ordinamento europeo e alla nuova gerarchia di valori che, mettendo in primo piano il mercato, rappresenterebbe il servizio pubblico quale nozione residuale, volta a definire un ambito eccezionale, di deroga alla disciplina della concorrenza ammissibile nelle sole ipotesi di fallimenti di mercato (29).

È questa una innegabile anche se non incontrastata linea di tendenza, che opera tuttavia non solo sul piano concettuale. È chiaro che, di là dai nomi (forse oggi da rivedersi in vista di un lessico comune europeo) (30), l'idea che i servizi pubblici siano attività private soggette esclusivamente al diritto comune e alle norme antitrust (o a regolazioni volte a supplire l'assenza di concorrenza) travolge la stessa essenza di un servizio (sia detto esso pubblico, di interesse generale, universale) correlato a bisogni essenziali (e talvolta a diritti fondamentali) dei cittadini e, per questo, oggetto di una garanzia di risultato da parte dell'apparato pubblico.

Peraltro, in un simile scenario evolutivo, anche l'approccio convenzionale al servizio pubblico, fondato sul comune riconoscimento «circa le attività da riconoscere come servizio pubblico» (31) sembra destinato a perdere la sua capacità identificativa, sia pur soltanto descrittiva.

Rispetto a questa tendenza è paradossalmente l'ordinamento europeo (la supposta forza disgregante) che ci riporta verso il servizio pubblico, pur attraverso nuove nozioni, scevre dalle diverse tradizioni nazionali che attribuiscono al termine servizio pubblico significati contrastanti e privi di qualsiasi relazione concettuale con i temi del mercato e della concorrenza.

L'ordinamento europeo fa riferimento alla nozione di *servizio di interesse generale* e a quelle – che della prima rappresentano il nucleo – di *servizio universale* e di *obblighi di servizio pubblico* (32). Nell'odierno contesto di apertura dei mercati, esse esprimono le nuove forme della doverosità dei servizi; e, pur nelle loro specificità, rivelano tratti comuni: una specifica missione di interesse generale, riflesso di una scelta politica rimessa, secondo il principio di sussidiarietà, alle istituzioni competenti; uno specifico atto di incarico; una specifica conformazione dell'attività e, cioè, un regime giuridico idoneo a garantire la soddisfazione dei bisogni generali, dato dalla previsione del servizio universale o di specifici obblighi di servizio pub-

blico (33). Di là dalla loro diversa possibile conformazione, tali nozioni segnano così il permanere, anche in sede europea, di un approccio al servizio pubblico assieme soggettivo e oggettivo e, sul piano istituzionale, ribadiscono il ruolo e la responsabilità delle istituzioni pubbliche rispetto alla promozione della coesione sociale e territoriale (34).

Di tali nozioni duplice è la forza precettiva riconosciuta dall'ordinamento europeo: in primo luogo, garanzia di elevata qualità, efficienza, continuità, uguaglianza; in via strumentale, possibile deroga alle regole di concorrenza e a quelle sugli aiuti di Stato (35).

Se esse sembrano costituire delle riedizioni del tradizionale concetto di servizio pubblico non può tuttavia negarsi una differenza fondamentale: e cioè il loro inserirsi in scenari di apertura dei mercati e di applicazione delle regole di concorrenza, fermo restando la prevalenza dei diritti sociali sulle libertà economiche. Nel diverso contesto quelle europee tendono a divenire – su un piano di puro fatto – nozioni minimali di servizio pubblico, nel senso di nozioni più circoscritte: non più estese agli interi settori ma limitate solo agli ambiti toccati dalla necessità di prevedere obblighi di servizio pubblico o universale per la soddisfazione dei bisogni d'interesse generale dei cittadini.

È dunque sul filo di tali nozioni che oggi corre la distinzione rispetto alle attività libere (imprenditoriali o meno): la via di fuga del concetto di servizio pubblico è infatti costituita per un verso dall'appalto, che ci riporta in un ambito puramente privatistico; nonché, in contesti liberalizzati, dalla libera prestazione di servizi, sottoposta a regimi amministrativi autorizzatori, preliminari rispetto all'accesso al mercato, o a regimi di controllo successivo, ma non a specifici obblighi di servizio pubblico o universale.

Su questo fronte la distinzione potrebbe apparire talora sottile, potendosi avere diversi livelli di regolazione tutti diretti a salvaguardare esigenze generali (36). Rispetto ad essi, ancorché non sia talora facile dire dove sia il servizio pubblico e dove la libera attività imprenditoriale (si prenda l'esempio dei taxi o della distribuzione di carburante), occorre tener fermo, quale fattore di discriminazione, la possibilità di individuare prestazioni garantite al cittadino secondo principi di continuità, uguaglianza e universalità (37). Di là da tale garanzia e da un correlato garante pubblico del risultato, deve senz'altro concludersi che le attività e i bisogni sono stati consegnati al mercato o alla spontanea iniziativa privata sociale e che è stata superata ogni idea di servizio pubblico.

Il che vuol dire che tali attività cessano di essere servizi pubblici. Tuttavia, in quanto inerenti a diritti fondamentali esse dovrebbero comunque rimanerci tali, quantomeno in un senso virtuale, di una dove-

rosità cioè latente, di intervento dello Stato sussidiario, atipico nelle sue forme e nelle sue gradazioni, ma non per questo meno doveroso (38).

In questi termini e rispetto agli attuali scenari, la nozione di servizio pubblico non può dunque che ripartire dal basso, cioè dai bisogni fondamentali dei cittadini e dai beni comuni. È da essi, e in una chiave di prevalenza rispetto alla tradizionale idea dei diritti finanziariamente condizionati, che sembrerebbe doversi nuovamente muovere, per rifondare le ragioni del servizio pubblico, concetto comunque sovrastante le aree di mercato in cui si collocano i bisogni fondamentali degli individui. (39)

(26) Si v. al riguardo tra i molti contributi di di MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, 63; ID., *Le leggi del mercato: innovazione comunitaria e autarchia nazionale*, Bologna, 2002 e NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005; ID., *Servizi pubblici*, in *Diz. Cassese*, Milano, 2006.

(27) Sono note le divergenze della teoria economica sul rapporto tra mercato e scelte pubbliche; per tutti v. PARISI, «Teorema di Coase»; ID., «Teorema di Arrow», entrambi in *Digesto/civ.*, XIX, Torino, 1999, 296 e 287.

(28) BENVENUTI, *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994; PASTORI, *La sussidiarietà «orizzontale» alla prova dei fatti nelle recenti riforme legislative*, in AA.VV., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, Padova, 1999, 163.

(29) In tal senso v., secondo diverse prospettive e diversi esiti, POLICE, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, cit.; SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, *DAmM.*, 2010, 1; NAPOLITANO, *Regole*, cit.; MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, *QR*, 1985.

(30) Per tutti, SORACE, *op. loc. ult. cit.*, che definisce efficacemente il pubblico servizio come «una nozione domestica con legittimazione europea».

(31) GIANNINI, *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in *Statistica e pubblica amministrazione. II. I servizi pubblici*, a cura di Perez, Milano, 1985.

(32) Sul rapporto tra tali nozioni, SORACE, *op. loc. ult. cit.*

(33) Si tratta di caratteri desumibili dall'art. 106 TFUE, (ex articolo 86 del TCE), par. 2, ai sensi del quale: «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale 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». Sul punto v. SORACE, *op. loc. ult. cit.* ove anche indicazioni sugli orientamenti della giurisprudenza europea.

(34) In funzione interpretativa delle disposizioni dei Trattati sull'Unione Europea e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea il Protocollo sui servizi d'interesse generale al Trattato di Lisbona (ora protocollo n. 26 al TFUE), premessa «l'importanza dei servizi di interesse generale», dispone che «I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare: — il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti — la diversità tra i vari servizi

di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; — un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

(35) Si ricorderà come il concetto di servizio d'interesse economico generale sia nato come nozione avente esclusivamente siffatta portata derogatoria, espressiva di un'area di inapplicabilità delle regole del TCE e di una sfera di sovranità riservata agli Stati membri. Sul punto e per la successiva parabola si consenta rinviare a SCOTTI, *Il pubblico servizio. Tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003.

(36) Per le diverse tipologie, DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002.

(37) Su cui si v. CAVALLO PERIN, *I principi*, cit.

(38) In questi termini può condividersi l'idea di MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di Brancasi, Bologna, 2003, 313, di «una scala di intensità del servizio pubblico» fermo restando che alla base vi deve essere un intervento del potere pubblico che «determina così il livello di soddisfazione dei bisogni da esso ritenuti essenziali».

(39) Sul punto si v. il monito di Cavallo Perin, che, a proposito dell'opzione circa il carattere condizionato o meno dei diritti sociali avverte come «La scelta fra le diverse ricostruzioni integra l'interpretazione della disciplina giuridica dei servizi pubblici nel nostro ordinamento, poiché pare evidente che soprattutto in periodi di crisi economico-sociale e di scarse risorse della finanza pubblica, ciò che può direttamente essere revocato in dubbio è la persistenza stessa dello «Stato sociale», di un ordinamento costituzionale fondato sul riconoscimento dei diritti sociali a fianco dei diritti di libertà, che pare caratterizzare il passaggio dalle costituzioni ottocentesche a quelle cui appartiene la Costituzione attualmente vigente nel nostro ordinamento». (CAVALLO-PERIN, *Comuni*, cit.). Per una recente critica alla tesi dei diritti condizionati, si v. AJELLO, *Dalla natura programmatica dei diritti sociali alla relativizzazione dei diritti fondamentali tout court*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2012.

#### 4. (Segue). *Servizi pubblici economici e non.*

Nell'ambito dei servizi pubblici locali una distinzione appare oggi di fondamentale importanza: quella tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza. Da essa infatti derivano, sul piano giuridico, una pluralità di conseguenze. Innanzitutto in ordine al riparto di competenze, normative e amministrative, tra Unione Europea, Stato, Regioni ed enti locali; e, poi, in relazione al regime giuridico ad essi applicabile.

Tali differenze discendono tutte da un preliminare assunto: che, mentre i servizi di rilevanza economica, salvo eccezionali deroghe, soggiacciono alla disciplina della concorrenza, tale disciplina non si applichi invece ai servizi privi di rilevanza economica.

Anzi: il regime giuridico di tali servizi, così come la loro stessa nozione, sembrano oggi delinearsi essenzialmente in negativo, come mancata applicazione delle regole del mercato.

Com'è noto e come più volte ricordato, la disciplina europea del mercato e della concorrenza si applica esclusivamente ai *servizi d'interesse economico generale*. «Le disposizioni dei Trattati lasciano impregiu-

dicata la competenza degli Stati membri a fornire, a commissionare e ad organizzare servizi di interesse generale non economico» dispone oggi inequivocabilmente il Protocollo sui servizi d'interesse generale, introdotto dal Trattato di Lisbona (40).

Anche la disciplina statale della concorrenza può riguardare esclusivamente i servizi di rilevanza economica. Si ricorda che la Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 272/2004 ha affermato che «La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come “di rilevanza economica”, (...) e non già in riferimento ai servizi “privi di rilevanza economica” (...) perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale”». Per tali servizi «ci sarà dunque spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale».

Nonostante l'importanza di siffatte conseguenze giuridiche, non semplice è individuare in concreto i servizi privi di rilevanza economica.

A livello europeo tale categoria è generalmente derivata, a contrario, dalla nozione di attività economica, che definisce l'ambito di applicazione della disciplina del Trattato in materia di concorrenza e di libertà di mercato. Il carattere dinamico ed evolutivo della sfera delle attività economiche (e non), non consente tuttavia di risolvere a priori la questione e di individuare, in astratto, quali servizi di interesse generale abbiano natura “non economica” (41).

Quanto ai criteri per procedere a tale identificazione, secondo la giurisprudenza della Corte, ai sensi della legislazione in materia di concorrenza deve essere considerata attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato da parte di un'impresa, a prescindere dallo status giuridico di detta entità, dallo scopo lucrativo e dalle modalità di finanziamento (42). Con riferimento alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento, devono essere considerate come attività economiche ai sensi del Trattato le prestazioni fornite solitamente dietro retribuzione, ancorché il servizio non sia pagato direttamente da coloro che ne beneficiano (43). Affiora poi, riguardo entrambe le discipline, un ulteriore e più rigoroso parametro, costituito dal mercato anche solo potenziale (44), che consente di escludere dal concetto di impresa unicamente le attività (anch'esse di incerta definizione) che partecipano delle prerogative dello Stato (45).

Si tenga al riguardo presente che, secondo gli orientamenti europei, i servizi privi di rilevanza economica non coincidono con i servizi sociali (comprendenti oltre ai servizi sanitari, quelli rivolti a soddisfare i bisogni primari della persona, legati a situazioni di difficoltà, all'esclusione sociale e lavorativa): alcuni

servizi sociali potrebbero essere reputati servizi economici (46).

Anzi, a questo proposito la Commissione ha di recente affermato che «la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale potrebbe essere ritenuta “un'attività economica” conformemente agli articoli 43 e 49 del trattato CE» (47).

In questo quadro, a fronte di una categoria che sembra priva di coordinate certe, occorre risolvere una preliminare questione di metodo. La categoria deve essere individuata a priori con riferimento alle astratte potenzialità economiche di un dato settore (nozione oggettiva e astratta), o in concreto con riguardo all'assetto dato nei singoli casi concreti (nozione soggettiva e concreta)?

È evidente che, secondo la prima alternativa, la nozione di attività economica finirebbe per coincidere con ogni attività inerente un *mercato attuale o potenziale* e per dar luogo ad una nozione di ampiezza e pervasività tali da cancellare del tutto la categoria dei servizi privi di rilevanza economica.

Come si è visto, la giurisprudenza europea procede talora facendo riferimento al concreto assetto dei singoli servizi e cioè alle circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, organizzato e finanziato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi all'attività e dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione; talora invece il riferimento al mercato anche solo potenziale, conduce a delimitare su base ontologica il concetto di impresa dando ad esso precedenza rispetto alle scelte relative alla organizzazione dei servizi, che ne risulterebbero condizionate.

La nostra giurisprudenza amministrativa, secondo gli orientamenti ad oggi prevalenti, procede in modo empirico guardando alle concrete modalità con cui il servizio è organizzato: può dunque parlarsi di servizio non economico solo se, in considerazione delle sue concrete modalità di svolgimento, il servizio non consente margini di lucratività ma solo la copertura dei costi – ciò che rileva soprattutto in relazione alle compensazioni effettuate dagli enti locali in favore di prestatori esterni – (48).

Si comprendono e si condividono le ragioni di tale approccio empirico: qualsiasi servizio può essere organizzato in modo economico configurando un mercato di riferimento.

È in effetti chiaro che tra servizi economici e non economici non sussistono differenze ontologiche; in entrambi i casi – e dunque anche alla base del servizio d'interesse economico generale – v'è infatti una funzione sociale, di carattere non economico e afferente di massima ad esigenze fondamentali dei cittadini; e, per converso, per qualsiasi attività esiste un

astratto mercato di riferimento e, dunque, la potenziale operatività del relativo regime giuridico (49). La caratterizzazione non economica di un dato servizio esprime pertanto, sul piano giuridico, una scelta politica intesa a dare prevalenza alle istanze sociali rispetto a quelle economiche, che si traduce in una più radicale derogabilità delle regole di concorrenza (o, meglio, nella loro integrale disapplicazione).

Consentire agli enti rappresentativi un simile margine di scelta, nell'ovvio rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, appare del resto coerente con un modello di Stato sociale che distingue tra bisogni suscettibili di essere rimessi ad un mercato (pur regolato) e bisogni che, anche se astrattamente commerciabili (si pensi alla salute), non appaiono – o, meglio, non dovrebbero apparire – sottomettibili alle logiche di mercato, potenzialmente configgenti con l'accesso uguale e universale ai servizi da parte di tutti i cittadini. E ciò sia per l'elevato costo di produzione dei servizi (50) sia per la natura del bisogno ad essi connesso che mal si presta ad essere oggetto di uno scambio.

Ciononostante, la tesi oggettiva e astratta sembra aver di recente trovato accoglimento nella nostra giurisprudenza costituzionale che ha accolto, con riferimento al servizio idrico integrato, una nozione amplissima di servizio pubblico economico, evocando la teoria del mercato anche solo potenziale. È questa una posizione tale da cancellare la stessa categoria dei servizi privi di rilevanza economica (51): se è infatti evidente che tutto teoricamente può avere un prezzo, è ancor più chiaro che un prezzo sussiste senz'altro e a maggior ragione per i servizi tesi a soddisfare i bisogni fondamentali dei cittadini.

Si assecondano in tal modo le visioni più radicali, secondo cui dovrebbe completamente superarsi l'idea di una separazione tra «il mondo economico, nel quale si può ricorrere alla mano invisibile del mercato come selettore di ottimalità anche nell'erogazione di servizi e alla regolazione come surrogato della mano invisibile» e «quello sociale, dove ci possono essere soltanto erogazioni amministrative» (52).

In linea con questa prospettiva, dovrebbe tuttavia affermarsi un approccio più ampio e complesso al servizio di interesse economico generale nel cui ambito graduare l'applicazione delle regole di concorrenza a seconda della maggiore o minore essenzialità dei bisogni generali dei cittadini (53).

Non a caso in reazione all'onnicomprendensiva espansione delle categorie economiche, estese anche ai settori più vicini ai bisogni primari dei cittadini, la volontà popolare si è di recente determinata per l'abrogazione referendaria della disciplina di “quasi necessaria” privatizzazione dei servizi pubblici locali “di rilevanza economica” (54).

(40) In questo senso si v. anche Commissione europea, nel *Libro Verde sui servizi di interesse generale* (COM-2003-270) del 21-5-2003 e, la direttiva n. 123/2006/CE, relativa ai servizi nel mercato interno, che esclude espressamente dal proprio campo di applicazione i servizi non economici d'interesse generale.

(41) Per tale precisazione si v. Commissione europea, *Libro Verde*, cit..

(42) C. Giust. CE, cause C-180/98 e C-184/98, Pavlov, e a.

(43) C. Giust. CE, C-352/85, Bond van Adverteerders.

(44) C. Giust. CE, 23-4-1991, C-41/90, Hofner e Elser; C. Giust. CE, 11-12-1997, C-55/96, Job Centre; C. Giust. CE, 22-5-2003, C-355/00, Freskot; C. Giust. CE, 5-3-2009, C-250/07, Kattner.

(45) Al riguardo cfr. C. Giust. CE, 18-3-1997, C-343/95, Diego Cali & figli S.r.l. con riferimento all'attività di sorveglianza anti-inquinamento in un porto petrolifero; per l'affermazione che «non è impresa un ente internazionale, incaricato di gestire il servizio di controllo della navigazione aerea per conto di taluni Stati» v. C. Giust. CE, 19-1-1994, C-364/92, Eurocontrol; con riguardo ai sistemi d'istruzione nazionale C. Giust. CE, 27-9-1988, C-263/86, Humbel; 7-12-1993, C-109/92, Wirth; relativamente ai regimi previdenziali obbligatori, C. Giust. CE, 22-1-2002, C-218/00, Cicala c. Inail (si ricordi il diverso punto di vista, con riguardo alla gestione di regimi pensionistici integrativi C. Giust. CE, 21-9-1999, C-67/96, Albany International BV).

(46) Su tali servizi v. Commissione Europea, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona - I servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, del 26-4-2006, Com (2006) 177 def., su cui v. CARTEI, *Servizi sociali e regole di concorrenza*, in *St. Leopoldo Mazzaroli*, a cura di Romano-Soca-Casetta, Padova, 2007, 253.

(47) Comunicazione *Attuazione del programma comunitario di Lisbona - I servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, cit. Al riguardo, per la considerazione economica dei servizi sanitari (in cui si incrociano, esigenze di mercato ed esigenze di garantire il diritto di ricevere cure sanitarie all'estero), si v., anche la Comunicazione sui servizi sanitari COM(2004) 304 def. E le sentenze della C. Giust. CE, 12-7-2001, C-157/99, Smits; 25-10-2001, C-475/1999, Firma Ambulanz Glockner c. Landkreis Sudwestfalz. Sul punto v. F. MERUSI, *La nuova*, cit., 82 il quale prefigura per i servizi sanitari, nella loro interezza, gestioni imprenditoriali.

(48) Per il rifiuto da parte del giudice amministrativo di approcci ontologici e aprioristici v., da ultimo, C. St., n. 6529/2010.

(49) Salvo forse l'eccezione dell'assistenza agli indigenti in quanto «il servizio fornito agli indigenti non può essere «comprato» per definizione» (MERUSI, *La nuova*, cit., il quale però poi finisce per ritenere che anche per tali servizi sociali sia possibile un mercato concorrenziale riconducendo l'indigenza ad un problema di cittadinanza – e, dunque, ad un dovere di acquisto da parte degli enti locali –, in quanto «un ordinamento costituzionale caratterizzato dalla cittadinanza anche economica (...) non può permettere che esistano degli indigenti perché gli indigenti non sarebbero cittadini» (Id., *ibidem*).

(50) Cfr. al riguardo MERUSI, *op. loc. ult. cit.*, il quale osserva come anche per quei servizi per i quali «il prezzo sarebbe tale da provocare una selezione degli acquirenti incompatibile con la generalità del diritto di cittadinanza» potrebbe introdursi la concorrenza ricorrendo, per assicurare il bisogno, al sistema delle assicurazioni (soluzione proposta per il campo della sanità) o alla fiscalizzazione dei costi, tramite la cartolizzazione del servizio e la restituzione al cittadino «perché lo spenda dove vuole in un mercato nel quale la pluralità di imprese siano in competizione» (soluzione proposta per i servizi scolastici).

(51) C. Cost., n. 325/2010.

(52) MERUSI, *op. loc. ult. cit.*

(53) Si v., ad es. le Comunicazioni della Commissione del 20-11-2007, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM(2007) 725 def.

(54) Si fa riferimento al referendum abrogativo del 12/13-6-2011, su cui v. *infra* par. 13.

### 5. Le competenze. Servizi pubblici locali e ordinamento europeo.

Articolato e complesso è il quadro attuale delle competenze in materia di servizi pubblici locali. Vi concorrono infatti – senza talora una chiara ripartizione di ruoli – funzioni normative, amministrative e giurisdizionali, dando luogo ad un assetto nuovo e difficilmente riconducibile ai paradigmi tradizionali.

Considerando innanzitutto i livelli regolativi “verticali”, i servizi pubblici locali rientrano nell’ambito dell’autonomia degli enti locali; sono poi oggetto di discipline nazionali, statali e regionali e, in taluni casi, di regolazioni di Autorità di settore; sono investiti da principi europei e, talora, da discipline europee; per essi affiora una rilevanza nel quadro degli accordi stipulati in sede di organizzazione mondiale del commercio sulla liberalizzazione degli scambi internazionali di beni e servizi.

La complessità di tale scenario è relativamente recente: prescindendo dall’incidenza dell’Organizzazione mondiale del commercio, dai contorni ancora non chiaramente delineati e non esplorabili in questa sede (55), è infatti noto che a livello europeo la materia dei servizi pubblici non rientra tra le competenze (né esclusive né concorrenti) originariamente attribuite alla Comunità.

La maggior parte degli interventi comunitari in materia di servizi pubblici, che ha condotto alla liberalizzazione dei principali servizi pubblici nazionali e all’individuazione di principi giuridici funzionali all’introduzione della concorrenza, si è infatti fondata sulla competenza in materia di mercato interno. E ha preso le mosse da una concezione residuale del servizio pubblico quale eccezione, limitata e marginale, all’operare delle regole di concorrenza secondo quanto previsto dal § 2 dell’art. 106 TFUE, secondo cui «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale 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».

Appartiene alla più recente fase di estensione delle competenze comunitarie oltre il mercato la concezione organica al servizio pubblico, fondata sulla sua essenza di missione di interesse generale strumentale alla soddisfazione dei bisogni essenziali dei cittadini (56). Su di essa si sono fondati, in corrispondenza di interessi generali europei, successivi interventi tesi a garantire la prestazione dei servizi ai cittadini secondo canoni di universalità.

L’Unione si è così occupata dei *servizi d’interesse economico generale* (SIEG) europei e cioè di quei servizi, alcuni dei quali (anche) locali (57), caratterizzati da una chiara dimensione comunitaria e per

questo sottoposti a specifiche discipline europee di settore. Non si è viceversa occupata, per una chiara scelta di sistema, dei servizi privi di rilevanza economica, se non in via indiretta, dando indicazioni restrittive per la loro individuazione (58).

Tale assetto, che ha di fatto dato vita ad una competenza concorrente dell’Unione in materia di servizi d’interesse economico generale, ha poi trovato un’espressa ratifica nel Trattato. L’art. 14 del TFUE (ex art. 16 TCE introdotto nel 1997 dal Trattato di Amsterdam) attribuisce infatti all’Unione un’esplicita competenza, da condividersi con gli Stati membri, in materia di servizi di interesse generale. Tale norma dispone infatti che «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, l’Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell’ambito del campo di applicazione dei Trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. 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».

Siffatta competenza concorrente si ripartisce tra Comunità, Stati, Regioni ed enti locali in base ai canoni della sussidiarietà e della differenziazione, cui si richiama espressamente il Protocollo n. 26 ai Trattati, sui *Servizi d’interesse generale*, che riconosce sia «il ruolo essenziale e l’ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicino possibile alle esigenze degli utenti» sia «la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse».

Proprio il rispetto per le competenze degli enti locali è alla base dell’approccio dell’Unione europea ai *servizi pubblici locali*. Quanto alle politiche di concorrenza, sin verso la fine degli anni ’90, si è addirittura escluso che i mercati locali potessero considerarsi “mercati rilevanti” ai fini dell’intervento della comunità (59). Oggi l’Unione riconosce l’appartenenza dei mercati dei servizi locali al mercato interno europeo e, pur riconoscendo le specificità del servizio pubblico locale, tutela tale mercato e promuove in esso l’instaurazione, ove compatibile con le missioni d’interesse generale, di un regime di concorrenza.

Non si rinviene tuttavia una disciplina europea della

concorrenza applicata ai servizi pubblici locali, né atti d'inquadramento generale. Operano per essi, con i necessari adattamenti, i principi relativi, in generale, ai servizi d'interesse economico generale individuati dalla Commissione nelle sue comunicazioni interpretative, dalla giurisprudenza europea (60) e desumibili da una lettura trasversale delle principali discipline di settore. Si riscontrano poi specifici interventi delle istituzioni europee sulla disciplina nazionale dei servizi pubblici locali (61).

Nella loro essenza di missioni d'interesse generale i servizi pubblici locali sono tendenzialmente estranei all'intervento delle istituzioni europee, e ciò in conformità ai principi di differenziazione e di sussidiarietà. La loro istituzione, il loro contenuto e la loro organizzazione rientrano nella sfera propria delle autorità locali, secondo quanto, come si è visto, prevede oggi espressamente il protocollo al TUE sui servizi di interesse generale. Salvo però che, come accade per l'energia, i trasporti, rifiuti e l'acqua, non vi siano attribuzioni settoriali, o non emergano altrimenti interessi generali europei: in tali ipotesi la disciplina europea giunge a riguardare anche, l'an e il quomodo del servizio pubblico locale (62), sia pur in maglie rispettose del principio di sussidiarietà.

(55) Sul controverso ruolo dell'OMC rispetto ai servizi pubblici v. Commissione europea, *Libro verde sui servizi d'interesse generale*, 21-3-2003 COM (2003) 270 def.; D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; SPAGNUOLO, *Globalizzazione e diritti umani. Il commercio dei servizi nella WTO*, Pisa, 2009; MASTROIANNI-ARENA, *I servizi pubblici nel GATS e nel TFUE: una radicale divergenza di impostazione?*, DCol, 2010, 27.

(56) Su tale evoluzione SORACE, *I servizi "pubblici"*, cit.

(57) Come ad es. la fornitura di energia elettrica e di gas.

(58) Sul punto cfr. par. 4.

(59) V., sul punto, C. Giust. CE, 9-9-1999, C-108/98 che, a proposito di una controversia concernente l'organizzazione da parte del Comune di Ischia del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani, ha ritenuto che «La deroga alle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, prevista all'art. 55 del Trattato (divenuto art. 45 CE), eventualmente in combinato disposto con l'art. 66 del Trattato (divenuto art. 55 CE), non si applica in una situazione nella quale gli elementi sono tutti confinati all'interno di un solo Stato membro e che, pertanto, non presenta alcun nesso con una delle situazioni considerate dal diritto comunitario nel settore della libera circolazione delle persone e dei servizi».

(60) Si pensi alle note pronunce della Corte in materia di in house providing, su cui v. CAVALLO PERIN-CASALINI, *op. cit.*

(61) Tra essi si ricordano la procedura d'infrazione 1999/2184 aperta con la costituzione in mora dell'8-11-2000 SG(2002)D/108243, riguardante prima la disciplina di cui alla legge n. 142/90 e poi quella di cui all' art. 35 legge n. 448/2001.

(62) Ne costituisce un esempio la tariffa del servizio idrico, per la quale l'art. 9 della dir. 2000/60/CE prevede che gli Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi, (ma anche delle ripercussioni sociali, ambientali ed economiche di tale recupero), e provvedono «a che le politiche dei prezzi dell'acqua incentivino adeguatamente gli utenti a usare le risorse idriche in modo efficiente e contribuiscano in tal modo agli obiettivi ambientali».

6. (Segue). *I servizi pubblici locali tra Stato, Regioni ed enti locali.*

Un discorso analogo a quello ora svolto può riferirsi ai rapporti tra Stato, Regioni ed enti locali, tutti inquadrabili nella più ampia competenza concorrente delineata nell'art. 14 TFUE e che ha il suo referente ultimo nell'Unione Europea.

Con riguardo alla potestà legislativa, i servizi pubblici locali, non nominati nell'art. 117 Cost. tra le materie di competenza esclusiva statale né tra quelle di competenza concorrente, dovrebbero rientrare nella competenza legislativa regionale residuale.

Tuttavia, tale competenza regionale concorre con una pluralità di competenze statali esclusive. Viene innanzitutto in rilievo la competenza in materia di *determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale*, qualora già a livello statale siano individuate prestazioni essenziali in favore di tutti i cittadini, da erogarsi con tratti di uniformità, pur se a livello locale.

In quanto abbiano rilevanza economica, i servizi pubblici locali intercettano poi senz'altro la *tutela della concorrenza*, rimessa nel nostro ordinamento alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ed intesa non solo «in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche in quell'accezione dinamica, ben nota al diritto comunitario, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» (63).

Viene poi in rilievo, rispetto a taluni profili organizzativi, la competenza statale in materia di funzioni fondamentali dei Comuni (64). Alcuni tra più importanti servizi locali intersecano infine la competenza esclusiva dello Stato in materia di ambiente (si pensi al servizio idrico e alla gestione rifiuti).

È evidente l'intreccio di materie e di competenze tra Stato e Regioni, nel cui mezzo dovrebbe trovare una propria dimensione anche l'autonomia degli enti locali. Al riguardo occorre tuttavia sottolineare come, in consonanza con l'attuale stagione di favor per l'apertura dei mercati, la Corte costituzionale abbia dato una lettura forte delle competenze in materia di concorrenza, ponendo in secondo piano ogni altra competenza concernente i servizi pubblici.

Così, superando il suo primo orientamento (65), ha ritenuto costituzionalmente legittime discipline statali dei servizi pubblici locali di dettaglio e autoapplicative (66). Per converso, rafforzando la valenza oggettiva e finalistica del principio di concorrenza, ha ritenuto le Regioni legittimate ad integrare la disciplina dettata dallo Stato, ma solo attraverso previsioni tese a rafforzare la tutela della concorrenza (67). Infine ha fatto rientrare nella competenza



in materia di concorrenza la stessa definizione del discrimine tra servizio di interesse economico e servizio privo di interesse economico (68).

È questa una lettura “forte” della materia “tutela della concorrenza” che finisce per impattare non solo sulle competenze regionali ma anche su quelle degli enti locali concernenti l’organizzazione dei servizi pubblici locali.

Al riguardo occorre infatti tener conto dello status istituzionale degli enti locali di ordinamenti autonomi e della garanzia di autonomia organizzativa, ad oggi ricavabile dall’art. 114, 2° co., Cost. (69).

Da tali principi potrebbe ricavarsi uno spazio di amministrazione/normazione proprio degli enti locali, avente ad oggetto le scelte fondamentali concernenti l’istituzione del servizio locale, la definizione delle condizioni di offerta, dei livelli di qualità, delle forme di gestione, dei controlli e delle sanzioni. Sono queste scelte che ineriscono, anche sul piano storico, all’autonomia dell’ente locale e alla sua prossimità rispetto ai bisogni dei cittadini (70); ovviamente nella misura in cui non corrispondano ad interessi generali di interesse regionale, nazionale ovvero europeo, come si è visto oggi accadere per i servizi a rete (71).

In tale prospettiva si inseriscono le letture che pongono oggi in discussione il principio di tipicità delle forme di organizzazione dei servizi, auspicando, anche per una più piena realizzazione del principio di differenziazione, che sia lasciata all’autonomia degli enti locali la definizione delle modalità di gestione dei servizi e non solo la scelta tra forme predeterminate dal legislatore (72).

(63) C. Cost., n. 14/2004.

(64) Così la C. Cost., n. 307/2009 ha ad es. ritenuto che «la previsione che il servizio idrico integrato debba essere organizzato a livello di ambito separando obbligatoriamente l’attività di gestione delle reti dall’attività di erogazione dei servizi viola specificamente la competenza statale in materia di funzioni fondamentali dei comuni le quali, per ragioni storico-normative e per l’evidente essenzialità del servizio idrico alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali, comprendono le competenze relative al predetto servizio».

(65) Si ricorderà come con la sent. n. 272/2004 la C. Cost., nel dichiarare l’incostituzionalità del 7° co. dell’art. 113 d.lg. n. 267/2000, aveva ritenuto che sentenza la competenza statale esclusiva in materia di tutela della concorrenza, non consente allo Stato di prevedere una disciplina «dettagliata ed autoapplicativa dei criteri, in base ai quali aggiudicare la gara per la gestione dei servizi pubblici locali “di rilevanza economica”».

(66) Così C. Cost., n. 325/2010.

(67) C. Cost., n. 29/2006, che ha reputato legittima la l. reg. Abruzzo n. 23/2004 che poneva, nel silenzio dell’allora vigente disciplina statale, sia il divieto per le società proprietarie delle reti di partecipare alle gare sia il tetto minimo del quaranta per cento per la quota di partecipazione del partner privato delle società miste.

(68) Così C. Cost., n. 235/2010. Sul punto v., *infra*, par. 4.

(69) Per l’inquadramento di tali caratteri cfr. M.C. ROMANO, *I regolamenti locali nel prisma della specialità*, in St. Alberto Romano, I, Napoli, 2011, 760 ss.

(70) Per tutti, MARINO, *op. cit.*

(71) TRAVI, *Servizi*, cit.;

(72) Per tutti, nel quadro di una rilettura del ruolo degli enti locali alla luce del nuovo titolo V della Costituzione, BENVENUTI, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, DR, 2002; MERLONI, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, RGQPS, 2002; PIPERATA, *Tipicità*, cit.; con specifico riguardo all’autoproduzione CAVALLO PERIN-CASALINI, *op. cit.*; BENVENUTI, *Discrezionalità amministrativa e gestione dei servizi pubblici locali*, cit.; MERLONI, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, cit.

### 7. (Segue). *Servizi pubblici locali tra funzioni politiche e di regolazione.*

Se, come si è visto, alla base del servizio pubblico locale vi sono scelte di natura politica, concernenti l’istituzione, la sua organizzazione e la definizione del programma di servizio, l’attuazione di tali scelte coinvolge funzioni tecnico-amministrative e di garanzia, che l’apertura dei mercati dei servizi alla concorrenza tende chiaramente ad evidenziare (73).

A tale livello amministrativo e regolatorio (riguardante, ad esempio, gli affidamenti dei contratti, la definizione delle clausole di garanzia, i controlli sulla gestione del servizio, la concreta definizione delle tariffe, la determinazione della misura delle compensazioni, la tutela degli utenti), specie nei settori dotati di una maggiore sensibilità (come l’acqua, i rifiuti o l’energia), si invoca oggi l’istituzione di autorità indipendenti – o si affidano le funzioni regolatorie alle esistenti autorità (semi)indipendenti di settore (74) – a testimoniare l’esigenza di una regolazione sganciata dalla politica e neutrale, non chiamata a mediare gli interessi in gioco, ma guidata da parametri di natura tecnica (75).

La creazione di un mercato dei servizi locali attribuisce poi un ruolo sempre più importante alle relative autorità garanti (AGCM nazionale e Commissione europea) preordinato non solo alla tutela e alla promozione della concorrenza ma anche alla tutela degli utenti e, stando alle più recenti e non sempre condivisibili tendenze, alla formazione delle scelte organizzative da parte degli enti locali, attraverso la loro inclusione nei procedimenti decisionali degli enti locali (76).

Dalla considerazione dei servizi pubblici in termini di mercato (77) e, in particolare, dall’applicazione dei principi generali sui contratti pubblici alle concessioni di servizi, discendono infine le competenze dell’autorità di vigilanza per i contratti pubblici (78).

(73) Su tali funzioni nell’ambito dei servizi pubblici, NAPOLITANO, *Regole*, cit.

(74) Si v. ad es. il d.l. n. 2011 conv. con mod. dalla legge n. 214/2011, con cui all’Autorità per l’energia elettrica e il gas sono state trasferite le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici.

(75) Per tutti LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità tecnica*, Padova, 2001.

(76) Si v. in proposito quanto avevano previsto gli artt. 23 bis d.l. n. 112/2008 e 4 d.l. n. 138/2011 nelle loro molteplici versioni.

(77) Si noti che, stando a recenti rilevazioni, i servizi pubblici locali costituiscono un'ampia fetta del mercato degli appalti pubblici (rappresentando circa l'8,5% delle stazioni appaltanti e il 15% degli appalti). Si v., in proposito, la segnalazione dell'1-12-2008 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici sulla disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'art. 23 bis d.l. 6-8-2008, n. 133.

(78) Ai sensi dell'art. 6 d.l.g. n. 163/2006, l'Autorità vigila sulle procedure di gara; sull'osservanza della legislazione per verificare la regolarità degli affidamenti e dell'esecuzione dei contratti, accertando che da questi non derivi pregiudizio per il pubblico erario; segnala al Governo e al Parlamento gravi inosservanze della normativa o la sua distorta applicazione; formula al Governo proposte di modifiche alla legislazione; presenta al Governo e al Parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le eventuali disfunzioni riscontrate nel settore; formula pareri non vincolanti su questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara.

### 8. (Segue). *Servizi pubblici locali tra sussidiarietà orizzontale e democrazia partecipativa.*

Chiude il quadro delle competenze il riferimento al ruolo dei privati nei servizi pubblici locali che, secondo diverse prospettive, si tende oggi ad esaltare con riguardo sia all'organizzazione sia alla gestione dei servizi.

Sul piano dei principi tale centralità trova un punto di riferimento costituzionale, nel quarto comma dell'art. 118 Cost., secondo cui «Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonomia iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà».

È questa la dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà che pone l'accento sul privato nella soddisfazione dei bisogni collettivi ed ascrive l'intervento pubblico ad una funzione di mera supplenza dell'autonomia iniziativa dei cittadini, ammissibile esclusivamente nelle ipotesi di sua carenza o inadeguatezza, talvolta espressa con riferimento al «fallimento del mercato».

In questa prospettiva, come si vedrà meglio più oltre (79), si teorizzano limiti per gli enti locali sia nella definizione delle forme organizzative dei servizi pubblici sia nella loro istituzione.

È bene sottolineare che la sussidiarietà orizzontale è una dimensione estranea al diritto europeo che non esclude l'intervento pubblico dalle attività economiche, né prevede alcun criterio di preferenza per il privato. Il diritto europeo non esclude infatti l'impresa pubblica dal mercato e resta fondato sul cosiddetto principio di indifferenza per gli assetti proprietari (80), limitandosi ad imporre specifici obblighi di trasparenza nelle relazioni finanziarie tra Stato e imprese pubbliche tesi ad evitare alterazioni della par condicio tra le imprese nel mercato (81).

È inoltre evidente che, con riguardo ai servizi pub-

blici, la sussidiarietà può consentire di delimitare il confine e i compiti tra pubblico e privato «soltanto per quello che attiene all'attività, non anche con riguardo alla regolazione, che è e resta pubblica» (82). In proposito occorre dar conto di un'ulteriore valenza della sussidiarietà orizzontale estranea alla dicotomia tra Stato e mercato.

Si tratta della compartecipazione degli utenti e delle comunità locali all'*amministrazione* dei servizi pubblici locali, che trova il suo sfondo teorico, per un verso, nell'idea solidaristica della co-amministrazione (83) e, per l'altro, nelle riflessioni sui beni comuni (84) e sulla democrazia partecipativa e deliberativa (85). Essa ha già trovato un espresso riconoscimento nelle norme relative alla qualità dei servizi pubblici: dispone l'art. 11 d.l.g. n. 286/1999 che «I servizi pubblici nazionali e locali sono erogati con modalità che promuovono il miglioramento della qualità e assicurano la tutela dei cittadini e degli utenti e la loro partecipazione, nelle forme, anche associative, riconosciute dalla legge, alle inerenti procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi».

Sviluppando questa prospettiva un'ulteriore frontiera della partecipazione potrebbe intravedersi nella presenza dei cittadini nelle compagini delle società miste quali partner in grado di garantire controllo, pluralismo e democraticità nelle scelte di gestione dei servizi pubblici locali. Una simile apertura è invocata – e talora sperimentata – nei settori dotati di maggiore sensibilità, afferenti a beni comuni, in corrispondenza con l'essenzialità dei bisogni e con il carattere fondamentale dei diritti coinvolti (86).

(79) Si v. parr. 15 e 18.

(80) Cfr. l'art. 345 TFUE.

(81) Dir. 2006/111/CE relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese.

(82) DUGATO, *La riduzione della sfera pubblica?*, *DAmM*, 2002, 169.

(83) BENVENUTI, *Il nuovo cittadino*, cit.

(84) OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990 (trad. it. *Governare i beni collettivi*, Venezia, 2006).

(85) BIFULCO, «Democrazia deliberativa»; ALLEGRETTI, «Democrazia partecipativa», entrambi in *Enc. dir.*, *Annali IV*, Milano, 2011, 271 e 295.

(86) BORZAGA, *Le forme di proprietà e di governance dei produttori di beni di interesse collettivo*, *Archivio Scialoja-Bolla*, 2007.

### 9. *L'evoluzione del quadro normativo. Premessa.*

Il profilo diacronico della disciplina dei servizi pubblici locali può descriversi secondo tre momenti fondamentali: un primo, centrato sulla disciplina di cui alla legge n. 103/1903, di cosiddetta municipalizzazione, cioè di avocazione al pubblico di servizi gestiti prevalentemente da concessionari privati; un secondo – di-

stante quasi un secolo dal precedente e inserito nell'ambito della più ampia riforma dell'ordinamento delle autonomie locali di cui alla legge n. 142/90 – inteso a rafforzare il modello aziendale pubblico; un terzo relativo ad una fase, avviata con la legge n. 443/2001 (87) ma non ancora conclusa né definita nei suoi esiti, caratterizzata dal tentativo di ricondurre la gestione dei servizi al mercato e alla concorrenza e di individuare un nuovo equilibrio tra pubblico e privato nella tensione tra efficienza, mercati e fini pubblici.

L'effettività del servizio pubblico descrive invece una parabola solo in parte coincidente con i percorsi normativi. Anticipa nel tempo la municipalizzazione, sicché la legge Giolitti appare più ratificare che innovare; erode – ma non supera – la municipalizzazione sin dagli anni settanta, riconducendo, attraverso la diffusione delle società miste, i privati alla gestione dei servizi pubblici sia pur in collaborazione con gli enti locali; resiste all'ormai decennale tentativo di più radicale privatizzazione dei servizi che, non a caso, si congiunge, nelle più recenti riforme, a misure premiali volte a stimolare l'attuazione del rinnovato quadro normativo; e sembra disinteressarsi dei pur declamati intenti di liberalizzazione, vale a dire di superamento delle gestioni monopolistiche dei servizi.

È questa una parabola circolare che definisce, sin dalla municipalizzazione, un percorso comune, nelle sue grandi linee, anche ad altre esperienze europee e nordamericane.

Così la municipalizzazione si colloca sulla scia delle più risalenti esperienze inglesi e tedesche (88).

Ancora, come mostrano i non molti contributi comparatistici sul tema (89), l'esperienza europea del novecento può dirsi caratterizzata dalla larga prevalenza di gestori pubblici e, sul finire del secolo, dalla crisi di tale forma di organizzazione e dall'avvio di un processo di privatizzazione e di liberalizzazione. Simbolicamente databile nelle riforme inglesi degli anni '80, tale processo si radica poi nel mutato approccio delle istituzioni europee al servizio pubblico (o, con lessico comunitario, servizio d'interesse generale), considerato non più (solo) come prerogativa degli Stati ma (anche) come mercato da aprire alla concorrenza e alle sue regole.

Infine, a dare il segno di una possibile inversione di tendenza, è oggi comune ad altri ordinamenti e riscontrabile già a livello europeo e internazionale, un'(irrisolta) tensione tra due diverse visioni del servizio pubblico, inteso ora come mero mercato da liberalizzare ora come attività di interesse generale (90).

(87) E poi proseguita con il d.l. n. 269/2003 conv. con mod. dalla legge n. 326/2003; con la legge n. 350/2003; con l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008 conv. con modif. dalla legge n. 133/2008 e il relativo regolamento di cui al d.p.r. n. 168/2010; con una consultazione

referendaria abrogativa di tale ultima disciplina; con la sua riproposizione ad opera dell'art. 4 d.l. n. 138/2011 conv. con modif. con legge n. 148/2011 e poi modificato ulteriormente dall'art. 25, 1° co., lett. b), n. 2), d.l. n. 1/2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 27/2012 e poi dall'art. 53, 1° co., lett. b), n. 1, d.l. n. 83/2012. Infine tale disciplina è stata dichiarata incostituzionale con sent. n. 199/2012 per violazione del referendum, lasciando sopravvivere alcuni segmenti e, in particolare, l'art. 3 bis d.l. n. 138/2011, relativo agli ambiti ottimali e l'art. 113 d.lg. n. 267/2000 concernente la disciplina delle reti. Su tali vicende normative cfr. *amplius* part. 10 ss.

(88) MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902. Sull'origine dei monopoli comunali in Francia, cfr. FONDERICO, *La formazione dei monopoli comunali in Francia*, *Munus*, 2011, 469.

(89) Tra cui si v. WOLLMANN-MARCOU, *op. cit.*; TRAVI, *Servizi*, cit.; BOSCHETTI-CORTESI-MASSARO-SEVERINO, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza*, in AA.VV. *Il diritto amministrativo dei paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di Falcon, Padova, 2005; DE PRETIS, *Servizi pubblici locali e società miste: una visione comparativa*, *DPCE*, 2006, 803; FENWICK-HARROP, *Servizi pubblici locali nel Regno Unito*.

*Privatizzazione e concorrenza*, *DEc*, 2000; PINELLI, *Mercati, amministrazione e autonomie territoriali*, Torino, 1999; MARCOU, *Les modes de gestion des services publics locaux en Allemagne et le problème de l'ouverture à la concurrence*, *RFD adm.*, 1995; SEVERINO, *La questione extraterritoriale in Germania: ammissibilità e limiti dell'attività industriale esercitata dai Comuni fuori del proprio territorio*, *SPAp*, 2004. Per l'esperienza spagnola, v. SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 2002.

(90) Significativamente si domandano «From public-sector based to privatized service provision. Is the pendulum swinging back again?» WOLLMANN-MARCOU, *op. cit.*; esprimono tale controtendenza, ad es., PROSSER, *The Limits of Competition Law*, Oxford, 2005; PALMER, *Public function and private services: A gap in human rights protection*, *IJCL*, 2008, 585.

## 10. (Segue). *Il percorso: dalla municipalizzazione alla legge n. 142/1990.*

Avviata sul finire dell'ottocento da spontanee decisioni di alcuni comuni – generando quel fenomeno criticamente etichettato come *socialismo municipale* – e regolata poi, non senza ambiguità (91), dalla l. 29-3-1903, n. 103 (c.d. legge Giolitti) e dal t.u. del 1925 (92), la cosiddetta municipalizzazione conduce gli enti locali, come gestori o come controllori, sul mercato dei servizi lato sensu di utilità collettiva, sino ad allora in larga parte dominato dai privati. E ciò al fine di garantire la soddisfazione dei bisogni essenziali alla vita della collettività rispetto ai quali il *mercato*, abbandonato agli operatori privati e alle sue logiche e avente per lo più struttura monopolistica, andava rivelandosi inadeguato. Realizzare le infrastrutture necessarie al progressivo ingrandimento delle città conseguente alla rivoluzione industriale, offrire servizi a prezzi accessibili anche per i non abbienti, impedire all'impresa privata di sfruttare la struttura monopolistica dei servizi pubblici locali ed assicurare eventuali possibili profitti per l'amministrazione, sono gli obiettivi comunemente riconosciuti come fondanti tale riforma (93). La quale ruota attorno a due cardini essenziali: il potere del Consi-

glio di istituire servizi pubblici locali tra quelli rientranti nell'elenco (non esaustivo) di cui all'art. 1 legge n. 103/1903 (94); una nuova forma giuridica di gestione diretta del servizio, l'azienda-organo.

Il modello delineato dalla legge Giolitti, fondato sulla centralità dell'ente locale nel governo e nella gestione dei servizi, ha resistito a lungo nel corso del novecento.

La crisi dell'azienda speciale, che si è avuta a partire dagli anni sessanta (95), e il parallelo diffondersi di società a partecipazione pubblica totalitaria o mista, fondate sull'idea di una generale capacità di diritto privato e imprenditoriale degli enti locali, non ne hanno, quantomeno un primo momento, intaccato le fondamenta.

La crisi dell'azienda speciale è stata infatti non una crisi del ruolo dell'ente locale né del nucleo del servizio pubblico, ma innanzitutto una crisi di efficienza ed economicità del modello, che ha dato luogo ad un duplice tentativo di rilancio (96).

In questa ottica devono inquadrarsi sia il d.p.r. 4-10-1986, n. 902 sia il nuovo regime dei servizi pubblici locali delineato dall'art. 22 legge n. 142/1990 (97).

Il primo ha rafforzato l'autonomia organizzativa dell'azienda municipalizzata semplificando le procedure amministrative e i controlli dell'ente locale. Il secondo, proseguendo su questa linea, ha attribuito alle aziende speciali personalità giuridica, trasformandole in "enti strumentali dell'ente locale", recidendo così "l'innesto Giolittiano", che aveva condotto ad inserire l'azienda nell'organizzazione pubblica (98). E ha dettato criteri di preferenza per l'azienda speciale (sempre ammessa "anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale"), pur nell'ambito di un modello organizzativo pluralistico che all'azienda speciale affiancava diversi modelli, tutti configurati, in un certo qual modo, come eccezionali: la gestione in economia ("quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda"), in concessione a terzi (ma solo "quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale); a mezzo di istituzione ("per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale"); a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale («qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati»); e, infine, a partecipazione pubblica minoritaria (secondo quanto sarebbe stato poi previsto dalla legge n. 498/1992). Nonostante il favor normativo per l'azienda speciale, la gestione attraverso società aveva di fatto preso il sopravvento, fondandosi sull'esercizio della generale capacità di diritto privato degli enti locali (99).

È ciò non solo e non tanto per la maggiore agilità della forma societaria, quanto piuttosto poiché quella

forma consensiva cooperazioni tra enti locali e privati (si potrebbe dire, secondo successivi neologismi, partenariati pubblico-privati). Si diffondevano così le società miste a partecipazione pubblica maggioritaria e poi anche minoritaria, anch'esse senza intaccare il nucleo dei servizi pubblici locali e il suo legame con l'ente locale (100).

Pur a fronte degli spazi riconquistati all'impresa privata, le nuove forme apparivano tuttavia finalizzate più a conservare che non a superare la gestione da parte dell'ente locale.

È del resto questo un momento storico in cui, sul piano giuridico, il servizio pubblico è ancora nel suo complesso guidato da logiche orientate all'oggettiva funzionalizzazione dei servizi a soddisfare i bisogni generali e alla garanzia di tale funzionalizzazione, radicata nella soggettività pubblica dell'ente locale, regolatore e, nel contempo, gestore (101).

Sino alla fine degli anni novanta, invariato ogni altro aspetto del servizio pubblico locale, le modificazioni hanno infatti riguardato esclusivamente il modello della gestione diretta e si sono arrestate nell'introduzione delle ora viste forme di collaborazione pubblico-privata, in una prospettiva di efficienza e, non da ultimo, di contenimento della spesa pubblica, ormai sottoposta, anche a livello locale, ai vincoli derivanti dal percorso di unificazione europea.

(91) Su tali ambiguità si v. la cruda analisi di GIANNINI, *Profili giuridici*, cit.

(92) Per un bilancio cfr. AA.VV., *Celebrazione del cinquantenario della municipalizzazione*, Atti del Convegno di studi, Roma, 1954; PISCHEL, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi, domani*, Roma, 1965; e, poi, BOZZI, «Municipalizzazione dei pubblici servizi», in *Enc. dir.*, Milano, 1977; CAIA, «Municipalizzazione dei servizi pubblici», in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990; e MERUSI, *Cent'anni*, cit.

(93) MONTMARTINI, *op. cit.*; CAMERA-MAGNANI, *Commento alla legge 29 marzo 1903 n. 103 sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni*, Rocca S. Casciano, 1903; VACCHELLI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, Nuova Antologia, 1902; BORSI, *op. cit.*; EINAUDI, *La municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Id.*, *Cronache economiche e politiche di un trentennio*, Torino, 1964.

(94) Su tale elenco, GIANNINI, *Profili giuridici*, cit.

(95) Su cui si v. PIRAS, *La municipalizzazione (problemi delle municipalizzazioni)*, in *I Comuni*, a cura di Giannini, in Atti del congresso celebrativo del centenario, Vicenza, 1967.

(96) MERUSI, *Cent'anni*, cit.

(97) Su cui CAVALLO PERIN, *Comuni*, cit.

(98) MERUSI, *Cent'anni*, cit.

(99) Su tale capacità v., in generale, A. ROMANO, *Introduzione*, in *Diritto amministrativo*, a cura di Mazzarolli-Pericu-Romano-Roversi Monaco-Scoca, cit. e, in relazione all'esercizio di servizi pubblici, v. CAMMELLI-ZIROLDI, *op. cit.* che la riconducono ad una «particolare espressione della potestà organizzativa» sottolineando come «proprio tale rilievo di tipo funzionale autorizza ad escludere la configurabilità di limiti (...) all'azione in forma privatistica». Sul punto v., inoltre PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano e MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997 ed ivi ampie indicazioni in ordine ai diversi orientamenti di dottrina e giurisprudenza.

(100) CANNADA BARTOLI, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, GI, 1995, I, 493.

(101) A. ROMANO, *La concessione*, cit.

### 11. (Segue). *L'introduzione della concorrenza.*

È sul finire degli anni novanta che si afferma anche nei servizi pubblici locali la nuova logica del mercato e della concorrenza, imposta dall'ordinamento comunitario (102).

È questa una logica dirompente che investe tutto il settore pubblico determinando, a livello istituzionale, una diversa prospettiva assiologica: la promozione di un mercato aperto e in libera concorrenza diviene fine concorrente di ogni azione pubblica. Oltreché, ovviamente, suo limite: non sono ammesse restrizioni della concorrenza non strettamente necessarie per il perseguimento di finalità di interesse generale (103). Come si è visto, la base giuridica, per ciò che concerne i servizi pubblici, è costituita dal § 2 dell'art. 106 TFUE, secondo cui «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale 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». E, nonostante le istituzioni comunitarie abbiano fatto, in materia di servizi locali, un utilizzo accorto di tale norma, essa e, in generale, il principio del mercato e della concorrenza, abbracciati dalle nostre istituzioni con un rigore assoluto, hanno condotto ad una radicale revisione del regime dei servizi pubblici locali. Tutto il regime dei servizi pubblici locali è stato così sottoposto ad una revisione critica: l'istituzione, l'assetto del mercato, le forme organizzative, il finanziamento, la regolazione dell'ente locale.

Tale prospettiva ha aperto una fase di riscrittura della disciplina dei servizi pubblici locali tesa, in un primo momento, a privatizzare e, in un secondo, a liberalizzare il mercato.

La asistematicità e la non chiarezza della disciplina, la sua scarsa effettività, le battute d'arresto, le difficoltà dello stesso percorso normativo, che sempre più frequentemente si avvale della decretazione d'urgenza, mostrano tuttavia come quella del mercato sia una linea di tendenza non assoluta né lineare; e come sia piuttosto in atto un tentativo di bilanciamento tra interessi generali e mercati che dovrebbe, secondo gli auspici di molti, trovare la sua collocazione nell'ambito di una riforma organica della materia (104).

(102) Si ricorda che ancora con la pronuncia C. Giust. CE, 9-9-1999, C-108/98 sull'organizzazione da parte del Comune di Ischia del servizio di raccolta dei rifiuti solidi urbani, si era esclusa, in ragione del carattere meramente locale dell'attività, l'applicazione dei principi di libera circolazione dei servizi e stabilimento.

(103) Per la nuova prospettiva, ROMANO TASSONE, *Situazioni*

*giuridiche soggettive e decisioni delle amministrazioni indipendenti*, DAmM, 2002, 459.

(104) Per tutti, PIPERATA, *I servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al libero mercato*, Munus, 2001.

### 12. (Segue). *Le vicende normative: la riforma del 2001 e le invarianti della disciplina dei servizi pubblici locali.*

La prima riforma intesa all'introduzione dei principi di concorrenza, è costituita dall'art. 35, 12° co., legge n. 448/2001 (105).

Essa ha definito alcune linee di fondo che, con alcuni aggiustamenti, sono sopravvissute ai molti successivi interventi modificativi e che possono considerarsi (ad oggi) un'invariante del regime dei servizi pubblici locali, sia esso definito da discipline generali o settoriali (106).

Dato caratterizzante il nuovo impianto è la scomposizione del servizio pubblico locale, sino ad allora inquadrato in modo unitario, in diversi segmenti, sottoposti a distinti regimi giuridici.

Si è così fatto luogo alla separazione delle reti dai servizi e i servizi sono stati distinti in servizi di carattere industriale e non industriale (saranno poi detti di rilevanza economica e privi di rilevanza economica). La gestione è stata infine distinta, quantomeno sul piano logico-giuridico, dalle funzioni di programmazione, regolazione e controllo.

In ognuno di tali segmenti, l'introduzione della concorrenza e il suo bilanciamento con gli interessi generali hanno dato luogo ad equilibri differenziati.

La scissione tra reti e servizi ha condotto a conservare le prime in una zona di prevalenza di interessi generali assicurati, in primis, dalla proprietà pubblica, incredibile. È questa una scelta che, pur non senza generare dubbi interpretativi (107) e perplessità (108), sembra idonea a precludere le privatizzazioni che hanno riguardato (e che riguardano tuttora) le reti dei servizi pubblici nazionali; e che sembra inoltre precludere, in eventuali scenari di liberalizzazione, ad un accesso alle reti da parte prestatori dei servizi fondato su principi di uguaglianza e imparzialità.

All'affermazione della proprietà pubblica delle reti si accompagna poi la valorizzazione dell'autonomia locale in ordine alla scelta delle modalità di gestione delle reti medesime. È possibile l'affidamento a soggetti privati scelti in gara ma sono anche ammessi i modelli pubblicistici delle società a totale o prevalente partecipazione pubblica (109).

Per quanto riguarda i servizi, anche qui la distinzione tra servizi di rilevanza economica e non economica ha condotto ad enucleare un'ulteriore zona di non applicazione dei principi di concorrenza (i servizi non economici) a distinguere (ma forse, come si è visto, non definitivamente (110)) competenze, principi e modelli di gestione.

Una rigorosa applicazione dei principi di concorrenza si è invece avuta con riguardo ai servizi pubblici economici.

A tal fine, la gestione del servizio – concepita, quale mera attività imprenditoriale espressione di autonomia privata – è stata scissa dalla sua programmazione e dalla sua regolazione, vere e proprie funzioni pubbliche volte a garantire l'erogazione dei servizi ai cittadini (111). E ciò attraverso, essenzialmente, la definizione del *programma* di servizio, la scelta delle modalità organizzative, il controllo sull'operato del gestore e l'organizzazione di strumenti di tutela per i cittadini.

Tale scissione investe poi anche il profilo soggettivo: il gestore non coincide più con il regolatore neanche qualora entrambi i ruoli siano svolti dal medesimo ente locale (112); la regolazione è condotta all'esterno del soggetto gestore (anche nel caso di modelli pubblicistici) e il suo strumento elettivo è non più la direzione e il controllo del soggetto pubblico gestore ma il contratto di servizio. Cui si affiancano le carte dei servizi e l'eventuale affidamento di compiti in senso stretto regolativi o tecnici ad autorità di settore, ferme le competenze dell'autorità antitrust per i profili di tutela della concorrenza e quelle dell'autorità per i contratti pubblici, per ciò che concerne gli affidamenti dei servizi.

### 13. (Segue). *La disciplina "instabile"*.

La parte instabile della disciplina dei servizi pubblici locali concerne la gestione dei servizi.

Concepita quale attività imprenditoriale volta ad offrire prestazioni ai cittadini e isolata dalle altre funzioni pubbliche tese a garantire gli interessi degli utenti, per la gestione dei servizi si è avviato, dal 2001, un percorso di apertura alla concorrenza.

Il quale, per la verità, si è innanzitutto tradotto in un obiettivo di privatizzazione, non ponendosi in discussione, quantomeno in una prima fase, l'assetto monopolistico del mercato (113).

La difficoltà di condividere ed attuare un simile disegno, in un contesto internazionale che peraltro avviava un ripensamento delle politiche di privatizzazione (114), ha dato luogo, dal 2001 ad oggi, a molteplici riscritture delle norme, di cui si ricorderanno qui le tappe fondamentali.

Secondo la più rigorosa interpretazione dei principi di concorrenza nel 2001 (115) – previsto per le aziende speciali un necessario epilogo societario – si è delineato (e mai applicato (116)) un modello organizzativo esclusivo: l'affidamento in gara a società di capitali.

Nelle successive riscritture della norma tale rigore è stato in parte attenuato, ritornandosi ben presto ad ammettere, accanto all'affidamento a terzi, anche i modelli della società mista o a partecipazione totalitaria pubblica, ridisegnati e adeguati ai dettami della concorrenza: la società mista è così divenuta una sostanziale forma di affidamento a terzi nell'ambito di un contesto societario (117); la società a capitale interamente pubblico è stata ricondotta ai parametri comunitari dell'*in house providing* (118).

Per essa, ultimo baluardo della gestione pubblica, si è poi avviato un percorso, non solo normativo, teso a ridurre ai margini la sua presenza nel mercato dei servizi locali.

Fallito il tentativo di trarre dai principi comunitari un limite all'*in house* (119), il freno viene posto dal legislatore: il ricorso all'*in house providing* viene ammesso, solo in ipotesi eccezionali (120), "in deroga alle modalità di affidamento ordinario".

Impugnata dalle Regioni, la norma è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale (121), in quanto riconducibile alla materia della concorrenza, estesa a comprendere non solo la tutela ma anche la promozione della concorrenza. E, poi, in quanto espressione di scelte intese all'apertura del mercato dei servizi e, dunque, consentite – anche se non imposte – dall'ordinamento europeo.

La disposizione è stata successivamente travolta dal referendum abrogativo del giugno 2011 avente ad oggetto art. 23 bis cit. e come intento «di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23 bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi

(105) Si ricorda che l'art. 35, 12° co., legge n. 448/2001 ha modificato gli artt. 112 ss. d.l.g. n. 267/2000, in cui era stata trasposta la disciplina contenuta nella legge n. 142/1990.

(106) Al riguardo sembra opportuno segnalare come, dopo una fase di scollamento tra disciplina generale e discipline settoriali, si è assistito ad una fase di sostanziale convergenza delle regole. Ciò si deve alla volontà di dare applicazione indifferenziata dei principi di concorrenza a tutti i servizi pubblici locali, senza considerazione delle specificità di ognuno di essi e senza considerare le peculiarità soprattutto dei servizi c.d. minori. Sul punto si v. TRAVI, *Servizi*, cit.

(107) In proposito, per l'uso impreciso delle categorie da parte del legislatore e per le conseguenti incertezze di regime, v. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, *GDAm*, 2002. Non è forse un caso che, nel settore idrico, vi sia un'esplicita previsione del carattere demaniale di tutte le acque e di tutte le infrastrutture di proprietà pubblica (artt. 143 e 144 d.l.g. n. 152/2006).

(108) La preoccupazione maggiore, espressa soprattutto da MERUSI, *Cent'anni*, cit. e da NAPOLITANO, *Regole*, cit. è che, la pubblicità delle reti, accompagnata dalla possibile privatizzazione della sua gestione e disgiunta dalla liberalizzazione dei servizi, abbia come unico effetto di mantenere i costi dell'infrastruttura sull'ente locale trasferendo al privato, monopolista ancorché scelto in gara, gli utili derivanti dalla gestione delle reti e dei servizi.

(109) La legge n. 350/2003 (art. 4, 234° co.), nell'introdurre il co. 5 ter all'art. 113 d.l.g. n. 267/2000, preciserà poi che la realizzazione dei lavori sulle reti è sottoposta alle regole dei contratti pubblici: i lavori devono essere affidati a terzi con gara a meno che il gestore della rete non sia stato selezionato attraverso una procedura ad evidenza pubblica che abbia avuto ad oggetto anche l'esecuzione dei lavori connessi alla rete.

(110) Cfr. *infra*, par. 4.

(111) Così DUGATO, *I servizi*, cit.

(112) CAVALLO PERIN, *Comuni*, cit.

di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (122).

In un arco temporale brevissimo, la disposizione abrogata è poi stata riproposta con previsioni peraltro ancor più limitative, rafforzate da misure di coazione dirette e indirette, quali poteri sostitutivi e misure premiali (123).

Tale disciplina è stata infine dichiarata incostituzionale per violazione del referendum con sent. n. 199/2012.

Si noti che negli ultimi interventi normativi (124) la prospettiva di applicazione dei principi di concorrenza si era peraltro ampliata: era emersa, sin dall'art. 23 bis cit., la prospettiva della cosiddetta liberalizzazione e cioè della rottura dei monopoli. È questo un intento divenuto, nelle più recenti modifiche, sempre più nitido e centrale.

All'apertura alla concorrenza ha fatto poi riscontro l'affiorare dei concetti di servizio universale e di obblighi di servizio pubblico quali strumenti di garanzia, in mercati liberalizzati, dei diritti dei destinatari dei servizi.

Anche tali previsioni sono state colpite dalla dichiarazione di incostituzionalità.

Quale sia l'effetto di tale pronuncia è tuttavia incerto. Innanzitutto è incerta, in generale, la portata dell'effetto preclusivo discendente dal referendum (125). Il raffronto tra normativa dichiarata incostituzionale e l'intento referendario, cristallizzato dalla menzionata sentenza della Corte costituzionale sull'ammissibilità dei quesiti (126), rivela poi un evidente scarto, riguardante le norme tese a promuovere la liberalizzazione dei mercati e quelle relative al servizio universale e agli obblighi di servizio pubblico, seppur formalmente comprese nella norma abrogata.

Ma di là da tali incertezze, la pronuncia della Corte pone senz'altro un'ulteriore limite alle politiche di privatizzazione dei servizi pubblici locali.

In linea con quanto oggi avviene in altri ordinamenti, potrebbe dunque riaprirsi la strada per un ripensamento delle scelte di fondo in materia di servizi pubblici locali, al momento (ri)consegnate all'autonomia degli enti locali.

Tornano così in evidenza i principi; sia quelli derivanti dall'appartenenza dei servizi pubblici alla sfera delle attività economiche; sia quelli implicati dalla loro essenza di attività funzionalizzate alla soddisfazione dei bisogni fondamentali dei cittadini.

(113) Diffusa è la critica a tale approccio, per tutti v. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, RTAp, 2003, 517.

(114) Per tutti, v. WOLLMANN-MARCOU, *op. cit.*

(115) Si fa riferimento alla riforma introdotta dall'art. 35 legge n. 448/2001.

(116) Si ricorderà che di tale riforma non è mai stato adottato il regolamento attuativo.

(117) Si v. in proposito la disciplina posta prima dall'art. 113, 5° co., lett. c), come modificato dal d.l. n. 269/2003 (che prevedeva che «il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche») e poi dall'art. 23 bis, 2° co., lett. b), come modificato dal d.l. n. 135/2009 conv. con mod. dalla legge n. 166/2009 (che poneva la condizione che la selezione del socio avvenisse «mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento»).

(118) Su cui si v. par. 15.

(119) Si ricorderà che, in mancanza di gerarchie tra i modelli di gestione stabiliti dalla legge, i nostri giudici hanno più volte interrogato la Corte di Giustizia sulla conformità alle regole comunitarie di concorrenza della disciplina nazionale dei servizi pubblici locali laddove consentiva all'ente locale di optare per forme di gestione in house; si v., in proposito, le ordinanze C. St., sez. V, n. 2316/04; T.A.R. Liguria, n. 822/2004; T.A.R. Puglia, Bari, III, n. 885/2004; solo quest'ultima ha dato luogo ad una pronuncia della Corte, che tuttavia non ha affrontato in via diretta la questione C. Giust. CE, 6-4-2006, C-410/04. In dottrina, per tutti v. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, *GDAm*, 2004 e in senso critico, CAVALLO PERIN-CASALINI, *op. cit.*

(120) Vari sono stati i tentativi di confinare l'in house providing ad ipotesi eccezionali: in modo indiretto la legge n. 350/2003, aveva rimesso alle normative di settore di introdurre criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento del servizio, e ciò «al fine di superare assetti monopolistici» e con «regole che assicurino concorrenzialità nella gestione dei servizi». Successivamente l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008 ha ammesso il ricorso all'in house solo «per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato»; la scelta, sottoposta ad obblighi di pubblicità, avrebbe poi dovuto fondarsi su un'analisi del mercato e su un parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato e alle autorità di regolazione del settore, ove costituite.

(121) C. Cost., n. 325/2010.

(122) C. Cost., n. 24/2011 nel giudizio sull'ammissibilità del referendum.

(123) Si v. l'art. 4 d.l. n. 138/2010, conv. con modif. dalla legge n. 148/2011 (e poi modificato dalla legge n. 183/2011 e dal d.l. n. 1/2012, conv. con mod. dalla legge n. 27/2012), che ancorava a duecentomila euro annui il limite di ammissibilità dell'in house providing.

(124) Il superamento dei monopoli locali è stato previsto per la prima volta dall'art. 23 bis cit. e dal regolamento attuativo, d.p.r. n. 168/2010.

(125) Si v., per una ricostruzione delle diverse posizioni, PIZZOLATO-SATTA, *sub art. 75*, in *Comm. alla Cost. Bifulco, Celotto e Olivetti*, II, Torino, 2006, 1466 ss.

(126) C. Cost., n. 24/2011.

**14. I principi dei servizi pubblici locali. L'universalità.** Tornano in evidenza, nell'attuale contesto, i principi giuridici dei servizi pubblici (127). Si tratta dei principi sostanziali, di matrice europea e non, che governano il servizio pubblico locale sia in relazione alla sua essenza di mercato sia con riguardo alla sua es-

senza di attività rivolta alla soddisfazione di interessi generali e dal cui esame si tenterà di trarre le coordinate di fondo del regime dei servizi pubblici.

Nel quadro della dialettica tra le opposte direttrici ad essi sottese occorre sottolineare come il nucleo storico – e ineliminabile – sia costituito dai principi ispirati alla garanzia dell'interesse generale, che connotano di doverosità e di funzionalizzazione il servizio pubblico. Sul piano interno, essi si riconducono al fondamento costituzionale del pubblico servizio e, cioè, al principio di uguaglianza sostanziale (128) e ai principi di buon andamento e d'imparzialità che ne definiscono la legalità in relazione alla sua capacità di soddisfare i bisogni dei cittadini; ai risultati, cioè, che esso è idoneo a produrre in termini di utilità collettiva.

È questo un approccio che trova corrispondenza nel diritto europeo, il quale ascrive tra i valori comuni dell'Unione «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente» (prot. n. 26 ai Trattati) e riconosce come i principi riferibili ai servizi d'interesse economico generale debbano innanzitutto «consentire loro di assolvere i propri compiti» (art. 14 TFUE).

L'universalità, secondo il lessico europeo, è l'espressione di sintesi di tale dimensione funzionale.

I servizi pubblici, ancorché aperti alla concorrenza, in considerazione della loro rispondenza a bisogni collettivi devono dunque concretarsi in prestazioni universalmente garantite e accessibili a tutti i destinatari (129), a prescindere dalla loro condizione economica, personale e sociale; devono rispettare i principi di parità di trattamento, adeguatezza e continuità; devono essere offerti a prezzi accessibili; devono corrispondere a determinati livelli di qualità e di accettabilità sotto il profilo sociale, culturale ed ambientale.

È questo il nucleo centrale e caratterizzante: alla garanzia degli interessi dei cittadini deve infatti ricondursi la stessa possibilità di concepire il servizio pubblico e, con essa, l'eventuale deroga ai principi e alle regole del mercato, consentita dall'art. 106.2 TFUE solo ove necessario per il perseguimento della missione d'interesse generale.

Tale garanzia può tradursi nell'istituzione di un vero e proprio *servizio universale*, cioè nell'individuazione di un insieme di prestazioni da garantirsi a tutti i cittadini con caratteri di uguaglianza, continuità, a prezzi accessibili e nell'attribuzione ad uno o più operatori del compito di renderle (130). Laddove non sia possibile istituire un servizio universale la garanzia di universalità può essere raggiunta ponendo in capo agli operatori del settore taluni obblighi di servizio pubblico.

La garanzia può, in entrambi i casi, essere versata nell'ambito dei contratti di servizio accessivi agli atti di affidamento dei servizi, che regolano diritti e do-

veri dei gestori. I principi di universalità sono inoltre compendati in uno specifico strumento di regolazione a garanzia degli utenti, costituito dalla *carta dei servizi pubblici*, che individua, in concreto, i diritti dei destinatari delle prestazioni e le regole cui i gestori devono conformarsi (131). Alle carte di servizio, nate come strumenti di cosiddetto *soft regulation* oggi è attribuita un'importanza centrale rispetto alla tutela degli utenti. Gli standard individuati nella carte assumono infatti la dimensione di veri e propri impegni nei confronti degli utenti, ai quali è riconosciuta la possibilità di agire per pretenderne il rispetto. E ciò sia in forma individuale, attraverso strumenti giurisdizionali o alternativi previsti dalle stesse carte (132), sia in forma collettiva attraverso l'azione di cui al d.lg. n. 198/2009, (recante Attuazione dell'art. 4 della l. 4-3- 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici) devoluta alla giurisdizione amministrativa del giudice amministrativo.

È bene al riguardo notare che la garanzia di universalità non implica uno specifico regime né specifiche forme organizzative del servizio pubblico locale. Essa è dunque compatibile sia con assetti monopolistici sia con mercati liberalizzati; sia con gestori pubblici sia con gestori privati o privatizzati: essa si limita ad imporre il raggiungimento di un obiettivo, costituito dalla fruizione collettiva e diffusa di prestazioni essenziali a garanzia dei diritti degli utenti (133).

L'universalità costituisce, come detto, il nucleo minimo e indefettibile dei servizi pubblici locali. A prescindere da una garanzia di universalità il servizio pubblico non è, cioè, neppure ipotizzabile. Potrà aversi, secondo diverse scale di intensità, un'attività economica sottoposta a regolazione pubblica ma non ancora servizio pubblico se non, come si è visto, in un senso del tutto virtuale. Il servizio locale resta infatti essenzialmente una missione di interesse generale. Pertanto specie in una prospettiva, ad oggi annunciata, di superamento di diritti esclusivi e di introduzione della concorrenza occorre porre l'accento sull'universalità, quali che siano le forme per assicurarla. Tali considerazioni appaiono di rilievo decisivo per la specifica considerazione e per il particolare regime dei servizi pubblici. Ciò si ripercuote in primis sulla questione del finanziamento, che verrà più oltre esaminata. La garanzia di universalità pone infatti il problema della copertura degli oneri iniqui posti in capo agli operatori, problema che si acuisce nei mercati liberalizzati e dalla cui soluzione dipende, come si vedrà, la stessa sopravvivenza del servizio pubblico (134).

(127) Sul ruolo dei principi nei servizi pubblici locali v. CAVALLO PERIN, *I principi*, cit.

(128) Per tale riconoscimento, POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, Relazione al Convegno su *La Costituzione*



*economica*, Milano, 6/7-5-1988; A. ROMANO, *La concessione*, cit.; CAIA (a cura di), *I servizi pubblici locali. Evoluzioni e prospettive*, Rimini, 1995; CAVALLO PERIN, *I principi*, cit.

(129) Che non sono necessariamente tutti i cittadini poiché il servizio può rivolgersi solo ad alcune categorie di beneficiari; T. I g. CE, 12-2-2008, T. 289/03, British United Provident Association Ltd (BUPA).

(130) Sul servizio universale, per tutti, v. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostitutivi*, DPb, 1998, 180; CARTEI, *Il servizio universale*, Milano, 2002.

(131) Si ricorda che la carta dei servizi è stata introdotta dalla Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27-1-1994 (cosiddetta direttiva Ciampi). L'art. 2, 461° co., legge n. 244/2007 (Finanziaria 2008) ha poi riproposto la "carta della qualità dei servizi" prevedendo che, per ogni settore, il contratto di servizio imponga al gestore di adottare una specifica carta della qualità dei servizi predisposta in conformità ad intese da concludere con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate. Più di recente, l'art. 28, d.lg. 27-10-2009, n. 150 che ha modificato il 2° co. dell'art. 11 d.lg. n. 286/2009 ha ricondotto a livello centrale la definizione delle «modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, di adozione delle carte dei servizi, di misurazione della qualità dei servizi, di strumenti di tutela degli utenti, nonché delle modalità di indennizzo automatico e forfetario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità». Questi aspetti, per quanto riguarda i servizi locali, dovranno essere definiti, ai sensi della medesima norma, con atti di indirizzo e coordinamento del presidente del consiglio dei ministri adottati d'intesa con la conferenza unificata, su proposta della commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pubbliche. Sul punto, RINALDI, *La posizione giuridica soggettiva dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 2011.

(132) In proposito si ricorda che la legge n. 69/2009 all'art. 30 (tutela non giurisdizionale dell'utente dei servizi pubblici), ha previsto, in capo ai gestori di servizi pubblici, l'obbligo di prevedere, nelle carte di servizio, strumenti di risoluzione non giurisdizionale della controversie «che avviene entro i trenta giorni successivi alla richiesta»; nonché, «l'eventuale ricorso a meccanismi di sostituzione dell'amministrazione o del soggetto inadempiente».

(133) CLARICH, *op. cit.*; CARTEI, *Il servizio*, cit.

(134) Sul punto cfr. *infra* par. 17.

### 15. (Segue). *Il principio di concorrenza e le sue declinazioni. L'organizzazione dei servizi pubblici locali.*

Come noto, l'applicazione del principio di concorrenza ai servizi pubblici locali ha una duplice dimensione: tutela della concorrenza e promozione della concorrenza.

La prima dimensione implica l'applicazione della disciplina antitrust europea e nazionale al settore dei servizi pubblici locali e il connesso intervento delle autorità garanti preposta alla tutela del mercato. Ovviamente l'applicazione dei precetti antitrust è esclusa qualora osti, in termini tecnici o di sostenibilità economica, all'adempimento degli specifici compiti di servizio pubblico. Sia la disciplina antitrust nazionale che quella europea contengono infatti una clausola che, in caso di conflitto, assicura la prevalenza alle missioni di servizio pubblico rispetto alle regole di concorrenza (art. 8, 2° co., legge n. 287/1990; art. 106.2 TFUE).

La legge n. 287/1990 prevede poi, esplicitando generali precetti antitrust vigenti anche a livello europeo, regole speciali per le imprese, pubbliche o private, in monopolio legale (art. 8 legge n. 287/1990). Così ad es. è espressamente prescritto che tali imprese «qualora intendano svolgere attività in mercati diversi (...) operano mediante società separate». Inoltre «la costituzione di società e l'acquisizione di posizioni di controllo in società operanti nei mercati diversi» da quelli relativi al monopolio legale «sono soggette a preventiva comunicazione all'Autorità». «Al fine di garantire pari opportunità di iniziativa economica, qualora (...) rendano disponibili a società da esse partecipate o controllate (...) beni o servizi, anche informativi, di cui abbiano la disponibilità esclusiva in dipendenza delle attività svolte sono tenute a rendere accessibili tali beni o servizi, a condizioni equivalenti, alle altre imprese direttamente concorrenti», da cui il principio dell'accesso, a parità di condizioni, di tutti gli operatori di un dato settore alle reti che costituiscano infrastrutture essenziali per la prestazione dei servizi.

La seconda dimensione, vale a dire la promozione della concorrenza, pur senza escludere la prima, dalla fine degli anni '90 è divenuta la dimensione prevalente nella disciplina dei servizi pubblici locali.

La più vistosa incidenza dei principi pro-concorrenziali si è avuta con riguardo ai modelli organizzativi. Qui, il nuovo approccio, pur senza tradursi in uno specifico modello, o in un modello preferenziale, ha condotto all'enucleazione di una serie di principi organizzativi volti a garantire un esercizio dei pubblici servizi rispettoso delle libertà economiche (quali la separazione tra reti e servizi, l'affidamento in gara dei servizi monopolistici, la sottoposizione delle società in house a precisi limiti, l'applicazione alle società miste dei principi relativi al partenariato pubblico privato, l'applicazione della disciplina degli aiuti di Stato e, da ultimo, la limitazione dei diritti speciali o esclusivi) (135).

Il primo principio, in ordine temporale, che si è affermato è riassunto nella formula della *concorrenza per il mercato* e, cioè, nel principio della gara per l'affidamento dei servizi.

In proposito occorre sottolineare che, nel definire quale gara, la Commissione europea e la Corte di Giustizia procedono con estrema prudenza nell'applicazione delle regole previste per l'affidamento degli appalti all'affidamento di *pubblici servizi*, limitandosi a richiamare i principi generali di proporzionalità, uguaglianza e trasparenza (136); la regola della gara non risulta peraltro posta esplicitamente da alcuna direttiva in ordine all'affidamento del servizio universale, come pur si era auspicato (137).

Tale apparente ambiguità deriva dalle specificità del servizio pubblico considerato dal diritto europeo non

solo e non tanto nella prospettiva degli appalti, ma piuttosto in quella della concessione e del partenariato pubblico-privato (138).

L'approccio europeo apre così ad un ventaglio di opzioni di cooperazione tra autorità pubbliche e privati che vanno da quelle puramente contrattuali a quelle istituzionali.

Ai modelli istituzionali appartiene la società mista che ha, dunque, piena cittadinanza nella gestione di servizi pubblici locali in contesti concorrenziali e non costituisce forma organizzativa eccezionale, da contenersi ai margini del sistema.

Anche per tali società si è ovviamente posto un problema di apertura alla concorrenza. Superandosi le opzioni sia della doppia gara (per la scelta del socio e per l'affidamento del servizio) sia della sola gara per l'affidamento del servizio alla società, entrambe comunque percorribili sulla base della capacità di diritto comune degli enti locali, è prevalsa, nella definizione dei modelli "tipici" di gestione, la cui compatibilità con l'assetto concorrenziale è a priori verificata, l'idea di un modello organizzativo di governance pubblico-privata, nel quale innestare un affidamento del servizio a terzi tramite gara. Ne è derivato, non una riedizione del vecchio modello della società mista fondata sulla capacità privatistica degli enti locali, ma una specifica forma di cooperazione in cui lo statuto privatistico della società viene inciso non secondariamente dalla sua funzionalizzazione alla gestione e al controllo del servizio pubblico: così la partecipazione privata sarà definita temporalmente in relazione alla durata dell'incarico e sarà esposta alle vicende riguardanti l'incarico medesimo (revocche, annullamenti, decadenze); l'apporto del privato dovrà consistere nella esecuzione dell'incarico e non potrà esaurirsi nel mero conferimento di fondi. Di qui le persistenti incertezze sulla natura e sul regime giuridico applicabile a tali società (139).

Un ulteriore modello ammesso dal diritto europeo è costituito dall'auto-produzione dei servizi che, escludendo radicalmente il mercato e collocandosi nella sfera dell'organizzazione pubblica, legittima il ricorso a società cosiddette in house, ad organismi, cioè, solo formalmente distinti dall'ente aggiudicatore. La Corte di Giustizia ne ha con chiarezza delineato i requisiti: partecipazione totalitaria pubblica; sussistenza di una speciale governance che garantisca il controllo (c.d. analogo) sulle scelte fondamentali della società; svolgimento dell'attività in via prevalente per l'ente locale (140).

Queste, a grandi linee, le principali indicazioni europee sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali; che prescindono da criteri di preferenza per l'uno o l'altro modello e, in particolare, non impongono esternalizzazioni né privatizzazioni e che non escludono, purché compatibili con i principi di concorrenza,

opzioni ulteriori rispetto a quelle prefigurate, siano esse modelli pubblicistici fondati su esprese previsioni di legge, sulla capacità di autorganizzazione degli enti locali o modelli privatistici, riconducibili all'esercizio della capacità di diritto privato degli enti locali o terze vie, tra Stato e mercato, fondate sui nuovi modelli della democrazia partecipativa. All'ombra dei principi comunitari hanno infatti potuto sopravvivere e svilupparsi, nei diversi paesi europei, realtà locali fortemente diversificate (141).

Diversa è la linea di tendenza interna che ha, a lungo, posto l'accento sulla privatizzazione dei gestori a prescindere da politiche di liberalizzazione. Le riforme dei servizi pubblici locali dal 2001 al 2012 hanno perseguito un chiaro obiettivo di limitazione delle gestioni pubbliche a casi del tutto eccezionali. Tale linea, come visto, ha trovato una recente battuta di arresto a seguito del referendum popolare dell'11/12-6-2011 e della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 che ha dichiarato l'incostituzionalità della riproposizione della disciplina abrogata.

In questo contesto emerge oggi, preponderante, un'esigenza di ragionevolezza e di differenziazione: sia per settori che per realtà territoriali. Si domanda così, da più parti e secondo diverse prospettive, di valorizzare – nel contempo responsabilizzando – l'autonomia territoriale, ancorando le scelte degli enti locali ad un effettivo rispetto dei principi di efficienza ed economicità della gestione dei servizi, in vista degli interessi dei cittadini.

(135) Tali principi possono evincersi dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art. 106.2 TFUE e dagli interventi della Commissione di liberalizzazione dei singoli settori. Sul punto v. SORACE, *I servizi "pubblici"*, cit.

(136) Sul punto v. Commissione CE, Comunicazione 29-4-2000, FI, 2000, IV, 389, con nota di BARONE-BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*; C. Giust. CE, 7-12-2000, C-324/98, Teleaustria Verlags GmbH c. Telekom Austria AG, cit.

(137) Per tale auspicio si v. CARTEI, *Il servizio*, cit., 354.

(138) Su cui v. il *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e della concessioni*, COM (2004), 327, la *Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni* del 26-10-2006, 2006/2043 (INI), nonché, più recentemente, la Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 5-2-2008, C (2007) 6661, sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblici-privati istituzionalizzati (PPPI).

(139) Sul punto v. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*; CAMELLI-ZIROLDI, *op. cit.*; Per la tesi della natura privatistica, CORSO, *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, 1997; NIUTTA-POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, RDCo, 1999; per la specialità del modello, DUGATO, *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali*, RTAp, 1996; SORACE, *Pubblico*, cit.; per ulteriori riferimenti PIPERATA, *Le società a partecipazione*

*pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali, in Studi in tema di società a partecipazione pubblica, a cura di Cammelli-Dugato, Torino, 2008. Per un inquadramento generale si v., secondo diverse prospettive, DE LEONARDIS, Soggettività privata e azione amministrativa, Padova, 2000; NAPOLITANO, Pubblico e privato nel diritto amministrativo, Milano, 2003; CHIRULLI, Autonomia pubblica e diritto privato nell'amministrazione: dalla specialità del soggetto alla rilevanza della funzione, Padova, 2005.*

(140) Sul punto si v. le note sentenze della C. Giust. CE, 9-9-1999, C-108/98, Risan s.r.l.; C. Giust. CE, 18-11-1999, C-107/98, Teckal; C. Giust. CE, 14-11-2002, C-310/01, Diddi; C. Giust. CE, 11-1-2005, C-26/03, Statd Halle; C. Giust. CE, 21-7-2005, C-231/03, Coname; C. Giust. CE, 13-10-2005, C-458/03, Parking Brixen; C. Giust. CE, 11-5-2006, C-340/04, Carbotermo; C. Giust. CE, 19-4-2007, C-295/05, Tragsa. Per un inquadramento CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, 2003; CAVALLO PERIN-CASALINI, *op. cit.*

(141) Lo rilevano, tra gli altri, G.F. FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico-privati*, DPCE, 2004, 4 e WOLLMANN-MARCOU, *op. cit.*

#### 16. (Segue). *Concorrenza e diritti speciali ed esclusivi.*

Sino ad oggi la concorrenza nei servizi pubblici locali si è esaurita nella tutela della contendibilità dei mercati, sull'assunto che la loro strutturazione monopolistica fosse un attributo naturale del settore.

Oggi la concorrenza, anche con riguardo ai servizi pubblici locali, viene intesa anche nel diverso e più radicale senso di liberalizzazione, cioè di rottura del monopolio e di introduzione della *concorrenza nel mercato*. Ciò, si sa, è avvenuto a livello nazionale e ha condotto alla liberalizzazione dei principali settori di servizio pubblico (142).

Anche per i servizi locali, non sembra ormai più eludibile la verifica della legittimità sostanziale dei monopoli, da valutarsi ai sensi dell'art. 106 TFUE, che ammette la concessione di diritti speciali o esclusivi nei limiti in cui risulti necessaria per l'assolvimento della missione di interesse generale.

In tale prospettiva, la ritenuta inefficienza del monopolio e la nuova analisi economica che, rifuggendo dalle passate celebrazioni dei benefici e delle potenzialità derivanti dalle «economie di scala», riconosce al mercato e alla concorrenza la capacità di determinare l'ottimo risultato allocativo, si riverberano sugli assetti esistenti implicando una presunzione di illegittimità dei monopoli e la necessità di giustificarne l'esistenza.

Com'è noto, la giurisprudenza comunitaria ha assunto un atteggiamento restrittivo rispetto alle riserve di attività, ammesse solo ove necessario all'equilibrio tecnico o economico del servizio universale (143) e subordinando l'affidamento delle relative concessioni a regole di trasparenza e parità di trattamento tali da rendere il mercato comunque contendibile.

Dalle direttive comunitarie può poi trarsi l'indicazione, strumentale rispetto all'apertura dei mercati, relativa alla disaggregazione dei servizi e alla scissione della rete – di frequente in condizioni di monopolio

naturale – dalla gestione dei servizi, alle volte suscettibile di essere svolta in regime di concorrenza accedendo alla rete. La quale dovrà essere considerata quale infrastruttura essenziale aperta all'accesso paritetico di tutti gli operatori, a prescindere dalla natura, pubblica o privata, del soggetto proprietario e del gestore. Dunque, in una prospettiva di apertura dei servizi al mercato, la scelta compiuta dal nostro legislatore (e contenuta nell'art. 113 d.lg. n. 267/2000) di definire la proprietà delle reti locali come pubblica e incedibile e di coniugarla al diritto di accesso dei gestori, appare senz'altro apprezzabile e in grado di prevenire i complessi problemi regolatori che la privatizzazione di alcune delle reti nazionali ha posto (144).

Tale scelta risulta peraltro ancor più apprezzabile quale elemento di ulteriore doverosità idoneo a bilanciare l'apertura dei servizi alla concorrenza. In relazione ad eventuali futuri scenari di liberalizzazione dei mercati deve infatti sottolinearsi ancora una volta che il servizio locale resta cioè, essenzialmente una missione di interesse generale. Pertanto l'apertura alla concorrenza non può prescindere dalla garanzia dell'universalità, che, come si è visto, costituisce il nucleo imprescindibile dei servizi pubblici locali e che non può ritenersi di per sé surrogata dall'operare (eventuale) delle dinamiche di mercato.

(142) Sul punto sia consentito rinviare a SCOTTI, *op. cit.*

(143) In proposito si v. l'assai nota e ancora attuale C. Giust. CE., 19-5-1993, C-320/1990, Regie des Postes c. Paul Corbeau.

(144) Sul punto si v. VILLATA, *Servizi*, cit., che si riporta al settore del gas quale esempio di liberalizzazione ottenuta attraverso una segmentazione delle filiere.

#### 17. (Segue). *Concorrenza e finanziamento dei servizi pubblici locali.*

L'intersecarsi nell'ambito dei profili funzionali dei servizi pubblici delle logiche del mercato e della concorrenza pone in termini del tutto peculiari il rapporto tra servizi pubblici e regole comunitarie sugli aiuti di Stato.

Se i servizi pubblici devono ispirarsi al principio di economicità e tendere alla copertura dei costi con i proventi delle tariffe, è chiaro che, di là da fenomeni patologici di inefficienze, l'esigenza di universalità e di accessibilità si traduce non infrequentemente in oneri antieconomici.

Molteplici sono i meccanismi di finanziamento di tali oneri. Essi possono consistere in trasferimenti finanziari, nell'istituzione del monopolio, nel ricorso a meccanismi di perequazione tariffaria ovvero nella costituzione di un fondo alimentato da tutti gli operatori del settore.

La questione comune che essi pongono è se costituiscano o meno *aiuti di Stato* sottoposti al regime sostanziale e procedimentale di cui agli artt. 107 ss.

TFUE, che si fonda sul principio del divieto e sull'operare di previa notifica alla Commissione.

Stando ad un primo orientamento, espressivo di una piena parificazione dei servizi pubblici alle attività economiche, i finanziamenti erogati a titolo di indennità compensative, procurando un «vantaggio finanziario», dovrebbero qualificarsi a pieno titolo aiuti di Stato (145), ancorché «l'erogazione sia volta unicamente a compensare il maggior costo dei compiti di servizio pubblico assunti» (146); ciò in quanto il Trattato non distinguerebbe «gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo» definendoli invece «in funzione dei loro effetti» (147). Il fine compensativo sarebbe invece da tenere in considerazione nell'esaminare l'ammissibilità dell'aiuto.

Contro tale orientamento la Corte (148), fondandosi sulle specificità del servizio pubblico rispetto alle comuni attività economiche, ha escluso che il finanziamento degli oneri posti in capo al gestore debba considerarsi aiuto di Stato, ove non ecceda i costi aggiuntivi sostenuti dal beneficiario per l'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico. Ciò in quanto in tale situazione l'intervento pubblico sarebbe motivato dall'esigenza di garantire l'assolvimento della missione d'interesse generale e, lungi dal porsi in contrasto con le regole di concorrenza, sarebbe, al contrario, teso a ristabilire il «contraddittorio ad armi pari» (149) vulnerato dall'imposizione di oneri di servizio pubblico. Verrebbe dunque meno, in relazione alle erogazioni compensative, uno degli elementi essenziali dell'aiuto di Stato e, cioè, il vantaggio economico dell'impresa beneficiaria, affermandosi, in luogo del principio del divieto e dell'eventuale eccezione, la regola dell'ammissibilità (e anzi della necessità) del finanziamento compensativo: con l'importante conseguenza pratica di escludere il controllo preventivo della Commissione ex art. 108 TFUE e, quindi, l'onere di previa notifica dell'aiuto (150).

Quattro sono le condizioni che devono cumulativamente coesistere affinché una misura compensativa possa non qualificarsi aiuto di Stato (151): l'impresa beneficiaria deve essere stata effettivamente incaricata dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e detti obblighi devono essere definiti in modo chiaro; i parametri sulla base dei quali viene calcolata la compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente; la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire interamente o in parte i costi derivanti dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto dei relativi introiti nonché di un margine di utile ragionevole; infine, quando la scelta dell'impresa da incaricare dell'esecuzione di obblighi di servizio pubblico non venga effettuata mediante 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 dovrebbe sostenere un'impresa media, gestita in modo efficiente.

Le condizioni indicate dalla Corte – tra cui, in particolare, la definizione ex ante dei parametri per la compensazione e il riferimento non ai costi effettivamente sostenuti ma ai costi di un'impresa media gestita in modo efficiente – definiscono con assoluto rigore i criteri per esentare le compensazioni degli obblighi di servizio pubblico dal regime degli aiuti di Stato.

In questo contesto la Commissione ha delineato il regime delle compensazioni di servizio pubblico che, non rispettando le condizioni individuate dalla Corte, devono considerarsi *aiuti di Stato* sottoposti al relativo regime. Fermo restando la sussistenza di condizioni atte ad imputare il finanziamento all'assolvimento della missione d'interesse generale (152) sono stati così individuati, in relazione a talune soglie di fatturato e di compensazioni e in relazione a taluni settori, *aiuti* a priori compatibili con il Trattato e pertanto esentati dall'obbligo di previa notificazione (153); e fuori da tali ambiti sono state definite le condizioni di ammissibilità delle compensazioni sottoposte al previo controllo della Commissione (154). Dunque, in generale, gli elementi da tenere in considerazione per valutare l'ammissibilità di compensazioni di pubblico servizio, quale che ne sia il regime, sono: i maggiori costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico; le tariffe di ricavi ottenuti; un margine di utile ragionevole, sostanzialmente rapportato al costo del denaro.

Tutto ciò che eccede tali condizioni è considerato sovracompensazione ed è soggetto al divieto di aiuti di Stato e all'obbligo di rimborso (155): qui è assicurata la piena e prevalente tutela del mercato.

È questa una divaricazione di regime che mostra come, anche per ciò che riguarda il finanziamento dei servizi, l'applicazione delle regole di concorrenza conviva con la prevalente garanzia della soddisfazione dei bisogni dei cittadini.

In questo quadro deve sottolinearsi come il profilo del finanziamento coinvolga alla radice il servizio pubblico; tale profilo definisce infatti la sua stessa sopravvivenza in relazione alla disciplina comunitaria del mercato. Infatti, se è possibile individuare servizi pubblici resi da soggetti privati in contesti liberalizzati, il servizio pubblico non sembra invece configurabile laddove non vi sia la possibilità di un finanziamento pubblico. E ciò sia per evidenti questioni di carattere tecnico-economico, sia considerando la stessa idea fondante del servizio pubblico e cioè il fine di soddisfare i bisogni del cittadino in funzione redistributiva (156).

(145) Per la giurisprudenza del Tribunale di primo grado, cui deve ricondursi tale approccio si v. le sentenze T. I g. CE, 27-2-1997, FFSA, T-106/95; T. I g. CE, 10-5-2000, SIC, T-46/97; T. I g. CE, 11-6-2009, T-222/04. La tesi è stata inizialmente condivisa anche dalla Commissione (v. la relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken del 17-10-2001, sui *Servizi d'interesse generale* COM(2001) 598 def.)

(146) T. I g. CE, I sez. ampl., 10-5-2000, T-46/97, SIC/Commissione.

(147) T. I g. CE, I sez. ampl., 10-5-2000, T-46/97, SIC/Commissione.

(148) C. Giust. CE, 22-11-2001, C-53/00, Ferring; per un precedente in tal senso v. C. Giust. CE, 7-2-1985, C-240/83, ADBHU; aveva invece applicato la nozione di *aiuto di Stato* ad esenzioni fiscali accordate ad istituti di credito pubblici C. Giust. CE, 15-3-1994, C-387/92, Banco de Crédito Industrial SA c. Ayuntamiento de Valencia.

(149) MERUSI, *La nuova*, cit.

(150) Tuttavia il superamento del preventivo vaglio della Commissione, non colmato dall'elaborazione di specifici criteri di ammissibilità delle misure compensative, ha generato una generale situazione di incertezza applicativa. Da più parti è stata con decisione sottolineata l'esigenza di un quadro giuridico più definito; v. in proposito le Conclusioni dell'Avvocato Generale Léger nella sentenza *Altmark e Jacobs* nella causa C-126/01, GEMO SA.; cfr. inoltre le conclusioni della Presidenza dei Consigli Europei di Laeken (14 e 15-12-2001), Barcellona (15 e 16-3-2002) e Siviglia (21 e 22-6-2002) con cui la Commissione europea è stata invitata ad adottare linee direttrici per l'applicazione delle regole sugli aiuti di Stato ai finanziamenti dei servizi d'interesse generale, ovvero un regolamento di esenzione di categoria.

(151) C. Giust. CE, 24-7-2003, C-280/2000, *Altmark GmbH*.

(152) Essenzialmente date dall'inerenza del finanziamento ad un atto d'incarico e dalla corrispondenza ai costi sostenuti per il suo espletamento.

(153) Si v., in proposito, la decisione 2005/842/CE, riguardante l'applicazione delle disposizioni dell'art. 86, par. 2, del Trattato CE agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale.

(154) *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico* (2005/C 297/04).

(155) C. Giust. CE, 3-2-2003, cause riunite C-83/01 P, C-93/01, C-94/01 P, *La Poste*.

(156) A. ROMANO, *Il cittadino*, cit.

### 18. (Segue). *Concorrenza ed istituzione del servizio pubblico locale.*

Non chiaro è se l'autonomia degli enti locali concerna l'istituzione dei servizi pubblici sia limitata dall'operare dei principi di concorrenza.

In proposito occorre innanzitutto domandarsi cosa implichi l'istituzione di un servizio pubblico. Come si è visto, alla base del servizio pubblico v'è l'individuazione di un bisogno collettivo e l'assunzione, da parte dell'ente locale, della garanzia che le prestazioni necessarie a soddisfarlo siano rese alla collettività secondo canoni di universalità, uguaglianza, accessibilità e secondo un programma di offerta predeterminato (157).

Tale servizio potrà essere poi esercitato, secondo le diverse possibili scale di intensità dell'intervento

pubblico, in regime di esclusiva, affidandone la gestione a operatori pubblici o privati, ovvero in concorrenza, attraverso l'intervento nel mercato di uno o più operatori, pubblici o privati, tenuti a rendere il servizio non sulla base di autonome determinazioni imprenditoriali ma nell'esecuzione di un programma predeterminato dall'ente locale.

Se è certo che l'assunzione di servizi in esclusiva richiede, ai sensi degli artt. 41 e 43 Cost., una espressa previsione di legge e il rispetto dei limiti sostanziali di cui all'art. 106 TFUE (dati dall'imprescindibilità del monopolio rispetto al perseguimento della missione d'interesse generale), al contrario sembrerebbe permanere intatto il potere dell'ente locale di istituire un servizio pubblico nell'ambito e nel rispetto dell'organizzazione di mercato esistente (158).

Tale assunto è tuttavia oggi messo in discussione, muovendo dall'inevitabile alterazione del mercato che l'istituzione del servizio pubblico comporta, a causa della presenza di un operatore non guidato da logiche imprenditoriali ma tenuto ad eseguire un programma di servizio predeterminato dall'ente locale.

In questa prospettiva la scelta di assumere un pubblico servizio viene scissa in distinti momenti: l'individuazione del bisogno di interesse generale che l'ente locale intende garantire, la definizione delle condizioni di erogazione del servizio e la valutazione, in ordine al bisogno generale così definito, dell'offerta di mercato. Solo qualora l'esito di tale verifica evidenzi un *fallimento del mercato* in ordine alle prestazioni che l'ente locale intende garantire alla collettività secondo canoni di universalità e a condizioni accessibili si ritiene *legittima una decisione di assunzione/istituzione di un servizio pubblico* (159). Si richiamano in proposito i principi elaborati dalla Corte di Giustizia a proposito delle deroghe alla concorrenza motivate dall'esigenza di perseguire un interesse generale: e cioè i principi di necessità e di proporzionalità. Ad essi si aggiunge il principio di *sussidiarietà orizzontale* che, secondo la chiave di lettura proposta, condizionerebbe l'intervento del pubblico ad una verifica di *non adeguatezza* del privato.

Sono queste considerazioni che possono, entro certi limiti, condividersi. Alla base della scelta di istituire un servizio pubblico vi è infatti sempre la considerazione della non adeguatezza dell'iniziativa privata – economica e sociale – rispetto alla soddisfazione di un dato bisogno collettivo (160). E chiaro però che l'ente locale deve poter definire autonomamente i livelli minimi delle prestazioni sulla cui base valutare poi la sufficienza del mercato, anche solo in relazione alla garanzia di continuità del servizio.

Nei suoi svolgimenti ulteriori tale linea di ragionamento conduce a negare che possano essere legittimamente istituiti servizi pubblici laddove esistano

marginari di profitto poiché il margine di profitto dovrebbe necessariamente tradursi in una riduzione delle tariffe.

In tali suoi svolgimenti la tesi non può essere condivisa. Essa infatti comprime in modo sproporzionato l'autonomia degli enti locali. Il margine di profitto infatti potrebbe, ad esempio, essere rivolto al miglioramento della qualità dei servizi o essere rimesso al gestore – privato – quale compenso per la sua attività.

Del resto, come già più volte ricordato, l'ordinamento europeo depone oggi chiaramente contro un'eccessiva compressione dell'autonomia: il Protocollo sui servizi d'interesse generale riconosce «il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale (...) e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse»; la direttiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12-12-2006, relativa ai servizi nel mercato interno, «lascia impregiudicata la libertà, per gli Stati membri di definire (...) quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale (...) e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti (...)»; la giurisprudenza riconosce infine un'ampia discrezionalità agli Stati in ordine all'istituzione dei servizi d'interesse generale, fermi la necessità di individuare una missione che li differenzi dalle altre attività economiche e il sindacato su tale scelta, nei limiti dell'errore manifesto (161).

(157) SORACE, *Pubblico*, cit.; CAVALLO PERIN, *La struttura*, cit.

(158) È importante sottolineare come rispetto a tale scelta la Corte costituzionale, sin dalla sent. n. 272/2004 ha definito un ambito di autonomia dell'ente locale rispetto alla stessa legislazione statale fondata sui titoli della tutela della concorrenza e della definizione dei livelli essenziali delle prestazioni e della determinazione delle funzioni fondamentali (i limiti posti dalla sentenza n. 272/2004 sono stati poi ribaditi da C. Cost., n. 29/2006). Tale autonomia è oggi confermata dal più volte menzionato Protocollo sui servizi d'interesse economico generale.

(159) MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, 2010, 623.

(160) A.ROMANO, *La concessione*, cit.

(161) Sul punto si rinvia a quanto recentemente puntualizzato da SORACE, *I servizi "pubblici"*, cit.

### 19. Considerazioni di sintesi.

In questo quadro, naturale conclusione delle riflessioni svolte dovrebbe forse essere il tentativo di tracciare delle linee di sviluppo, in vista di una prossima ulteriore disciplina dei servizi pubblici locali.

Eppure l'esigenza, comunemente avvertita, di un intervento di riforma organica della materia si accompagna oggi alla sensazione che difficilmente una legge dello Stato che non si fondi sui principi ma che

intenda definire nel dettaglio la fisionomia del servizio pubblico locale possa varcare la soglia dell'effettività.

Le vicende dell'ultimo decennio lo hanno dimostrato con chiarezza.

Si oppone del resto ad una simile prospettiva l'affiorare di una primaria esigenza di differenziazione, sia in relazione alle diverse *situazioni geografiche, sociali e culturali* sia in relazione alle specificità dei diversi tipi di servizi locali.

Di qui la condivisibile idea che alcuni tra i servizi locali e sociali, con incidenze limitate sul mercato interno, siano conservati in un'area di più spiccata autonomia locale e ricevano una più attenuata applicazione dei principi di concorrenza. Mentre per i servizi "maggiori" o "grandi servizi", tendenzialmente identificabili con i servizi a rete, sia destinata a prevalere un'istanza centralista (ed, entro certi limiti, europeista), anche qui affiancata da logiche di differenziazione, innanzitutto per settori. (162)

In questi termini dovrebbe forse abbandonarsi il tentativo di sciogliere una per tutte e in via generale l'interrogativo di fondo riguardante l'opzione circa pubblico-privato, che ha generato contrapposizioni ed incertezze ad oggi insuperate (163). Ed allargare, quantomeno in settori afferenti a diritti fondamentali e a beni comuni, il quadro delle prospettive, a terze vie, ispirate ai principi della democrazia partecipativa.

Del resto, pur consapevoli della non infungibilità dei diversi modelli organizzativi (164), è chiaro che l'opzione pubblico-privato-forme partecipative, ove correttamente bilanciata in chiave regolativa, non dovrebbe toccare l'essenza dei servizi pubblici di attività rivolte a soddisfare interessi generali secondo canoni di doverosità pubblica e per questo afferenti all'ordinamento amministrativo. Da cui deriva la posizione sostanziale di potere pubblico e autoritativo, anche se esercitato in forme privatistiche, non solo del titolare del servizio ma anche del gestore da cui la collettività dipende per la soddisfazione dei propri bisogni.

Né tali caratteri dovrebbero essere alterati da eventuali (ed annunciate) evoluzioni delle politiche di privatizzazione dei servizi pubblici locali in politiche di liberalizzazione. Anzi, nei diversi campi in cui si è avuta, la crescente apertura al mercato si è affiancata ad un rafforzamento della doverosità dei servizi, connessa all'accresciuta percezione della necessaria tutela dei diritti (165).

Ed è proprio dai diritti che, come si è visto, sembra doversi muovere per rifondare la nozione di servizio pubblico e per inquadrare, nel nuovo rapporto tra Stato e mercato, il persistente (anche se talora latente o *virtuale*) dovere dei pubblici poteri di garantire la soddisfazione dei bisogni primari dei cittadini, non

certo attenuato dalla necessità di dare attuazione di principi di concorrenza e senz'altro evidenziato in contesti di crisi economica e di crescenti disuguaglianze (166).

ELISA SCOTTI

*A Theory of Justice*, Cambridge, Belknap, 1971 (trad. it. a cura di MAFFETTONE, *Una teoria della giustizia*, Milano, 1982).

(162) TRAVI, *Servizi pubblici*, cit., 193;

(163) Per avere un saggio di tali incertezze sul piano del concreto regime esemplare appare la questione della natura giuridica della tariffa che la C. Cost., assecondando una legislazione per settori e priva di una linea organica generale sui servizi pubblici, conforma ora in termini contrattuali, come nel servizio idrico integrato, ora in termini fiscali, come per i rifiuti (si v., rispettivamente, C. Cost., nn. 335/2008 e 238/2009), facendo discendere peraltro da tale qualificazione importanti conseguenze di regime giuridico: la Corte ne trae ad es. dalla natura contrattuale, l'impossibilità di riversare nella tariffa del servizio idrico integrato oneri corrispondenti a prestazioni non effettivamente svolte (quali la quota relativa alla depurazione non svolta o all'attuazione del piano d'ambito); per converso ritiene non dovuta l'Iva sulla TIA attesa la sua natura fiscale. In proposito, G. ROSSI, *op. cit.*

(164) Per tutti A. ROMANO, *La concessione*, cit. che mette in rilievo la più forte e intrinseca connessione tra soggettività pubblica e funzionalizzazione, e ne sottolinea l'importanza specie per i servizi legati ai bisogni primari del cittadino. Da questo punto di vista, come segnalato (MERUSI, *Cent'anni*, cit.), ad oggi non paiono superate le considerazioni dei primi commentatori della legge di municipalizzazione, i quali avvertivano, a proposito dell'esercizio in concessione, come «l'esperienza di tutti gli Stati e di tutte le età dimostra che (...) per quanto previdenti e ingegnose siano le clausole introdotte nei contratti di concessione, e i controlli esercitati, gli espedienti immaginati dalle compagnie per eluderli siano più ingegnosi ancora» (CAMERA-MAGNANI, *op. cit.*).

(165) Lo dimostra la parabola dei rapporti d'utenza, che non è stato possibile qui esaminare fonditus. Nati come rapporti speciali, e di una specialità intesa a limitare la tutela del cittadino, e superata la specialità intesa come limite (si v. le note sent. della C. Cost., nn. 303/1988 e 1104/1988 e la più recente n. 46/2011 che hanno ritenuto incostituzionale le limitazioni di responsabilità con riguardo ai servizi postali e telefonici) si collocano oggi in una diversa prospettiva di specialità intesa per un verso ad affermare veri e propri diritti dell'utente e, per altro verso, a differenziare tali diritti rispetto a quelli del comune consumatore rafforzandone la tutela in corrispondenza dei doveri funzionali del gestore e dell'amministrazione, affiancando agli ordinari strumenti di tutela individuale ulteriori strumenti: quali l'azione collettiva esperibile avanti ad un giudice, quello amministrativo, in grado di sindacare la violazione di tali doveri funzionale (si tratta dell'azione di cui al d.lg. n. 198/2009, che non a caso affianca il ricorso in materia di servizi pubblici a quello *per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*) devoluta alla giurisdizione amministrativa del giudice amministrativo, o il sistema delle carte di servizio i cui standard, fallito il tentativo di rimetterli ad accordi tra associazioni di tutela dei consumatori ed associazioni imprenditoriali, sono stati di recente ricondotti nell'alveo pubblicistico di atti di indirizzo e coordinamento del presidente del consiglio adottati d'intesa con la conferenza unificata su proposta della commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pubbliche (art. 28 d.lg. n. 150/2009). Per una generale ricostruzione dei rapporti d'utenza, pur secondo una prospettiva diversa da quella qui accolta, si rinvia al contributo di NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti d'utenza*, Padova, 2001.

(166) Al riguardo per la prospettiva di un liberalismo di stampo egualitario fondato su canoni di giustizia distributiva v.J. RAWLS,