

**LA RIFORMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA
ECONOMICA**
ATTI DEL CONVEGNO
VALLO DELLA LUCANIA – 26 GIUGNO 2009 –
PALAZZO DI GIUSTIZIA
Aula G. Sofia

Gianmario Palliggiano

Magistrato Tar Salerno

**L'evoluzione legislativa della gestione dei servizi
pubblici locali dalla legge Giolitti al Testo unico degli
enti locali (*)**

() Il presente lavoro costituisce un approfondimento della relazione svolta dal dott. Gianmario Palliggiano nel corso del convegno*

Sommario

- 1. Il servizio pubblico in generale.....pag. 2**
 - 1.1. Genesi*
 - 1.2. Nozione di servizio pubblico*
 - 1.3. I soggetti erogatori del servizio pubblico*
 - 1.4. Le tipologie di servizi pubblici*
 - 1.5. I principi applicabili ai servizi pubblici*

- 2. I servizi pubblici locali.....pag. 9**
 - 2.1. La storia dei servizi pubblici locali in Europa e negli Stati Uniti d'America: cenni.*
 - 2.2. La Storia in Italia: la legge 103 del 29 marzo 1903*
 - 2.3. Il regio decreto 2578 del 15 ottobre 1925*

- 3. La legge n. 142 dell'8 giugno 1990 sull'ordinamento degli enti locali (OAL).....pag 15**
 - 3.1. Istituzioni ed aziende speciali*
 - 3.2. Società a prevalente capitale pubblico*

- 4. La disciplina dei servizi pubblici locali secondo il d. lgs. n. 267 del 10 agosto 2000 (testo unico degli enti locali)pag. 18**

- 5. L'art. 13 del decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006 (decreto Bersani) e l'art. 23 bis decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008.....pag. 25**

- 6. I servizi privi di rilevanza economica.....pag. 27**

* * *

1. Il servizio pubblico in generale

Un discorso sui servizi pubblici locali rende opportuna una breve indagine sul concetto di servizio pubblico in generale il cui studio aiuterà a comprendere meglio la nascita e lo sviluppo delle attività di prestazione svolte dagli enti locali.

1.1. Genesi

L'esercizio di poteri autoritativi e delle funzioni di regolazione da parte delle pubbliche amministrazioni appaiono sempre più insufficienti a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle persone e dei gruppi sociali, in particolare quando si abbia riguardo alla cura di interessi che le persone non sono in grado di realizzare autonomamente e che le forze politiche ritengono meritevoli di considerazione[1].

Ai pubblici poteri è oggi richiesto lo svolgimento di attività che si aggiungono alle tradizionali funzioni quali: difesa, amministrazione della giustizia, sicurezza interna, ordine pubblico, fisco.

Ciò rappresenta il naturale sviluppo del Welfare State (Stato sociale), modello politico affermatosi in Europa nel corso del XX secolo, secondo cui i pubblici poteri, oltre che regolare ed esercitare l'autorità, devono anche assicurare prestazioni, rendendo possibile la fruizione economicamente accessibile di alcuni beni e servizi, sempre più percepiti dalla collettività come essenziali ed irrinunciabili[2].

La pubblica amministrazione gestisce allora la sanità e l'istruzione; organizza la previdenza, i trasporti ed i mercati; costruisce strade, ponti, centri sportivi, compie studi, ricerche; istituisce osservatori economico statici.

La progressiva estensione del suffragio elettorale, con l'affermazione del c.d. Stato pluriclasse, ha inevitabilmente comportato una maggiore sensibilità verso le esigenze sociali che partivano dal basso. Ciò ha determinato gradualmente una crescita qualitativa e quantitativa dell'intervento dello Stato che non solo ha fornito un sostanziale aiuto ai cittadini ma ha rappresentato anche un determinante propulsore per il riequilibrio economico e sociale.

Questi fenomeni aiutano a meglio comprendere perché i pubblici poteri si siano concentrati molto sulle prestazioni, in misura a volte prevalente ai compiti di regolazione ed all'esercizio stesso delle funzioni autoritative pubbliche.

Non a caso queste attività, benché d'impronta propriamente privatistica, sono ormai percepite come qualificanti il ruolo dei soggetti pubblici.

L'attività di prestazione dei servizi ai cittadini ha ormai acquisito un rilievo così importante da affiancarsi a pieno titolo alle tradizionali funzioni che si svolgono mediante provvedimenti autoritativi, connotando il ruolo della moderna amministrazione. L'intervento pubblico diviene così, entro certi limiti, doveroso ed essenziale in settori determinanti della vita consociata, senza eliminare la presenza privata la quale, anzi, proprio nell'ambito del servizio pubblico trova ancora spazi significativi.

Il tema dei servizi pubblici si caratterizza così come punto di convergenza di diverse problematiche di diritto pubblico amministrativo, tra le quali si sottolineano:

- l'elemento organizzativo, posto che l'amministrazione deve garantire la soddisfazione di alcuni bisogni apprestando le strutture necessarie ed individuando idonee modalità di erogazione dei servizi;
- il fattore economico, nel senso che la scelta delle attività da assumere a servizio pubblico per soddisfare bisogni della collettività, e di riflesso la scelta sul modulo organizzativo da adottare, dipendono dalle risorse economiche

disponibili, reperite mediante prelievo tributario oppure con il pagamento di una tariffa a titolo di corrispettivo per il servizio reso; in alcuni casi, la Costituzione impone allo Stato di non riservare all'iniziativa esclusiva dei privati settori particolarmente sensibili, tra i quali l'istruzione;

- il problema delle posizioni giuridiche dei cittadini utenti;
- il tema delle autonomie territoriali, coinvolte in misura rilevante nell'attività di erogazione dei servizi sia per il fatto di essere enti pubblici a fini generali sia per la forte vocazione verso il sociale che naturalmente manifestano in considerazione del rapporto di prossimità con gli elettori;
- il rapporto pubblico-privato, nel senso degli strumenti di coinvolgimento del capitale privato nella gestione e nell'organizzazione dei servizi pubblici (partenariato e società miste pubblico privato).

1.2. Nozione di servizio pubblico

Definire la nozione di servizio pubblico è una delle imprese più ingrato per il cultore del diritto pubblico[3].

La giurisprudenza francese[4], già dalla fine del secolo XIX, aveva associato il concetto di *service public* al diritto amministrativo e poi all'idea stessa di Stato in senso costituzionale.

In Italia, peraltro, fino a quando i rapporti tra apparati pubblici e privati cittadini non furono regolati da un regime "a diritto amministrativo" non fu possibile enucleare un concetto autonomo di servizio pubblico, non essendo distinguibili in modo chiaro l'agire autoritativo da quello paritetico della pubblica amministrazione. Non a caso, ai fini dell'impugnativa giurisdizionale davanti al giudice ordinario, l'art. 2 della legge abolitrice del contenzioso amministrativo equiparava i comportamenti agli atti amministrativi.

Di norma, il riferimento al servizio pubblico rimanda ad un compito realizzato da un soggetto o da un gruppo di soggetti nell'interesse generale. Per il profilo soggettivo è ormai pacifico che il servizio pubblico possa essere svolto anche da privati. Il problema dell'identificazione è allora oggettivo, sui contenuti.

Ad avviso di autorevole dottrina[5] una ricerca sulla nozione giuridica del servizio pubblico appare francamente inutile ed oziosa posto che essa altro non è che un riflesso congiunturale di concetti elaborati dalla scienza economica.

Non a caso, peraltro, le norme che parlano di servizi pubblici evitano di fornirne una nozione, con la vistosa eccezione del diritto penale, settore dell'ordinamento positivo vincolato al rispetto del principio di tassatività della norma.

Il nostro codice penale configura alcuni reati specifici contro la pubblica amministrazione in quanto commessi da un "pubblico ufficiale" oppure da un "incaricato di un pubblico servizio".

L'art. 357 cod. pen., comma 1, considera pubblici ufficiali, agli effetti della legge penale, coloro che esercitano una "pubblica funzione" legislativa, giudiziaria o amministrativa.

Il comma 2 chiarisce che è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi, caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi e certificativi.

L'art. 358 cod. pen. stabilisce che, agli effetti della legge penale, per pubblico servizio deve intendersi un'attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, caratterizzata però dalla mancanza dei poteri tipici di questa ultima e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di

opera meramente materiale.

La definizione del codice penale è preziosa perché, sebbene valevole nell'ambito del diritto penale, esprime comunque un'indicazione dell'ordinamento positivo di cui la normativa penale fa parte. Ha comunque il limite dell'assenza di indicazioni circa il contenuto del servizio pubblico.

Anche la L. 12 giugno 1990 n. 146 fornisce un contributo al sistema, comunque non risolutivo. La legge disciplina l'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali volti a garantire il godimento dei diritti della persona tutelati dalla Costituzione: vita, salute, libertà e sicurezza, libertà di circolazione, assistenza e previdenza sociale, istruzione e libertà di comunicazione.

Questa normativa ha dunque enfatizzato l'interesse generale di imprese regolamentando il diritto di sciopero nel settore delle relazioni sindacali non chiarendo però gli elementi propri e specifici sui quali dovrebbe reggersi la figura del servizio pubblico.

Vi sono però situazioni nelle quali un chiarimento interpretativo sarebbe quanto mai opportuno. E' il caso delle norme che fanno comunque riferimento ai servizi pubblici senza però indicarne in alcun modo il tipo di attività. Si cita ad esempio, l'art. 826, comma 3, cod. civ., che fa discendere dalla destinazione a servizio pubblico l'appartenenza di un bene al patrimonio indisponibile.

Per quanto possa apparire superfluo, va poi menzionato, considerata l'importanza, l'art. 33 del d. lgs. 80 del 1998 - sostituito dall'art. 7 l. 205/2000 - che devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi. La norma, ai fini del riparto di giurisdizione, accoglie una nozione ampia di pubblico servizio, senza però definirlo, includendovi anche le attività di vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, tradizionalmente estranee a tale nozione.

Rispetto alla formulazione originaria dell'art. 33 d. lgs. 80/1998 (che si riferiva a "tutte le controversie"), l'intervento "correttivo" ad opera della sentenza n. 204/2004 della Corte costituzionale[6] ha determinato un notevole ridimensionamento dell'ambito della sua applicazione[7].

Deve quindi concludersi che non esiste una definizione normativa dell'attività costituente il servizio pubblico.

E' più proficuo allora percorrere un'altra strada che guarda da un lato agli elementi organizzativi e dall'altro ai destinatari. In questo senso la figura del servizio pubblico va fondamentalmente ricercata come modello generale di organizzazione che i pubblici poteri possono utilizzare per le attività rivolte ad una collettività e rispondenti ad un interesse generale, eventualmente collegate a funzioni pubbliche, nella misura in cui il loro svolgimento non richieda l'esercizio di poteri.

L'assenza di aspetti autoritativi comporta la possibilità di far uso della capacità di diritto privato anche con il ricorso ad organismi di gestione specializzati, la cui forma giuridica può essere quella delle società per azioni a partecipazione pubblica esclusiva, mista pubblico-privata o totalmente privata.

Per delimitare la nozione di servizio pubblico, possiamo a questo punto considerare superata la contrapposizione tra la concezione così detta soggettiva, che guarda alla natura pubblica del soggetto che eroga il servizio, e quella così detta oggettiva, che guarda invece al destinatario del servizio.

Il servizio pubblico è più esattamente individuabile nella relazione tra soggetto pubblico, o anche privato, che organizza un'offerta pubblica di prestazioni rendendola doverosa, ed utenti, al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento, in capo alla quale sorge un'aspettativa giuridicamente

rilevante.

Il servizio è quindi “pubblico” perché fondamentalmente rivolto al pubblico degli utenti[8], per la soddisfazione dei bisogni della collettività e per il fatto che, a monte, un soggetto pubblico lo assume come doveroso, anche se poi materialmente sia gestito da un privato.

Sul punto si segnala un’interessante decisione del Consiglio Stato[9] secondo cui ai fini della qualificazione di un’attività come servizio pubblico locale o meno occorre considerare l’art. 112 del d. lgs. 267 del 2000 (testo unico degli enti locali – TUEL).

La norma afferma che alla gestione dei servizi pubblici di competenza locale provvedono gli enti territoriali di riferimento; appartengono inoltre a questa categoria d’intervento i “servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”. L’indicazione è molto ampia tale da includere qualsiasi attività svolta dal comune o dagli altri enti locali. La genericità della norma si spiega con la circostanza che gli enti locali sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria (art. 3 TUEL), nel senso che essi hanno la facoltà di determinare da sé i propri scopi e, in particolare, di decidere quali attività di produzione di beni e di servizi siano assunte come doverose, purché genericamente rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile della comunità locale di riferimento (art. 112 TUEL).

Quel che rileva è perciò la scelta politico-amministrativa dell’ente locale di prendere in carico il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo obiettive esigenze della comunità.

Traendo sul punto le conclusioni, la qualificazione di servizio pubblico locale spetta a quelle attività caratterizzate, sul piano oggettivo, dal perseguimento di scopi sociali e di sviluppo della società civile, selezionati in base a valutazioni di carattere eminentemente politico, coinvolgendo la destinazione delle risorse economiche disponibili e la portata dell’impegno, e, sul piano soggettivo, dalla riconduzione diretta o indiretta (per effetto di rapporti concessori o di partecipazione all’assetto organizzativo dell’ente) ad una figura soggettiva di rilievo pubblico[10].

Per la configurabilità di un servizio pubblico locale occorre quindi che il medesimo abbia una sua soggettiva ed oggettiva qualificazione, la quale deve garantire la realizzazione di prevalenti fini sociali, oltre che la promozione dello sviluppo economico e civile delle relative comunità. Non è invece servizio pubblico l’attività alla quale non corrisponda una specifica pretesa degli utenti, come avviene per la gestione di un’opera pubblica o anche per i servizi resi all’amministrazione: si pensi al servizio di pulizia o manutenzione degli immobili, oppure alla gestione del calore degli edifici pubblici[11].

Non sono però mancate interpretazioni che hanno esteso la portata del servizio pubblico, includendo, ad esempio, anche la manutenzione delle strade, valorizzandone in questo caso l’aspetto politico della scelta compiuta dall’ente territoriale[12].

1.3. I soggetti erogatori del servizio pubblico

La tendenza pragmatica dei sistemi giuridici di common law, tra i quali l’ordinamento americano, ha considerato naturale che in materia di *public utilities* determinati servizi, benché proiettati alla soddisfazione di un interesse della collettività, possano essere prodotti e distribuiti anche da soggetti privati.

Le *public utilities* riguardano in particolare la produzione e l’offerta di servizi

tecnologici di utilità collettiva distribuiti nel territorio nazionale, come l'energia (elettricità e gas), l'acqua, le comunicazioni (telefoni, radio Tv, poste) i trasporti (linee aeree, ferroviarie, autostrade). Soprattutto in passato, a questi servizi sono stati affiancati anche i settori di base (acciaio, carbone, petrolio, energia atomica) e le istituzioni finanziarie, in cui frequentemente il settore pubblico di fatto svolge un ruolo rilevante.

Su questo aspetto, nei paesi europei, tra i quali l'Italia, si è registrata una forte evoluzione impressa dall'ordinamento comunitario.

La preoccupazione che il diritto comunitario potesse essere interpretato in senso contrario all'idea stessa di servizio pubblico ha fatto sì che il Trattato di Amsterdam, che ha modificato il Trattato CE, abbia introdotto una nuova disposizione che sottolinea "l'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" (art. 16 TrCE).

Venendo al nostro ordinamento, solo l'art. 43 della Costituzione si occupa espressamente dei servizi pubblici; la norma prevede che l'attività d'impresa in determinati settori, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali, sia svolta esclusivamente dalla mano pubblica (o da cooperative di lavori).

L'art. 43 costituisce il fondamento costituzionale della municipalizzazione, consentendo che il servizio pubblico sia individuabile in tutte le occasioni nelle quali ci si trovi in presenza di esigenze con un livello significativo di utilità generale.

La Costituzione garantisce comunque i diritti civili e politici impegnando, con norme rilevanti (artt. 3, 4, 32, 33, 34, 35, 38), lo Stato legislatore ed i soggetti istituzionali a svolgere attività pubbliche al fine di perseguire l'eguaglianza sostanziale tra i cittadini.

Deve a questo punto distinguersi tra assunzione del servizio e sua erogazione.

Il servizio pubblico è assunto[13] dal soggetto pubblico con legge o con un atto generale, che ne rende doverosa la conseguente attività[14]. Il momento dell'assunzione dunque non può che essere riservato all'autorità pubblica perché consegue ad una valutazione dei bisogni riservata ai soggetti pubblici o, per meglio dire, al livello politico.

Alla fase dell'assunzione del servizio segue quella della sua erogazione e, cioè, la concreta attività volta a fornire la prestazione.

L'erogazione del servizio, va chiarito, non consiste semplicemente in un'attività materiale. Nella delimitazione e nell'attuazione del rapporto tra utente e soggetto erogatore vengono infatti in evidenza atti e fatti di varia natura[15]: legislativi, amministrativi autoritativi, operazioni materiali e contratti di diritto comune (contratti di utenza).

L'ordinamento prevede forme tipizzate di gestione, contemplando spesso anche l'intervento di soggetti privati. E' crescente il fenomeno conosciuto come "esternalizzazione" che si verifica allorché l'esercizio di attività amministrative sia affidato a soggetti diversi dalla pubblica amministrazione, spesso in virtù del principio di sussidiarietà orizzontale; il che avviene attingendo a svariati moduli giuridici già conosciuti dall'ordinamento (concessioni, convenzioni, affidamenti, appalti).

Il legislatore ha introdotto anche l'impiego del "contratto di servizio", strumento per disciplinare i rapporti tra amministrazione e soggetto esercente[16].

1.4. Le tipologie di servizi pubblici

Diverse sono le classificazioni dei servizi pubblici.

Come sopra si è visto, l'art. 43 Cost. consente che la legge possa riservare originariamente o trasferire, espropriando con indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici, a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie d'impresе che svolgano attività le quali, avendo carattere di preminente interesse generale si riferiscano a **servizi pubblici essenziali**. In questo caso, il riconoscimento dell'esistenza di questi servizi, comporta il rifiuto delle logiche del mercato.

Per quanto concerne l'istruzione, invece, gli artt. 33, 34 e 38 Cost. impediscono la creazione di un monopolio pubblico, essendo garantita l'apertura a tutti dello svolgimento del servizio scolastico.

Diversa dalla nozione di servizi pubblici essenziali è quella di **servizi indispensabili**, per tali intendendosi a livello locale i servizi "ritenuti necessari per lo sviluppo della comunità". Tali servizi sono finanziati dai contributi fiscali stabiliti per la loro erogazione e da entrate tributarie integrative. Stato o regioni sono tenuti a garantire risorse finanziarie compensative nel caso in cui introducano, per legge, la gratuità per taluno dei servizi pubblici di comuni e di province, ovvero ne determinino prezzi e tariffe inferiori al costo effettivo della prestazione (v. art. 149, comma 8, T.U. enti locali).

Altra distinzione va fatta per i **servizi sociali**, che l'art. 128 e seguenti del d. lgs. 112 del 1998 definisce come le prestazioni destinate a rimuovere situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della vita. Essi sono quindi prevalentemente orientati alla promozione del benessere della persona; si caratterizzano per il fatto che la loro predisposizione è doverosa da parte degli enti pubblici competenti, aspetto che tuttavia non esclude la possibilità di gestione anche da parte per i privati.

In definitiva, mentre l'ordinamento da un lato impone l'intervento pubblico (come avviene per sanità e scuola), dall'altro non esclude il mercato, al quale riserva uno spazio per l'iniziativa dei privati che negli anni appare sempre più visibile, anche grazie alle iniziative ed alle organizzazioni di volontariato. A questo riguardo, la L. n. 328 del 2000, legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali, ha disciplinato in modo completo il fenomeno dell'assistenza sociale, considerando unitariamente i differenti servizi oggetto di discipline settoriali e precisando che per "interventi e servizi sociali" s'intendono tutte le attività previste dall'art. 128 d.lgs. 112 del 1998.

Questi servizi hanno la finalità di rimediare all'emarginazione e di promuovere l'integrazione sociale. D'altronde, per il profilo costituzionale, i servizi sociali costituiscono l'applicazione concreta del dovere di solidarietà, principio sancito dall'art. 2 Cost., riferibile sia ai soggetti che gestiscono sia ai soggetti destinatari del servizio[17].

Relativamente recente è la nozione di **servizio universale**, che costituisce l' "insieme minimo definito di servizi di qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica e ... a un prezzo accessibile"[18]. E' un servizio rivolto per definizione a tutti i cittadini, indipendentemente dalle loro condizioni personali ed economiche e dall'ubicazione territoriale, in considerazione dell'importanza e della funzione sociale che la prestazione riveste.

Sul punto va spesa qualche parola in merito all'ordinamento comunitario, considerato che la nozione di servizio universale nasce in questo ambito[19].

Va chiarito che, nel diritto comunitario, non figura l'espressione servizio pubblico, al contrario radicata per ragioni culturali e storiche nella tradizione giuridica italiana. Si è già detto che la nozione di servizio pubblico non è affatto univoca e presenta nei vari Stati membri significati diversi, riferendosi di volta in volta al fatto che un

servizio è offerto alla collettività ovvero in altri è offerto da un ente pubblico[20].

Al fine di non pregiudicare l'autonomia degli stati membri, il Trattato ha scelto di adoperare la nozione di "servizi di interesse economico generale" e di elaborare nei documenti delle istituzioni comunitarie la nozione di "servizi di interesse generale"

Ai sensi dell'art. 86, par. 2 (ex art. 90), del Trattato Ce le imprese incaricate della gestione di **servizi di interesse economico generale** soggiacciono alle norme del Trattato, con particolare riguardo al regime della concorrenza nei limiti in cui l'applicazione delle norme comunitarie non si frapponga all'adempimento della particolare missione loro affidata.

La norma del Trattato vuole impedire che la situazione di vantaggio riconosciuta all'impresa che eroghi il servizio si estenda oltre il necessario[21].

Non a caso, l'art. 16 (ex art. 7D) considera l'importanza dei servizi di interesse economico generale, nell'ambito dei valori comuni dell'unione, ed il ruolo significativo nella promozione della coesione sociale e territoriale. Per questo stabilisce che la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del Trattato, provvedono affinché i servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i compiti.

L'introduzione a livello comunitario della nozione di servizio universale comporta che i servizi pubblici non costituiscono soltanto un limite alla concorrenza, ma uno strumento col quale i poteri pubblici (comprese le autorità comunitarie) spingono e promuovono "la coesione sociale e territoriale".

Sempre sotto l'influsso dell'ordinamento comunitario, il nostro Paese ha liberalizzato alcuni settori, in origine chiusi, aprendoli al mercato.

Le attività liberalizzate erano, di norma, in passato gestite in situazione di monopolio da concessionari di servizi pubblici, con barriere all'ingresso destinate ad essere gradualmente abbattute, superando per l'appunto i monopoli con l'abolizione di alcuni diritti speciali ed esclusivi: il completamento della liberalizzazione impone l'uso comune dell'infrastruttura, separando gestione della rete da gestione del servizio.

Alla liberalizzazione nel mercato ha fatto seguito come contrappeso la regolamentazione del mercato medesimo, con la conseguenza che alcune prestazioni possono oggi essere svolte da più imprenditori, spesso in regime di autorizzazione e talvolta con l'imposizione di obblighi di servizio. La liberalizzazione può essere anche parziale, comportando comunque il superamento dell'integrazione verticale e, cioè, la concentrazione di tutte le attività relative al settore in capo ad un unico soggetto.

1.5. I principi applicabili ai servizi pubblici

Quali sono i principi giuridici che permeano l'azione delle amministrazioni, applicabili al settore dei servizi pubblici?

Vi è in primo luogo il principio di **continuità** della prestazione: rispondendo il servizio ad un bisogno della collettività, esso non può subire interruzioni né essere erogato saltuariamente o episodicamente.

Riguardo al **principio di economicità**, l'art. 114, comma 4, T.U. enti locali, afferma che anche i servizi sociali debbono essere erogati rispettando il criterio dell'economicità, vale al dire del pareggio tendenziale tra costi e ricavi.

Riguardo ai principi di **qualità, tutela e partecipazione**, il decreto 286/1999, che ha introdotto il sistema dei controlli interni, impone l'erogazione dei servizi pubblici secondo prassi che tendano a migliorare la qualità, assicurino 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.

L'art. 101 del d.lgs. 206 del 2005, cd. codice del consumo, dispone che la legge

stabilisca, per determinati enti di gestori, l'obbligo di dotarsi di **carte dei servizi**, le quali hanno il compito di rendere espliciti i caratteri ed i contenuti dei servizi offerti al pubblico.

Lo strumento della Carta di qualità dei servizi non è nuovo. Già l'articolo 2 del d.l. 12 maggio 1995 n. 163 (convertito dalla legge 273/1995) prevedeva l'emanazione con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri di "schemi generali di riferimento di carte di servizi pubblici", da adottarsi successivamente dagli enti erogatori. In seguito, l'articolo 11 del d. lgs 30 luglio 1999 n. 286, tuttora vigente, prevede che "le modalità di definizione, adozione e pubblicizzazione degli standard di qualità, i casi e le modalità di adozione delle carte dei servizi, i criteri di misurazione della qualità dei servizi, le condizioni di tutela degli utenti, nonché i casi e le modalità di indennizzo automatico e forfetario all'utenza per mancato rispetto degli standard di qualità" sono stabilite con direttiva del Presidente del Consiglio dei ministri. In particolare, per le regioni e gli enti locali, è previsto che si provveda "con atti di indirizzo e coordinamento adottati d'intesa con la conferenza unificata". L'articolo 2, comma 163, del decreto legge 3 ottobre 2006 n. 262, prevede che, in attuazione del citato articolo 11 del D. lgs 286 del 1999, il Dipartimento della funzione pubblica adotta "un piano per il miglioramento della qualità dei servizi resi dalla pubblica amministrazione e dai gestori di servizi pubblici", definendo in particolare "sistemi di misurazione della qualità dei servizi resi all'utenza".

Da ultimo, l'art. 2, comma 461, L. n. 244 del 2007 (legge finanziaria per il 2008) introduce una pluralità di disposizioni tese ad accentuare la tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti, ed "a garantire la qualità, l'universalità e l'economicità" delle prestazioni rese nell'ambito di servizi pubblici locali.

La disposizione, in particolare, chiarisce che nei contratti di servizio dev'essere previsto, tra l'altro:

a) l'obbligo per il soggetto gestore di emanare una Carta della qualità dei servizi, da redigere e pubblicizzare d'intesa con le associazioni di tutela dei consumatori e con quelle imprenditoriali. La carta deve indicare gli standard di qualità e quantità relativi alle prestazioni erogate; le modalità di redazione ed eventuali procedure conciliative, e "le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza";

b) la consultazione obbligatoria delle associazioni dei consumatori;

c) l'istituzione di una "sessione annuale di verifica del funzionamento dei servizi". Queste disposizioni prevedono un forte coinvolgimento delle associazioni dei consumatori, con poteri di intervento superiori e più specifici di quelli fino a ora previsti.

2. I servizi pubblici locali

2.1. La storia dei servizi pubblici locali in Europa e negli Stati Uniti d'America: cenni.

Rispetto agli altri paesi europei, l'Italia affrontò con ritardo il problema politico, economico e giuridico dei servizi locali.

L'**Inghilterra** fu invece tra le prime nazioni a sperimentare il fenomeno della municipalizzazione. Ciò fu determinato principalmente dalla crescente necessità di fare in modo che i servizi pubblici, sino ad allora gestiti in regime di monopolio da

«Compagnie» private, fossero messi in condizione di soddisfare le pressanti esigenze della cittadinanza anche in conseguenza del processo di massiccia industrializzazione e del conseguente aumento demografico delle maggiori città.

L'iniziativa privata era cinicamente ispirata da finalità di profitto, essa quindi si mostrava da sola inadeguata a soddisfare le nuove richieste della collettività.

Il pragmatismo inglese evitò tuttavia che gli obiettivi pubblici fossero raggiunti con la “rivoluzione sociale” che di recente aveva scosso l'Europa. La società britannica conobbe così alla fine del XIX secolo il *Fabianismo*, un movimento politico e sociale facente capo alla *Fabian Society*, associazione istituita a Londra nel 1883, che proponeva come proprio scopo istituzionale l'elevazione delle classi lavoratrici per renderle idonee ad assumere il controllo dei mezzi di produzione[22].

Il movimento, grazie alla pressione incruenta esercitata sulle strutture politiche del tempo, consentì all'Inghilterra di raggiungere considerevoli risultati che posero quella nazione all'avanguardia nell'opera di miglioramento delle condizioni delle classi sociali.

In particolare, la municipalizzazione dei servizi fu attuata tramite l' “Associazione per le Corporazioni municipali”, alla quale parteciparono circa trecento municipi, compresi i borghi del Galles e dell'Irlanda. L'Associazione attuò un programma rivolto alla valorizzazione delle attività alle quali, nell'interesse delle singole comunità, i municipi potevano chiedere di essere coinvolti.

Grazie alle spinte solidaristiche dell'Associazione, si ebbe tra l'altro un miglioramento delle condizioni igieniche e sanitarie delle principali città, realizzato mediante la ricostruzione di quartieri insalubri. Questo incentivò l'intervento diretto delle singole amministrazioni locali nella gestione dei principali esercizi pubblici: gli acquedotti, il gas, le tramvie e l'elettricità, attività che furono assunte in via diretta, soddisfacendosi in tal modo - anche grazie alla disciplina normativa subentrata fra il 1847 e il 1894 - le necessità di risanamento igienico e sanitario.

In **Francia**, paese che emergeva da circa un secolo di lotte interne figlie della Rivoluzione, il problema dei servizi pubblici fu assunto in prima battuta dal Partito socialista che, al Congresso di Le Havre nel 1880, introdusse nell'agenda politica il programma del “*socialismo municipale*” con il quale si affermava il principio d'indipendenza dei comuni per la parte relativa all'amministrazione ed alla polizia.

Il programma annoverava, fra gli altri, l'obiettivo della gestione diretta dei principali servizi pubblici con la previsione della clausola della fornitura gratuita o, almeno, al prezzo di costo, per gli operai.

In seguito ad una serie di contrasti fra le varie tendenze e correnti socialiste, la municipalizzazione fu attuata in Francia, in modo molto simile all'Italia, per il tramite di leggi speciali per la gestione diretta di alcuni servizi pubblici con o senza monopolio. L'intervento legislativo fu quindi il risultato, entro limiti contenuti, del compromesso fra la tendenziale resistenza, a volte radicale, della classe politica dirigente e dei gruppi capitalistici e la pressione sociale dal basso determinata dalle crescenti necessità collettive.

L'esperimento della gestione diretta venne attuato anche in **Belgio** limitatamente al comune di Bruxelles e solo per il gas illuminante e il riscaldamento.

La fine della prima guerra mondiale, con i primi accenni di una incipiente crisi economica, produsse tra gli altri il fenomeno dell'urbanesimo.

Lo spostamento delle popolazioni dalle campagne alle città era dettato dalla ricerca di condizioni di vita meno precarie e di un reddito certo. Tutto questo dilatò a dismisura le pretese collettive alle quali, seppure in linea con i tempi critici, si diede risposta mediante l'assunzione diretta di una vasta categoria di servizi, quali le cucine

popolari, la vendita della carne e del pesce congelati, le case popolari, persino i cinematografi e le assicurazioni.

Per l'epoca attuale si farebbe difficoltà ad attribuire il carattere "pubblico" a molti di tali servizi, carattere che tuttavia va rapportato al primo dopoguerra, momento nel quale le difficoltà economiche di vaste categorie della popolazione potevano essere alleviate proprio grazie all'intervento pubblico statale.

La **Spagna** estese la "municipalizzazione" a tutti i comuni solo a seguito della riforma dell'ordinamento comunale del 1924. Con la nuova disciplina i comuni furono autorizzati all'assunzione diretta anche con privilegio di monopolio.

L'ampia autonomia di cui godevano i comuni in **Germania** ed in **Austria**, agevolò l'espansione dei servizi pubblici anche attingendo spesso allo strumento dei consorzi cui furono ammessi a partecipare tanto i comuni, le province e i distretti, quanto società miste.

Negli **Stati Uniti d'America**, diversamente dalle realtà nazionali europee, il fenomeno della "municipalizzazione" coinvolse le *Trade Unions* molto più delle amministrazioni cittadine. In quel Paese, infatti, le organizzazioni sociali e sindacali istituirono le cosiddette "leghe municipali", allo scopo di incalzare le amministrazioni perché svolgessero determinate attività municipali aventi carattere sociali.

I risultati di questi movimenti e associazioni furono deludenti ed inadeguati rispetto all'azione di rinnovamento sociale da essi altrimenti conseguita nel mercato del lavoro, forse perché erano venuti alla luce più con intendimenti e prospettive sociali che non come strumenti risolutivi dei problemi economici posti alla base dell'espansione e dell'offerta pubblica dei servizi generali.

In Italia, come si vedrà nel paragrafo successivo, la legge sulla assunzione diretta dei pubblici servizi fu varata nel 1903.

2.2. La Storia in Italia: la legge 103 del 29 marzo 1903

Il primo disegno di legge in materia di servizi pubblici locali, presentato dal ministro dell'Interno Giovanni Giolitti, fu approvato con la legge 103 del 29 marzo 1903 che costituì per il Regno dell'Italia unita la prima normativa "sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni"[23].

La legge 103 del 1903 nasceva, da un lato, da sollecitazioni di natura sociale, avvertendosi la necessità di "perseguire mediante la municipalizzazione dei pubblici servizi una risposta efficace alla crescente intensificazione della vita urbana, legata non solo al progressivo ingrandimento della città, ma alla moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorreva dare riscontro con mezzi sociali"[24].

Dall'altro la legge intendeva frenare la tendenza dei comuni a concedere indiscriminatamente gli impianti e l'esercizio dei servizi municipali ad imprenditori privati, scelta politica in parte obbligata dagli investimenti ingenti, difficilmente sopportabili dalle finanze comunali, che soprattutto nelle grandi città l'organizzazione e la gestione di tali servizi imponevano. Ciò tuttavia scaricava inevitabilmente il costo del servizio sull'utenza.

Infine, la legge 103 del 1903 aveva un altro obiettivo politico da realizzare di carattere "autoritario": il controllo statale del fenomeno della municipalizzazione. Un numero crescente di amministrazioni comunali, sorreggendosi su disposizioni legislative che per alcuni settori espressamente indicati consentivano l'assunzione diretta del servizio, avevano in sordina attuato un sistema "occulto" di municipalizzazione.

La presenza di una situazione di fatto, che si stava moltiplicando in misura non controllabile sul piano giuridico e politico, accelerò l'intervento del legislatore che

dettò minuziose prescrizione in materia, con il duplice obiettivo di regolare l'assunzione diretta dei pubblici servizi, in risposta alle crescenti esigenze economico sociali dell'epoca, e d'introdurre un sistema complesso che in un certo senso contenesse lo sviluppo confuso e disomogeneo del fenomeno.

Lo Stato, nel tentativo di razionalizzare e uniformare sul territorio i servizi pubblici, compì uno sforzo finanziario notevole per sottrarre la gestione dei servizi pubblici alle concessioni private, trasferendole progressivamente ai comuni. A confortare questa nuova direzione non era estranea l'aspettativa che la gestione tramite le municipalizzate sarebbe stata "fonte di equi profitti, a sollievo dei contribuenti", secondo una prassi che nella vicina Inghilterra aveva dato buoni risultati.

I critici della municipalizzazione ritenevano però improbabile, e non del tutto a torto, che un'azienda pubblica potesse essere gestita con criteri e con efficienza imprenditoriali. Tuttavia, anche per gli scettici, la crescente domanda di servizi rendeva improcrastinabile un intervento il più possibile organico e diretto da parte degli enti pubblici[25].

Questa legge non ha fornito una definizione di servizio pubblico, né ha delineato i connotati essenziali per individuarlo; ha comunque fissato le condizioni ed i presupposti necessari per procedere alla loro assunzione da parte dei comuni, stabilendo una serie di regole amministrative ed organizzative per la gestione diretta dei servizi di primaria necessità in alternativa alla concessione ai privati.

L'art. 1 enumerava in modo non tassativo la maggior parte dei servizi pubblici che i comuni potevano gestire direttamente tramite la costituzione di un'azienda speciale distinta dall'amministrazione comunale. I bilanci ed i conti dell'azienda dovevano essere separati.

L'elenco era meramente dimostrativo; esso rimarrà, peraltro, invariato nella successiva disciplina legislativa, rappresentando la diretta conseguenza della difficoltà, derivanti dai contrasti politici fra gli orientamenti che ne avevano accompagnato la nascita, di fornire una definizione esatta del servizio pubblico.

La legge introdusse in sostanza un sistema che qualificava pubblico il servizio nel momento in cui questo fosse stato municipalizzato con la conseguenza che, nel difetto di determinatezza del concetto generale di servizio pubblico, l'elenco dimostrativo dell'art. 1 assunse per paradosso valore tassativo, limitando di conseguenza per il futuro le possibilità di espandere l'oggetto della municipalizzazione.

Per gli aspetti gestionali, le municipalizzate erano rette da una Commissione amministrativa e presiedute da un Direttore.

Il consiglio comunale era competente per l'assunzione diretta del pubblico servizio e per il regolamento speciale dell'azienda.

I bilanci delle aziende richiedevano l'approvazione della commissione amministrativa e, messi a disposizione degli elettori, erano poi deliberati dal consiglio comunale e approvati dalla giunta provinciale amministrativa.

Ottimistica la previsione secondo cui gli utili netti accertati sarebbero stati devoluti al bilancio ordinario del comune mentre più saggia e realistica, quella secondo cui eventuali perdite sarebbero state coperte con la parte straordinaria della spesa di bilancio comunale.

Il legislatore dell'epoca, preoccupato già allora dal verificarsi di fenomeni di distrazione e di clientelismo, sottopose le aziende al controllo prefettizio in caso di gravi e persistenti irregolarità per le quali poteva disporsi anche il decreto di revoca.

La legge prevedeva che i servizi di non grande rilevanza potevano essere riuniti e svolti da un'unica azienda e consentiva che più comuni si consorziassero per gestire i

servizi pubblici dei loro territori.

In sintesi, quindi, questi erano gli obiettivi fondamentali che la legge 103 del 1903 auspicava di raggiungere:

- consentire ai comuni di assumere per via ordinaria la gestione diretta dei servizi pubblici, tramite l'istituzione di aziende speciali;
- promuovere l'assunzione di responsabilità da parte dei comuni nella valutazione della convenienza economica della gestione diretta dei servizi pubblici; assunzione di responsabilità estesa ai cittadini, chiamati a pronunciarsi in merito mediante referendum;
- prevedere il controllo da parte delle autorità comunali, ed anche governative, sul funzionamento e sull'andamento di gestione delle municipalizzate;
- favorire l'assunzione, da parte dei comuni, della gestione diretta dei servizi pubblici, mediante l'introduzione di agevolazioni finanziarie; questo anche nel caso di riscatto di un servizio pubblico dato in concessione, successivamente revocata.

L'art. 13 della legge n. 103 del 1903 dettava una norma di rilievo storico la quale introduceva il primo caso di utilizzo in Italia di un istituto molto vicino, se non coincidente, al referendum, termine peraltro non utilizzato nel testo dell'articolo[26].

La legge fu importante perché con essa il servizio pubblico cominciò ad assumere una dimensione autonoma, benché fosse difficile distinguerlo dalla funzione pubblica, in quanto la linea di confine tra i comportamenti di spettanza pubblica necessaria e quelli indispensabili per l'esistenza ed il benessere della collettività non era stata tracciata né lo sarà mai a livello normativo ed ordinamentale.

Non a caso il problema fu affrontato più che sul piano teorico della ripartizione dei compiti pubblici, su quello operativo degli strumenti giuridici utilizzati per realizzarli, giungendo alla conclusione che, per organizzare la gestione e l'erogazione dei servizi pubblici, fosse necessario ricorrere a moduli e mezzi mutuati dalle scienze tecnico-aziendalistiche, anziché a quelli burocratico-amministrative[27].

2.3. Il regio decreto 2578 del 15 ottobre 1925

Alla legge 103 del 1903 fece seguito il r.d. 30 dicembre 1923, n. 3047, che conteneva due importanti misure: con la prima si consentiva, entro limiti precisi, anche alle province l'assunzione di alcuni pubblici servizi; con la seconda si autorizzava il Governo a riunire e coordinare in un testo unico l'intera disciplina della materia, anche con riguardo a norme dettate successivamente alla stessa legge del 1923.

Fu quindi emanato il r.d. n. 2578 del 15 ottobre 1925, contenente il testo unico sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni e delle province, il quale per decenni, anche dopo il regime fascista, ha costituito la disciplina fondamentale della materia, fermo restando le norme di esecuzione ancora contenute nel regolamento del 1904.

Il r.d. 2578 del 1925 fu poi integrato da alcune disposizioni di carattere particolare, le quali tuttavia trovarono sempre il loro limite finale nel testo unico del 1925[28].

L'assunzione da parte dell'amministrazione comunale di determinate attività di prestazione, il cui esercizio era giudicato di interesse pubblico, era libera qualora il servizio dovesse essere condotto in regime concorrenziale alle imprese private; limitata, invece, se doveva svolgersi in regime di monopolio; in questo caso, la possibilità di assumere il servizio con diritto di privativa, comportando una compressione dei diritti privati, doveva avvenire per legge; in particolare per gli enti

pubblici minori (comuni e province) l'assunzione in monopolio poteva avvenire per deliberazione degli organi dell'ente soltanto per quei servizi per il quale la legge formale espressamente prevedeva questa possibilità [29].

Come l'art. 1 della L. 103 del 1903, così il r.d. 2578 del 1925 (ed in seguito la Legge 16.6.1938 n. 851 e la legge. 29.12.1969 n. 1042) confermava il carattere semplicemente dimostrativo nell'indicazione dei servizi pubblici dei quali i comuni potevano assumere la gestione diretta. L'elenco aveva quindi valore non tassativo ma esemplificativo, non essendo ben precisa, per le ragioni già esposte, la definizione del pubblico servizio, specie agli effetti della municipalizzazione.

I servizi municipalizzati potevano essere amministrati o in regime di "gestione diretta", vale a dire a cura degli stessi organi del comune ovvero dandoli in concessione a privati.

La gestione diretta poteva svolgersi "in economia" o con la costituzione di "aziende speciali".

Nell'ambito della gestione diretta il servizio in economia era ammesso di regola per alcuni dei servizi espressamente contemplati all'art. 1[30] ovvero per altri di tenue importanza in rapporto a quella del comune. La gestione in economia era inoltre preferibile rispetto alla costituzione di un'azienda speciale per quei servizi che non avevano carattere prevalentemente industriale.

Per alcuni servizi di non grande importanza o di tale natura da potersi riunire convenientemente, poteva essere costituita un'unica azienda, mantenendo tuttavia separata le contabilità.

Il servizio in economia, introdotto già dall'art. 16 l. n. 103/1903, fu in seguito disciplinato dall'art. 15 t.u. n. 2578/1925 il quale, a formale garanzia del pubblico interesse nel caso dei servizi comunali, disponeva per la sua assunzione una complessa procedura, automaticamente semplificata durante il periodo fascista dall'ordinamento podestarile, laddove non vi erano situazioni d'incompatibilità [31].

I comuni potevano assumere alcuni dei servizi in regime di monopolio (trasporti funebri, macelli pubblici e mercati; distribuzione del latte). Di fatto, si trattava di quei servizi i quali richiedevano l'uso di beni del demanio comunale[32].

Tra i servizi non indicati espressamente nei testi legislativi che più di frequente i comuni erano sensibili ad assumersi, si menziona per importanza quello dell'istruzione elementare e secondaria.

La municipalizzazione dei servizi passava per una delibera del consiglio comunale ed era soggetta al controllo di merito del comitato regionale di controllo (art. 19 T. U. citato). Particolari indennizzi erano previsti per i casi in cui si incideva sui diritti di precedenti concessionari (art. 24)[33].

Le aziende speciali erano titolari della capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine e di stare in giudizio per le azioni che ne conseguono.

Esse erano soggette alla vigilanza del consiglio comunale, che aveva il potere di esame dell'andamento. Le aziende municipali – le quali erano rette da regolamenti speciali – avevano un regime analogo a quello delle aziende autonome statali: pur facendo parte dell'organizzazione del Comune (e non essendo persone giuridiche) godevano di una notevole autonomia amministrativa. La mancanza di personalità comportava la responsabilità del comune per eventuali passività.

Gli utili netti dell'azienda, accertati dal conto approvato e detratto quanto si riteneva di destinare al miglioramento ed allo sviluppo della azienda stessa, ed anche a ridurre le tariffe dei servizi, erano devoluti al bilancio comunale nei modi e nei tempi stabiliti dai regolamenti speciali delle singole aziende.

Alle perdite (facili a verificarsi) si faceva fronte col fondo di riserva ed in caso di insufficienza, con appositi stanziamenti nella parte straordinaria della spesa del bilancio comunale.

Le aziende erano governate da una commissione amministratrice eletta dal consiglio comunale (destinata ad essere modificata ad ogni rinnovo del consiglio comunale: L. 15.5.1970 n. 308) ed avevano come organo esecutivo un direttore, impiegato nominato dalla commissione con pubblico concorso, per un triennio e con possibilità di rinnovo del rapporto.

I bilanci e le deliberazioni relative alle spese erano soggette alle verifiche del consiglio comunale e del comitato regionale di controllo che poteva inoltre annullare le deliberazioni illegittime[34]. L'art. 27-nonies l. 26.2.1982 n. 51 prescriveva che il conto consuntivo dovesse essere sottoposto all'esame di un collegio di revisori dei conti nominato dal consiglio comunale al fine di vigilare sulla regolarità contabile ed in generale sulla gestione economico finanziaria dell'azienda, attestando la rispondenza del rendiconto alle risultanze delle scritture contabili e redigendo un'apposita relazione per il consiglio.

3. La legge n. 142 dell'8 giugno 1990 sull'ordinamento degli enti locali (OAL)

La legge 142 del 1990 (OAL) ha impresso una energica evoluzione al sistema delle autonome locali, riconoscendo potestà statutaria a comuni e province ed aprendo la via verso una differenziazione tra le diverse realtà territoriali, fermo rimanendo il rispetto dei principi generali ed unitari dell'ordinamento.

Anche la disciplina dei servizi pubblici locali conferma l'impostazione di fondo del potenziamento delle autonomie.

La nozione di servizio pubblico proposta dall'art. 22, 1° comma, L. n. 142/1990 è infatti più ampia di quella che in passato si ricavava dal testo unico sulla municipalizzazione perché comprendeva oltre alle attività imprenditoriali, rivolte alla produzione di utilità a favore dell'utenza pubblica, anche le attività non imprenditoriali dirette a promuovere lo sviluppo economico e sociale, per le quali è peraltro suggerita alla lettera d) del comma 3, la forma di gestione mediante "istituzione" (comma 3, lett. d).

Secondo l'art. 22, comma 1, L. n. 142/1990 il servizio pubblico è condotto secondo schemi prevalentemente imprenditoriali intesi a fornire al cittadino un'utilità pubblica, di regola, in regime di diritto comune.

Su questo aspetto, la distinzione tra nozione di servizio e quella di funzione sembra essere più netta (art. 9, 14 e 19 L. n. 142/1990), anche se in questo caso si rischia di confondere l'effetto con la causa perché la funzione, per sua natura, non può avere carattere imprenditoriale, implicando generalmente l'esercizio di poteri di carattere autoritario. Occorre riflettere infatti sulla circostanza che solo il servizio pubblico, proprio perché non è una funzione, può essere svolto anche mediante attività privatistica, cosa che non sembra possibile per la funzione pubblica[35].

La coeva legge 26 aprile 1990 n. 86 - contenente nuove norme in materia di delitti contro la PA - chiarisce all'art. 18 che per pubblico servizio deve intendersi un'attività che pur essendo disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione si caratterizza per la mancanza di poteri autoritari[36].

Il carattere economico ed imprenditoriale della maggior parte dei servizi pubblici impose una programmazione nello svolgimento del servizio ed un coordinamento nell'attività dei vari enti locali.

A ciò provvede il legislatore nazionale con diversi interventi, alcuni dei quali molto significativi per l'importanza dei settori. Quali esempi si ricorda la L. 10 aprile 1981 n. 151 che, in materia di trasporti pubblici locali, introdusse i piani dei bacini di traffico; la L. 29 ottobre 1987 n. 441 in materia di piano di smaltimento dei rifiuti solidi urbani; la L. 20 gennaio 1991 n. 10, in materia di piano per l'utilizzo delle fonti di energia.

La gestione del pubblico servizio doveva essere improntata ad efficienza ed economicità tanto che anche per gli enti di gestione dei servizi pubblici sussisteva l'obbligo del pareggio del bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi. A questo scopo le aziende erano tenute a presentare annualmente una certificazione intesa ad accertare il tasso di copertura di costi a mezzo delle entrate ordinarie.

L'art. 22 della L. 142 del 1990 disponeva che i pubblici servizi potessero essere gestiti nelle seguenti forme:

- a. **in economia:** quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio rendevano non opportuna la costituzione di un'azienda o di un'istituzione;
- b. **concessione a terzi:** qualora sussistevano ragioni di carattere tecnico (per il fatto che le attrezzature tecnologiche di gestione richiedevano professionalità, esperienze o ingenti capitali di cui l'amministrazione non dispone) ovvero di natura economica (allorché il costo del servizio affidato a terzi comportasse un costo di gran lunga inferiore);
- c. a mezzo di **azienda speciale:** quando lo svolgimento del servizio implicava un'attività imprenditoriale caratterizzata da snellezza, managerialità ed autonomia;
- d. a mezzo d' **istituzione** per l'esercizio di servizi sociali che non avessero rilevanza imprenditoriale;
- e. a mezzo di **società per azioni a prevalente capitale pubblico** qualora si fosse ravvisata l'opportunità in relazione alla natura del servizio da erogare di fare partecipare alla gestione altri soggetti pubblico o privati;
- f. a mezzo dell'**unione fra più comuni** come fase transitoria la gestione era assicurata tramite convenzione fra comuni in vista della definitiva fusione degli stessi.

3.1. Istituzioni ed aziende speciali

Qual è la differenza, sotto il profilo dei requisiti soggettivi, tra istituzione ed azienda speciale, secondo l'ordinamento degli enti locali?

L'istituzione era munita di autonomia gestionale, l'azienda speciale era dotata di soggettività giuridica essendo soggetto strumentale dell'ente locale, dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale.

L'azienda speciale disponeva quindi di un proprio capitale di dotazione ed era titolare di propri diritti patrimoniali, poteva poi stipulare tutti i contratti che si rendessero necessari per lo svolgimento della gestione e contrarre mutui assistiti da garanzie reali sui propri beni patrimoniali ovvero da delegazioni sulle proprie entrate.

Per l'azienda speciale il consiglio comunale approvava solo lo statuto; per l'istituzione, lo statuto e regolamento.

L'azienda speciale per l'autonomia patrimoniale e per l'agilità della gestione, costituiva indubbiamente lo strumento più idoneo per lo svolgimento dei servizi pubblici di tipo imprenditoriale. Essa era inoltre legittimata ad agire e resistere in

giudizio, senza autorizzazione da parte del comune[37].

Alla costituzione dell'azienda speciale si procedeva con deliberazione consiliare (art. 32, comma 2, lett. f) L. n. 142/1990).

Gli organi amministrativi dell'azienda speciale erano:

- a. il consiglio di amministrazione (precedentemente denominato "commissione amministratrice);
- b. il presidente;
- c. direttore.

Le modalità di nomina e di revoca degli amministratori erano determinate dallo statuto dell'ente locale (art. 23, comma 3).

L'ordinamento dell'azienda era disciplinato da uno statuto aziendale, approvato dal consiglio comunale o provinciale (art. 23, comma 1), il quale non poteva essere in contrasto con le norme dello statuto comunale.

Sotto il profilo oggettivo, le aziende speciali potevano essere costituite solo per quei servizi per i quali la legge consentiva la municipalizzazione (art.1 t.u. 1925)[38]. Per alcuni di essi, la legge consentiva l'assunzione in regime di privata[39].

La deliberazione di assunzione del servizio mediante azienda speciale doveva essere corredata da un progetto di massima tecnico-finanziario, il quale poneva in evidenza i mezzi con i quali il comune intendeva fare fronte alle spese di impianto e di gestione del servizio. Se il servizio era stato gestito precedentemente dai privati, era necessario fornire indicazioni in ordine al personale dipendente dall'impresa privata, che sarebbe stato trasferito all'azienda municipalizzata e la cui consistenza non poteva essere aumentata.

Con la stessa deliberazione poteva essere disposta previa intesa con gli enti interessati l'estensione del servizio al territorio di altri comuni.

3.2. Società a prevalente capitale pubblico

I comuni e le province avrebbero potuto gestire i servizi pubblici a mezzo di società per azioni (art. 22 comma 3 L. n. 142/1990).

Mentre l'azionariato di Stato già da tempo era disciplinato dal legislatore, mancava un formale riconoscimento normativo dell'azionariato degli enti locali, benché ammesso dalla prassi e dalla giurisprudenza[40].

La costituzione di società a partecipazione azionaria comunale era consentita solo qualora avesse trovato giustificazione, in relazione al servizio da erogare, la partecipazione di soggetti pubblici o privati. Il soggetto, sia privato sia pubblico, che avesse una quota minoritaria, doveva di norma essere già presente nel settore operativo di riferimento del servizio pubblico, in modo da potere fornire un apporto non solo finanziario ma anche di esperienza e di capacità.

La delibera con cui si disponeva la costituzione di una nuova società o la partecipazione ad una società preesistente era di competenza consiliare ed era soggetta al controllo necessario da parte del comitato di controllo (art. 32, comma 2, lett. f) OAL). Doveva contenere esplicitamente le motivazioni che consigliavano la costituzione di una società per lo svolgimento del servizio; non era sufficiente il solo motivo di reperire risorse finanziarie.

Non era in particolare ammessa la trasformazione dell'azienda speciale in società di capitale al solo scopo elusivo di ovviare agli obblighi della tesoreria.

La partecipazione dell'ente locale ad una società per azioni di pubblico servizio incontrava le seguenti limitazioni:

- a. prevalenza del capitale pubblico, non essendo sufficiente che l'ente pubblico trovasse una situazione di comando ma era necessario il possesso del

pacchetto costituito dal 51% delle azioni. A questo fine non era richiesta la detenzione del pacchetto di maggioranza da parte di un solo ente pubblico, essendo sufficiente la compresenza di più enti pubblici anche non territoriali che detenessero complessivamente la maggioranza delle azioni.

b. necessaria compresenza di altri soggetti: anche successivamente alla costituzione della società, doveva essere assicurata la composizione pluralista dell'assetto proprietario tra soggetti pubblici e privati. Era quindi vietato l'acquisto dell'intero pacchetto azionario da parte di un solo ente pubblico con la conseguente creazione di una società unipersonale, non potendo l'ente locale essere l'unico responsabile dell'insolvenza. Si rammenta al riguardo che l'art 2362 cod. civ. prevedeva la responsabilità illimitata del socio unico azionista.

c. inerenza ai fini istituzionali dell'ente pubblico: la generica capacità di diritto privato riconosciuta agli enti pubblici trovava un limite nei fini istituzionali dell'ente pubblico; la società pertanto non avrebbe potuto svolgere attività estranee ai fini istituzionali dell'ente locale e doveva essere circoscritta al territorio di quest'ultimo, anche se gli effetti potevano eccezionalmente prodursi in altri comuni.

Riguardo alla natura giuridica, la società a partecipazione pubblica era un soggetto di diritto privato, con sottoposizione alle norme del codice civile in materia di società commerciali.

L'affidamento del pubblico servizio avveniva con lo strumento della concessione, il cui conferimento doveva salvaguardare l'osservanza delle norme tese ad assicurare la selezione del concessionario, non potendosi privilegiare la società per il solo fatto che essa era stata costituita con prevalente capitale pubblico.

I rappresentanti del comune nella società erano soggetti a responsabilità nei confronti sia della società sia del comune che li aveva designati.

Spettava al consiglio comunale nominare e revocare i rappresentanti del comune nelle società per azioni alle quali il comune partecipava (art. 32, comma 2, lett. h L. n. 142/1990).

La carica di consigliere comunale o provinciale era incompatibile con quella di rappresentante dell'ente nella società a prevalente partecipazione pubblica, questo perché l'ente pubblico aveva il controllo sull'osservanza, da parte della società concessionaria, delle norme del capitolato di concessione del servizio.

4. La disciplina dei servizi pubblici locali secondo il d. lgs. n. 267 del 10 agosto 2000 (testo unico degli enti locali)

La disciplina dei servizi pubblici locali è attualmente contenuta negli articoli 112 e seguenti del d. lgs. 267 del 10 agosto 2000, il testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali (TUEL) che ha assorbito la normativa contenuta nella L. 142/1990 e gli interventi legislativi modificativi susseguitisi nel corso degli anni.

L'art. 112, comma 1, d. lgs. 267/2000 chiarisce che gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.

Il secondo comma attribuiva alla legge il compito di riservare alcuni servizi in via esclusiva ai comuni e alle province. La norma è stata abrogata, come si vedrà più approfonditamente in seguito, dall'articolo 35, comma 12, della legge 28 dicembre 2001, n. 448.

Anche ai servizi pubblici locali ora trovano applicazione i criteri e le regole sulla qualità dei servizi pubblici locali e sulle carte dei servizi previsti dal decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286 (comma 3).

Le forme di gestione sono disciplinate ora dall'art. 113 del d. lgs. 267/2000 che riprende l'elenco dell'art. 22 della legge n. 142/1990, con l'importante novità consistente nella possibilità di costituire società per azioni "senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria".

La norma ha dato origine a diverse questioni che sono state e continuano ad essere motivo di dibattito in dottrina e in giurisprudenza. Essa non a caso ha provocato una procedura d'infrazione da parte della Commissione europea, inducendo il legislatore ad introdurre nell'articolo in questione diverse modifiche.

L'art. 112 contemplava nella sua versione originaria le seguenti cinque forme di gestione dei servizi pubblici:

- a) **in economia**, nel caso di servizio che per caratteristiche o modeste dimensioni renda non opportuno[41] costituire una istituzione o una azienda;
- b) **in concessione a terzi**, in caso di ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale;
- c) a mezzo di **azienda speciale**, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale;
- d) a mezzo d'**istituzione**, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale;
- e) a mezzo di **società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale** costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati;
- f) a mezzo di **società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria**[42].

La disciplina sui servizi pubblici locali poneva sin da subito due problemi: il primo riguardava la modalità di scelta del socio, nel caso di costituzione di società di capitali con partecipazione di soggetto privato; il secondo, una volta individuato il socio e costituita la società, se occorresse una seconda gara per l'affidamento in concreto del servizio.

Sul primo aspetto, si rammenta che l'art. 22 L. 142/1990, sostituito dall'art. 113 d. lgs. 267/2000, nel prevedere la costituzione di società a partecipazione maggioritaria pubblica, nulla disponeva in merito al sistema di selezione del socio di minoranza. Sul punto, intervenne l'art. 12 della legge n. 498 del 23.12.1992 (Interventi urgenti in materia di finanza pubblica) che, nel consentire anche la partecipazione privata di maggioranza, delegava il governo ad adottare un decreto legislativo volto a disciplinare l'entità e la misura minima della partecipazione dell'ente locale al capitale sociale, anche per assicurare il diritto di chiedere la convocazione dell'assemblea. In questo senso il decreto legislativo avrebbe dovuto disciplinare anche i criteri di scelta dei possibili soci mediante procedimento di confronto concorrenziale, in coerenza ai principi della normativa comunitaria con particolare riguardo alle capacità tecniche e finanziarie dei soggetti stessi.

Sul secondo aspetto, fino al 2001 la normativa deponeva nel senso che la società per azioni, una volta costituita, potesse ottenere la gestione del servizio pubblico prescindendo dal provvedimento concessorio e dalla procedura di gara.

A sostegno di simile soluzione vi erano diversi argomenti.

In primo luogo, la giurisprudenza sosteneva che la necessità della procedura pubblica per la scelta del socio privato appariva uno strumento equilibrato e

proporzionato soltanto nel caso in cui la società dovesse poi essa stessa svolgere il servizio pubblico.

Diversamente la costituzione di una società a partecipazione mista sarebbe apparsa un “salto nel buio”. Si considerava infatti in contrasto con il principio di ragionevolezza e di economicità l’istituzione di una società per azioni da parte dell’ente locale, senza alcuna certezza sul fatto che la medesima società avrebbe effettivamente gestito il servizio pubblico.

A sostegno dell’affidamento diretto si richiamava l’art. 113 TUEL, nel suo testo originario, norma che tra le diverse forme di gestione del servizio pubblico, poneva in alternativa tra loro, da un lato, la concessione (lett. b), per la quale è richiesta la procedura concorsuale, e, dall’altro, la società per azione a partecipazione pubblica (lett. e), per la quale è richiesta la procedura concorsuale per la ricerca del socio[43].

La disciplina così delineata è stata ritenuta non compatibile con i principi comunitari per violazione dell’art 226 del Trattato Ce.

La Commissione europea nel 1999 avviò nei confronti dell’Italia una procedura d’infrazione ravvisando l’evidente incompatibilità tra l’art. 22 L. 142/1990 (poi art. 113 TUEL) nella parte in cui permetteva l’affidamento diretto al socio privato e le direttive CEE 92/50 e 93/30 in relazione al mancato rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza, parità di trattamento e proporzionalità.

L’Italia ha replicato con due circolari della Presidenza del consiglio[44], dipartimento delle politiche comunitarie.

Con la prima (circ. n. 12727 del 2001), il governo italiano ha affermato che la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione, in linea con l’orientamento della Corte di giustizia europea, quando manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, com’è nel caso di delegazione interorganica o di servizio affidato in house (così come in passato aveva ritenuto la Corte di giustizia, nella sentenza Teckal, 18 novembre 1999, causa C-107/98).

E’ quindi esclusa l’applicazione delle direttive comunitarie sulle procedure dell’evidenza pubblica nel caso in cui, pur essendo stipulato un contratto tra un ente locale ed una persona giuridica da questo distinta, vi sia un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la persona giuridica realizzi la parte più importante della propria attività con l’ente o gli enti locali che la controllano.

Il governo ha quindi affermato che in merito all’affidamento della gestione del servizio ad una società per azioni mista, la procedura ad evidenza pubblica va rispettata nei seguenti casi: per la scelta dei soci privati ai fini della costituzione di società con partecipazione di capitale pubblico per l’affidamento di un pubblico servizio e nei casi in cui la società di servizi pubblici decidesse di subappaltare a terzi i servizi affidati.

Con la seconda circolare (circ. n. 3944 del 2002), il governo ha definito le nozioni di concessione di lavori e di concessione di servizi, in rapporto alla contigua figura dell’appalto di servizi pubblici. In assenza di una precisa normativa sul punto, il chiarimento di queste nozioni serviva, infatti, a stabilire in negativo in confini del c.d. affidamento *in house* e, di conseguenza, ad individuare i casi per i quali non è necessaria la procedura concorsuale.

Mentre nel caso della concessione di pubblico servizio, il concessionario si sostituisce all’ente concedente nell’esercizio dei compiti propri di quest’ultimo svolgendo un’attività destinata a soddisfare gli interessi della collettività, nell’appalto pubblico l’appaltatore si limita ad eseguire la prestazione di lavori, servizi e fornire in favore dell’ente pubblico appaltante. Il concessionario quindi, a differenza

dell'appaltatore, si surroga all'ente pubblico concedente nell'esercizio dell'attività spettante a quest'ultimo

Sia negli appalti pubblici sia nelle concessioni di pubblico servizio è tuttavia comune la caratteristica che l'appaltatore ed il concessionario sono estranei all'ente, rispettivamente, appaltante e concedente.

Tra gestore ed ente pubblico s'instaura quindi una relazione intersoggettiva che si configura come un vero rapporto contrattuale il quale impone il ricorso alla gara pubblica selettiva.

Viceversa, per il configurarsi di un affidamento in house, e quindi per escludere il procedimento di evidenza pubblica, è necessario che manchi tra i due soggetti il rapporto di terzietà, ossia che il gestore possa considerarsi parte integrante della stessa amministrazione aggiudicatrice[45].

A prescindere dalle circolari esplicative, il legislatore italiano è intervenuto più volte sulla normativa in tema di servizi pubblici locali per adeguarla ai principi dell'ordinamento comunitario.

L'art. 35 L. 448/2001 (finanziaria per il 2002) ha ridisegnato il sistema dei servizi pubblici locali.

La norma si è ispirata al principio di separazione tra le strutture ed il servizio vero e proprio.

Per le prime, l'art. 35 stabiliva che la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali restasse in capo agli enti (art. 113, comma 2), salva la facoltà per questi ultimi di trasferirla a società di capitali delle quali detenessero la maggioranza assoluta dichiarata dalla legge incedibile (art. 113, comma 13), eliminando la regola dell'affidamento diretto della gestione del servizio e introducendo quella, opposta, dell'obbligo generale di una procedura di evidenza pubblica.

Perplessità derivavano dal fatto che il requisito della maggioranza assoluta (preferito ingenuamente dal legislatore a quello del controllo) non garantisse l'effettiva *governance* pubblica della società; inoltre, la possibile partecipazione di soggetti privati, benché in posizione di minoranza, rendeva di fatto giuridicamente ammissibile la cessione, ancorché parziale ed indiretta, delle strutture essenziali per l'erogazione del servizio. Incongruente appariva poi la possibilità per l'ente locale di conferire la gestione delle gare per l'affidamento del servizio alle società proprietarie delle reti, nelle quali la presenza di privati non si conciliava con la funzione di stazione appaltante. Mancava infatti una norma che vietasse ai privati, soci della società proprietaria delle infrastrutture, di essere contestualmente soci anche delle società aspiranti alla gestione del relativo servizio[46].

L'art. 35 ha poi introdotto un'importante distinzione tra servizi pubblici locali "di rilevanza industriale" e "servizi privi di rilevanza industriale", dei quali si occupava l'art. 113 bis TUEL.

Questi ultimi potevano essere gestiti secondo uno dei seguenti moduli:

- a. istituzioni;
- b. aziende speciali anche consortili;
- c. società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali.

La gestione in economia era consentita solo in presenza di servizi di modeste dimensioni o, per le caratteristiche loro proprie, tali da rendere non opportuno l'affidamento ad altro soggetto.

Non essendosi preoccupato l'art. 35 di fornire alcuna definizione di servizio a rilevanza industriale, si è tentato di agganciare il concetto di rilevanza industriale alla maggiore o minore complessità del processo produttivo, nel quale i fattori della

produzione concorrevano alla realizzazione del risultato economico. Da ciò derivava che il servizio di rilevanza industriale, per le caratteristiche intrinseche o per le regole relative alla gestione, finiva con l'interessare un settore concorrenziale del mercato.

Le modifiche introdotte dall'art. 35 al TUEL erano non facilmente comprensibili e spesso contraddittorie.

L'attuazione della disciplina è stata ostacolata dalla mancanza del regolamento governativo necessario per la definizione di alcuni aspetti. Hanno inoltre pesato le critiche mosse dalla Commissione europea ed i diversi ricorsi che le regioni hanno presentato alla Corte costituzionale per lesione della potestà legislativa regionale come definita dal rinnovato titolo V della Costituzione (art. 3 legge cost. n. 3 del 2001)[47].

Sul punto la Corte ha chiarito che i servizi pubblici locali non costituiscono una materia in senso proprio ma una qualificazione che di volta in volta è attribuita ad attività di rilevante interesse per la collettività locale le quali debbono essere esercitate nel rispetto dei cosiddetti "obblighi di servizio pubblico".

Per decidere a chi competa la funzione legislativa non deve guardarsi alla connotazione di servizio pubblico dell'attività ma al settore cui quest'ultima inerisce e, pertanto, alla specifica materia nella quale il settore appartiene.

Si consideri infatti che la disciplina dei servizi pubblici locali dovrebbe riguardare aspetti generali come le regole di liberalizzazione e d'incentivo dei mercati che si collegano alla funzione di "tutela della concorrenza" esclusiva dello Stato.

Significativo poi il contenzioso con la Commissione europea[48] la quale ha riconosciuto che il nuovo testo dell'art. 113 TUEL, modificato dall'art. 35 della L. n. 448/2001, ponesse come regola generale l'affidamento dell'erogazione dei servizi di rilevanza industriale tramite gare con procedura ad evidenza pubblica. La Commissione ha però individuato una serie di deroghe che di fatto svuotavano il principio generale, tra le quali, "indigeribili" sono apparse:

1. l'affidamento della gestione di reti, impianti e altre dotazioni patrimoniali, in caso di separazione dall'attività di erogazione del servizio;
2. il regime derogatorio al principio della concorrenza "per" il mercato nel settore del servizio idrico integrato;
3. l'affidamento diretto come norma generale per la gestione dei cosiddetti servizi pubblici "privi di rilevanza industriale", previsti dall'art. 113 bis.

La Commissione aveva ribadito il concetto espresso più volte dalla Corte di giustizia (noto caso Teckal) secondo cui la disciplina comunitaria degli appalti non trova applicazione solo nel caso in cui l'ente locale eserciti sulla persona giuridica esercente il pubblico servizio un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e questa persona realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali che la controllano.

La nozione di "controllo" cui fa riferimento la Corte di giustizia non può essere ricondotta al semplice esercizio degli strumenti messi a disposizione del socio di maggioranza dalle regole del diritto societario. Vi è una accezione più penetrante che identifica il controllo nel potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività e dei più importanti atti di gestione del soggetto partecipato in modo che quest'ultimo sia in sostanza prosciugato della sua autonomia decisionale.

Il legislatore italiano è così intervenuto in rapida successione con due corpi provvedimenti normativi:

- il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni nella legge 24 novembre 2003, n. 326, recante disposizioni urgenti per favorire lo

sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici;

- la legge 24 dicembre 2003, n. 350, contenente “Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato” (legge finanziaria 2004).

Riguardo al primo, l’art. 14 del d.l. 269/2003, convertito nella L. n. 326/2003, nel modificare gli articoli 113 e 113 bis del d. lgs. 267/2000 (TUEL), ha sostituito l’espressione “rilevanza industriale” con quella di “rilevanza economica”. La riforma non ha quindi inciso sulla distinzione tra tipologie dei servizi pubblici locali ma ha superato lo sfuggente criterio della “rilevanza industriale” che in sostanza guardava al contenuto dell’attività. La rilevanza economica include invece le attività normalmente destinate a generare utili e quindi suscettibili di produrre reddito, in quanto tendenzialmente lucrative.

La riforma intervenuta con il d. l. n. 269 del 2003 si è inoltre occupata di un aspetto molto importante: la ridefinizione della struttura delle società intestatarie delle reti. Il novellato art. 113, comma 13, stabiliva che “gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico che è incredibile.”.

Questa scelta era sì radicale ma consentiva una separazione non più ambigua tra proprietà delle reti e gestione del servizio. Ciò rispondeva non tanto a ragioni di tutela della concorrenza, essendo anzi lecito sollevare più di un dubbio sulla circostanza che una simile separazione avrebbe prodotto effetti di alterazione del mercato, quanto all’esigenza di sottrarre i beni pubblici ai possibili esiti negativi conseguenti ad una eventuale (e nemmeno tanto) *mala gestio* nella conduzione del servizio.

Altro importante elemento di novità si rinviene nel comma 13 dell’art. 113 che faceva riferimento non più al capitale pubblico locale bensì al capitale pubblico in generale, consentendo quindi che enti pubblici diversi da quelli titolari dei beni e dei servizi ad essi accedenti, potessero partecipare alla proprietà.

Il comma 2 sanciva poi il divieto di cessione della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all’esercizio dei servizi pubblici, salvo per l’appunto a società a capitale interamente pubblico, nei confronti delle quali, ovviamente si estendeva tale divieto.

Si poneva subito un problema di coinvolgimento di risorse finanziarie private, soprattutto per quanto riguarda la capitalizzazione della società. Era poi in agguato il rischio che per fare fronte ai costi degli ammodernamenti e delle manutenzioni straordinarie si finisse per cercare la provvista negli aumenti tariffari, gravando in conclusione sull’utenza.

L’art. 14 del d.l. 269/2003, intervenendo ancora una volta sull’art. 113, comma 3, TUEL – già modificato dall’art. 35 L. 448/2001 - con riferimento alle regole sulla gestione delle infrastrutture, conferma il principio introdotto dal richiamato art. 35 per il quale le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l’attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali può essere separata da quella di erogazione degli stessi.

Cambia, invece, rispetto alla disciplina posta dall’art. 35 della L. 448/2001, la previsione contenuta nell’art. 113, comma 4, relativa all’ipotesi di separazione tra attività di erogazione dei servizi e gestione delle infrastrutture.

L’art. 35 della L. 448/2001 consentiva agli enti locali di avvalersi di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione maggioritaria degli enti locali, anche associati (art. 113, comma 4, lett. a) oppure per mezzo di imprese idonee selezionate mediante procedure di evidenza pubblica (art. 113, comma

4, lett. b).

L'art. 14 del d. lg 269/2003 richiede invece che la società di capitali abbia la partecipazione totalitaria del capitale pubblico e non più della semplice maggioranza degli enti locali, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello effettuato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Nella prospettiva della piena realizzazione del principio della concorrenza per il mercato, la legge, che salvaguarda comunque le “disposizioni previste per i singoli settori e quelle nazionali di attuazione delle normative comunitarie”, fissa il principio generale della **separazione** tra proprietà della rete, gestione della stessa ed erogazione del servizio, assicurando in ogni caso l'accesso alla rete ai soggetti legittimati all'erogazione del servizio.

Più in particolare, riguardo alle infrastrutture, il d. lgs. 267/2000, come modificato dall'art. 35 L. 448/2001 e dal d.l. 269/2003 (convertito dalla L. 326/2003), afferma l'incredibilità della proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei servizi pubblici, salvi i casi particolari di conferimento della proprietà delle sopraindicate infrastrutture a società a capitale interamente pubblico. Il conferimento è a sua volta incredibile a terzi.

Riguardo alla gestione delle richiamate infrastrutture, la cui proprietà abbiamo visto è incredibile, il TUEL stabilisce che, oltre che a imprese scelte con gare, la stessa può essere direttamente affidata a società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, secondo il modello dell'*in house providing* (art. 113, comma 4, TUEL): poiché nei servizi a rete la gestione dell'impianto “assorbe” quasi tutta l'attività, sembra riproporsi anche sotto questo profilo il meccanismo degli affidamenti diretti.

Le discipline di settore dovranno comunque stabilire i casi nei quali l'attività di gestione della rete può essere separata da quella di erogazione del servizio (in questa ipotesi, la gestione della rete, come appena detto, è affidata ad una società a partecipazione totalitaria di capitale pubblico, ovvero ad imprese individuate con una procedura competitiva). La legge consente poi l'affidamento contestuale di una pluralità di servizi locali (diversi da duelli di trasporto collettivo), quando “sia economicamente più vantaggioso”.

Riguardo inoltre all'erogazione dei servizi locali di rilevanza economica, l'art. 113, comma 5, TUEL, come modificato dall'art. 35 l. 448/2001 e dal d.l. 269/2003, convertito dalla L. 326/2003, prevede tre forme di gestione, due delle quali fanno perno su società pubbliche dirette affidatarie del servizio, la terza consiste nell'affidamento del servizio a società di capitali, individuate a mezzo di gara[49].

Nello specifico, l'erogazione del servizio avviene secondo le discipline di settore e nel rispetto della normativa dell'Unione europea, con conferimento della titolarità del servizio:

a) a società di **capitali interamente privato individuate** attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica;

b) a società a **capitale misto pubblico-privato** nelle quali il socio privato venga scelto tramite l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica. Il socio privato deve dare 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. Le società miste comunali sono, in via di principio, legittimate a svolgere la propria attività anche al di fuori del territorio del comune dal quale sono state costituite, in quanto munite dal

legislatore di capacità imprenditoriale, ma sono pur sempre tenute, per il vincolo genetico - funzionale che le lega all'ente di origine, a perseguire finalità di promozione dello sviluppo della comunità locale di emanazione[50].

c) a società a **capitale interamente pubblico** a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Pertanto, oltre all'affidamento mediante gara a società di capitali, la legge ammette due possibilità:

- l'affidamento diretto a società pubbliche, secondo il modello dell'*in house providing* nei limiti in cui questo sia compatibile con il diritto comunitario;
- l'affidamento a società mista nel quale l'assenza di concorrenza nella scelta del gestore verrebbe compensata con la gara per la scelta del socio privato.

La Corte costituzionale, con pronuncia n. 272/2004, inquadrando la disciplina statale in tema di servizi pubblici locali nell'ambito della materia "tutela della concorrenza", in quanto tale di spettanza esclusiva del legislatore statale, ha tenuto indenni le norme del d. lgs. 267/2000 (TUEL), poste a presidio della concorrenza, in merito ai rapporti relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi[51].

5. L'art. 13 del decreto legge n. 223 del 4 luglio 2006 (decreto Bersani) e l'art. 23 bis decreto legge n. 112 del 25 giugno 2008.

Un'ulteriore novità è intervenuta con l'art. 13, d.l. n. 223 del 4 luglio 2006 (c.d. decreto Bersani), convertito con modificazioni nella legge n. 248 del 4 agosto 2006, ulteriormente sottoposto a modifiche dall'art. 1, comma 720, legge n. 296 del 27 dicembre 2006 (finanziaria per il 2007).

L'art. 13 citato ha come ambito soggettivo di applicazione le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la **produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti** in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali (inciso introdotto dalla legge di conversione) nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza. In realtà, in questo contesto le prestazioni sono rese non all'ente (come nel caso deciso dalla Corte di giustizia) ma ai cittadini.

La norma, pertanto, non sembra applicarsi al settore dei servizi pubblici locali, anche se i più recenti disegni di legge di riforma interessanti questi ultimi si muovono nella stessa direzione indicata dal decreto Bersani.

La norma dispone che tali società devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti; non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Esse sono poi ad oggetto sociale esclusivo. Il legislatore italiano, al fine di evitare di "mettere a gara" l'affidamento del servizio locale, ha utilizzato lo schema societario nel settore dei servizi pubblici[52].

Le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali mirano, infatti, a soddisfare direttamente esigenze generali della collettività, e sono escluse dall'applicazione della normativa in commento[53].

L'art. 23 bis della legge 6 agosto 2008 n. 133, di conversione del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 - contenente "Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria" – introduce un'ennesima nuova disciplina per i servizi pubblici locali, con carattere prevalente sulle relative discipline di settore ad esso incompatibili.

La norma manifesta le insicurezze del legislatore nel dare un assetto normativo definitivo in un settore nel quale le strategie della politica nazionale e, di riflesso, locale fanno difficoltà a conciliarsi con la normativa europea, tesa com'è ad una incondizionata applicazione del principio della concorrenza.

Non deve trarre in inganno l'enfasi della norma posta dall'art. 23 bis, comma 1, secondo cui l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, deve avvenire in applicazione della disciplina comunitaria ed al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici coinvolti nella gestione di servizi d'interesse generale in ambito locale, nonché di garantire il diritto degli utenti all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione.

L'art. 23 bis, comma 2, prova a riempire di contenuto la previsione del comma 1 prevedendo che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenga normalmente a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite con il ricorso a procedure competitive ad evidenza pubblica, secondo i principi del Trattato della Comunità europea e della normativa comunitaria in tema di contratti pubblici (economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità).

La norma accoglie quindi le affermazioni della Corte di giustizia del Lussemburgo che, con la sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-357/06 (Frigerio), aveva invitato i giudici italiani a disapplicare l'articolo 113, comma 5, lettera a) del d.lgs. n. 267/2000 nel punto in cui limitava soggettivamente la categoria degli operatori economici esclusivamente alle società di capitali, per manifesta incompatibilità con i principi di parità di trattamento, di divieto di discriminazione e di libera concorrenza sanciti dal Trattato.

Solo in presenza di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, che non consente un utile ricorso al mercato, l'affidamento può svolgersi in deroga alla normativa nazionale e comunitaria sulle gare pubbliche, pur sempre nel rispetto dei principi del trattato europeo (comma 3).

In questi casi (comma 4), l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e, contestualmente, è tenuto a trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato ed alle eventuali autorità di regolazione del settore. Queste, entro sessanta giorni sul dalla ricezione della relazione, esprimono un parere per gli aspetti di competenza.

La nuova normativa conferma la regola aurea fissata, come si è visto, dal d.l. n. 269 del 2003, secondo cui la proprietà delle reti deve rimanere in mano pubblica, mentre la gestione delle stesse può essere affidata a privati (comma 5)[54].

L'affidamento può anche essere simultaneo mettendo a gara una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui venga dimostrato che questa scelta sia economicamente

vantaggiosa. La durata dell'affidamento è unica per tutti i servizi e non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore. Non è chiaro il modo in cui debba essere dimostrato che tale scelta risulti particolarmente vantaggiosa per l'amministrazione ed in che termini possa porsi il particolare vantaggio.

Regioni ed enti locali, per gli aspetti di competenza e d'intesa con la Conferenza unificata (art 8 d lgs 281/1997), possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, oltre che l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale.

Il 31 dicembre 2010 è fissato quale data ultima per la cessazione automatica delle concessioni sul servizio idrico integrato, rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, ad eccezione dei casi di deroga sanciti dal comma 3.

Significativa è poi la previsione contenuta al comma 9 secondo cui i soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive, nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi né svolgere servizi o attività né partecipare alle gare per altri enti pubblici o privati. Il divieto incombe sia nei confronti dello stesso soggetto sia nei confronti di società controllanti o di società che siano da questi controllate o partecipate. Il divieto non vige per le società quotate in mercati regolamentati e (ricorrendo ad un'interpretazione estensiva della norma) anche a quelle non quotate previste dallo stesso comma 3, in quanto soggetti direttamente affidatari con partner privato selezionato a conclusione di una procedura di evidenza pubblica.

I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già loro affidato. In ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010, per l'affidamento dei servizi si procede mediante procedura competitiva pubblica.

Compito del Governo è di emanare disposizioni regolamentari, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, L. 400/1998, al fine tra l'altro di dettare una disciplina di dettaglio sugli affidamenti del servizio pubblico.

L'art. 23 bis, comma 11, della legge 133/2008 di conversione del d.l. 112/08 dispone, inoltre, l'abrogazione per le parti non compatibili dell'art. 113 del d. lgs. 267/2000. Questa disposizione introduce una formula di "soppressione" di norme che appare a dir poco avventato in quanto del tutto generico ed indeterminato.

Pur con i limiti segnalati, l'articolo 23 bis rappresenta un significativo passo in avanti nel difficile tentativo di dare alla gestione dei servizi pubblici locali una compiuta disciplina che tenga conto della non sempre lineare giurisprudenza comunitaria, proprio di recente chiamata a pronunciarsi sulla conformità al diritto dell'UE del modello di affidamento delineato dal Consiglio di Stato con la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 3 marzo 2008.

6. I servizi privi di rilevanza economica

Qualche considerazione va spesa per i servizi pubblici privi di rilevanza economica, i quali per le loro caratteristiche esulano dal mercato concorrenziale. Ciò comporta che, nel loro ambito, l'intervento della legge statale non può reggersi su esigenze di tutela della concorrenza che si palesano non pertinenti.

Ciò è stato chiarito dalla Corte costituzionale che, con la già richiamata sentenza n. 272/2004, ha dichiarato incostituzionale la disciplina introdotta dall'art. 113-bis TUEL.

Da ciò consegue che, in aderenza al dettato costituzionale, la disciplina dei servizi privi di rilevanza economica dovrebbe oggi essere attribuita alle fonti legislative regionali e regolamentari locali.

Non deve tuttavia escludersi uno spazio di intervento del legislatore statale fondato sull'art. 117, comma 2, lett. m) in materia di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni". Questa considerazione sembra trovare conferma nella recente Legge 18 giugno 2009, n. 69 che contiene "Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile".

L'art. 10, nel dettare disposizioni a tutela degli interessati nei procedimenti amministrativi di competenza delle regioni e degli enti locali, introduce rilevanti modifiche all'art. 22 della L. n. 241 del 1990, in materia di accesso alla documentazione amministrativa, ed all'art. 29, in tema di applicazione della legge sul procedimento amministrativo, inserendosi nel mai sopito dibattito del rapporto tra legislazione statale e regionale con riferimento in particolare al procedimento amministrativo.

L'art 10 della legge in esame aggiunge infatti all'art. 29 della L. n. 241/1990 i commi da 2-bis a 2-quinquies i quali attribuiscono alle discipline della maggior parte degli istituti del procedimento amministrativo il valore di "Livelli essenziali delle prestazioni" (LEP), come richiamati dall'art. 117 Cost., co. 2, lett. m). Questa estensione comporta un forte spostamento del baricentro della regolamentazione del procedimento a vantaggio del legislatore nazionale, bloccando in questo modo le spinte centrifughe delle legislazioni regionali.

In ogni caso, in disparte i LEP, una delle conseguenze di questo nuovo quadro sarà la differenziazione tra le forme di gestione, con probabile ricorso a consorzi, concessioni, fondazioni.

Prima dell'intervento della Corte costituzionale, per i servizi privi di rilevanza economica gli affidamenti diretti (accanto ai quali era contemplata la gestione in economia, in forza della quale l'amministrazione responsabile del servizio lo eroga direttamente), in passato potevano avvenire a favore dei seguenti soggetti:

a) **istituzione**, « organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia gestionale »;

b) **aziende speciali**; l'azienda speciale è un ente pubblico strumentale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale. Un'azienda speciale pluricomunale costituita sulla base di una convenzione tra vari enti locali è il **consorzio** ai sensi dell'art. 31 T.U.enti locali[55].

c) **società a capitale** interamente pubblico, secondo il modello dell'*in house providing*.

L'ordinamento ed il funzionamento delle istituzioni sono disciplinati, nell'ambito della legge, dallo statuto e dai regolamenti dell'ente. Organi dell'azienda e dell'istituzione (l'art. 114 TUEL si occupa di entrambe le figure) sono il consiglio di amministrazione, il presidente e il direttore. Lo statuto dell'azienda speciale prevede un organo di revisione e forme autonome di gestione. Per quanto riguarda le istituzioni, il collegio dei revisori dei conti dell'ente locale esercita le sue funzioni

anche nei confronti di tale organismo. Sempre con riferimento ad entrambe le figure - ai sensi dell'art. 114, comma 4, TUEL - l'azienda e l'istituzione informano la loro attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo del pareggio del bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti di fondi all'uopo effettuati dall'ente locale. Quest'ultimo, inoltre, (comma 6) conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali, esercita la vigilanza, verifica i risultati e provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.

Fenomeno diverso è la **convenzione** che non è una forma di gestione autonoma. Ai sensi dell'art. 30 TUEL, le convenzioni consentono di svolgere in modo coordinato determinati servizi, senza dar luogo alla costituzione di organismi o soggetti nuovi. Alcune convenzioni sono obbligatoriamente previste dallo Stato e dalle regioni "per la gestione a tempo determinato di uno specifico servizio o per la realizzazione di un'opera".

Lo strumento è poi idoneo anche per lo svolgimento di funzioni o per organizzare uffici comuni e deleghe di funzioni.

Si ricordi poi che i servizi pubblici possono essere erogati anche dall'unione di comuni, dalle circoscrizioni di decentramento comunale, ed essere assunti dalle città metropolitane.

[1] Per una ricostruzione completa della storia dei servizi pubblici si rimanda a: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

[2] Per un approfondimento sul tema del Welfare state negli stati europei, si segnala l'interessante ed esaustivo saggio di Gøsta Esping-Andersen. *I fondamenti sociali delle economie postindustriali.*, Bologna, 2000. Più sintetico ma comunque completo: Conti Fulvio - Gianni Silei, *Breve Storia dello Stato Sociale*, Carocci, Roma. Per i risvolti giuridici e legislativi dello Stato sociale, si rinvia a Giovanni Bianco, *Sicurezza sociale nel diritto pubblico*, in Digesto IV, disc. pubbl., Torino, 1998, XIV; Idem, *Costituzione economica e ordine pubblico economico*, Utet, Torino, 2008. Per un'indagine di tipo economico: Bruni L., Zamagni S., *Economia Civile*, Bologna, 2004. Più proiettato verso un resoconto sociologico: Gaggi, Narduzzi, *La fine del ceto medio e la nascita della società low cost*, Torino, 2006.

[3] Cfr. per un ampio esame sull'argomento, M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere*, Bologna, 1989, p. 69 e ss.. S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, voce in Enc. del diritto, XLII, 1990, Milano, non a caso indica che "nozione di servizio pubblico è tra quelle più tormentate».

[4] Sentenza Blanco del Tribunale dei conflitti del 1873.

[5] F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in Nss. D.I., XVII, 1970, 215 e ss.

[6] L'art. 33, si rammenta devolve alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo "le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, ovvero relative a provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione o dal gestore di un pubblico servizio in un procedimento amministrativo disciplinato dalla l. 241/1990, ovvero ancora relative all'affidamento di un pubblico servizio, ed alla vigilanza e controllo nei confronti del gestore, nonché afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e

ai servizi di cui alla legge 481/1985”.

[7] Nella vigenza della originaria norma (prima dell'intervento di Corte cost., n. 204/2004), l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, decisione n. 1/2000, aveva ritenuto che il d.lgs. 80/98 (confermato dalla l. 205/2000) avesse accolto una nozione ampia di servizio pubblico riconducendosi ad ogni aspetto dell'attività amministrativa. Non così per le sezioni unite della Cassazione che con la sentenza n. 71/2000 esigevano che la prestazione fosse istituzionalmente indirizzata al pubblico, respingendo la tesi che ritiene sufficiente la sottoposizione dell'attività a controllo o vigilanza pubblicistici.

[8] Si rimanda all'art. 3 del decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo) definisce il consumatore o utente: la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta.

[9] Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7369, Foro amm.-CDS, 2006, 12, 3348, nota PERFETTI; Riv. corte conti 2006, 6, 287.

[10] Il caso riguardava un'amministrazione comunale che, con riferimento alle attività di manutenzione delle strade, degli impianti d'illuminazione pubblica e del verde pubblico, aveva tentato di superare una gestione frammentaria e disomogenea degli interventi, assumendoli come altrettanti servizi pubblici al dichiarato fine di garantirne l'assolvimento in maniera coordinata e continuativa.

[11] Cons. Stato, sez. V, n. 1289 del 10 marzo 2003, in Foro amm. CDS 2003, 998, nota PERFETTI; Dir. e giust. 2003, 19, 43, nota ALESIO.

[12] Cons. Stato, sez. V, n. 7369 del 13 dicembre 2006, in Foro amm. CDS 2006, 12, 3348, nota PERFETTI.

[13] Sul ruolo della legge nell'assunzione del servizio pubblico, I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1986.

[14] G. CAIA, *I servizi pubblici*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, T. II, 131, Bologna, 2005.

[15] I vari aspetti del rapporto tra soggetto erogatore ed utente è stato messo bene in luce da A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in AA. VV., a cura di G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Milano, 1995, 3.

[16] La figura del contratto di servizio nell'ordinamento italiano non corrisponde pienamente a quella di derivazione comunitaria prevista per ottenere da alcuni imprenditori presenti sul mercato (coi quali l'amministrazione contrae) prestazioni a favore degli utenti. In questi casi il servizio in senso proprio riguarda le prestazioni oggetto dei contratti, al di fuori delle quali l'amministrazione ritiene che il mercato (e, cioè, l'attività economica degli imprenditori, variamente condizionata sotto il profilo pubblicistico, ma non doverosa) sia sufficiente a soddisfare le esigenze della collettività. Al fine di garantire la continuità dell'offerta di una prestazione, la disciplina comunitaria talora prevede il meccanismo, alternativo rispetto al contratto, dell'imposizione ai privati già presenti sul mercato di obblighi di servizio.

Il d.lgs. 422/1997, ad esempio, dispone che l'esercizio dei servizi di trasporto pubblico regionale e locale, con qualsiasi modalità effettuati e in qualunque forma affidati, è regolato “mediante contratti di servizio di durata non superiore a nove anni” (in tema di attività di distribuzione di gas naturale v. art. 14 d.lgs. 164/2000); essi trovano applicazione anche nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

[17] V. MOLASCHI, *La gestione dei servizi pubblici locali "privi di rilevanza economica": prospettive e problemi in materia di servizi sociali a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 272 del 2004*, in Foro it., 2005.

[18] Cfr., ad es., d.lgs. 259/2003 nel settore delle telecomunicazioni.

[19] Nel 1993 la Commissione europea si è occupata per la prima volta in modo approfondito del concetto di servizio universale nel settore delle telecomunicazioni, allora inteso come rete di sicurezza per consentire a tutti "l'accesso a un servizio minimo definito di una determinata qualità, e la fornitura di tale servizio a tutti gli utenti, a prescindere dall'ubicazione geografica, alla luce delle condizioni specifiche nazionali, ad un prezzo ragionevole". In seguito, il concetto di servizio universale è stato consolidato nell'ambito di numerose direttive - 95/62/CE, 97/33/CE, 98/10/CE e 2002/22/CE - ed, in considerazione della convergenza tendenziale fra telecomunicazioni, *media* e servizi delle tecnologie informatiche, esso è stato esteso ai servizi di comunicazione elettronica.

[20] Una disposizione del trattato in cui compare il termine "pubblico servizio" è l'art. 73 (ex art. 77) il quale riconosce la compatibilità al trattato degli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù interenti alla nozione di pubblico servizio. Si segnala inoltre l'art. 50 (ex art. 60) che fotografa i servizi come "prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. Essendo questa nozione idonea per distinguere la libera prestazione dei servizi dalla circolazione delle merci, è evidente che è quindi inutilizzabile ai fini del concetto di "servizio pubblico".

[21] Interessante il caso *Corbeau*, nel quale la Corte giustizia Ce (19 maggio 1993) ha ravvisato la violazione del diritto comunitario per l'ipotesi in cui un gestore del servizio postale abbia l'esclusiva anche in relazione al servizio postale celere.

[22] Il nome "Fabianismo" trasse origine dalla linea graduale e temporeggiatrice che ricordava, sotto alcuni aspetti, la tattica adottata nel corso della prima guerra punica dal console e dittatore romano Quinto Fabio Massimo, per questo noto come il *Temporeggiatore*.

[23] La legge 103/1903 è rimasta formalmente in vigore fino a tempi recentissimi, venendo abrogata dall'articolo 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito dalla legge 6 agosto 2008 n. 133. A seguito della legge 103 del 1903 è stato poi emanato il relativo regolamento 10 marzo 1904 n. 108, rimasto per tempo in vigore anche dopo l'approvazione della legge di riforma.

[24] Da Atti della Relazione al Parlamento.

[25] Nel dibattito parlamentare sul disegno di legge delle aziende speciali per i servizi non mancano critiche alla municipalizzazione, in particolare nella Commissione della Camera dei Deputati si prefigurarono scenari futuri suggestivamente negativi: «Nelle aziende municipalizzate farà difetto l'elemento tecnico, se non nella direzione, certamente negli uffici di controllo; abonderà, invece, l'intrusione dei policastri, degli arruffoni, dei cercatori di impieghi, che, famelici, si butteranno addosso ai nuovi istituti, cercando di trasfondere tutti i germi malefici onde è inquinato, così spesso, il torbido sottosuolo della vita locale. Si moltiplicheranno gli impiegati e i salariati, che saranno molesti, non solo per il loro grande numero, non necessario, ma, peggio, per l'indole loro: elettori tutti, e pretenziosi, e magnificanti la propria supposta qualità di pubblici funzionari, aspireranno a continue promozioni, e premeranno sul municipio, col peso della

loro organizzazione, volta a privato tornaconto e, per ciò stesso, a pubblico nocimento».

[26] L'art. 13 stabiliva infatti: “In seguito al parere favorevole della commissione la deliberazione del Consiglio Comunale è sottoposta al voto degli elettori del Comune convocati con manifesto della giunta municipale, da pubblicarsi 15 giorni prima della convocazione stessa. L'elettore vota pel sì o pel no sulla questione dell'assunzione diretta del servizio. Nel caso di risultato contrario alla deliberazione del consiglio comunale, la proposta di assunzione diretta del servizio non può essere ripresentata se non dopo tre anni salvo che un quarto almeno degli elettori iscritti ne faccia richiesta nelle forme prescritte dal regolamento; ma anche in questo caso non dovrà essere trascorso meno di un anno dall'avvenuta votazione”.

[27] Giannini, *Diritto amministrativo*, II, p. 23 e ss.

[28] Vanno ricordate quelle contenute nel testo unico della finanza locale (art. 209 e 213) e nel testo unico dei comuni e province del 1934 (art. 93 n. 3) per quanto attiene al diritto di peso pubblico e di misura pubblica nonché all'affitto dei banchi pubblici; nello stesso t.u. fin. loc. (art. 261-267) relativamente alla materia dei proventi dei servizi municipalizzati, alla responsabilità degli amministratori, ecc.; negli art. 292 e 293 t.u. com. prov. 1934, in ordine alla facoltà, concessa ai comuni e alle province, di assumere nei casi e nei modi stabiliti dalla legge l'impianto e l'esercizio dei pubblici servizi, compresa l'assunzione della costruzione di case e alberghi popolari, ed alla statuizione secondo la quale i servizi che, per loro natura, possono farsi in economia, debbono essere retti da speciali regolamenti.

L'art. 226 reg. n. 108 del 1904 rinviava in via generale ad altre discipline particolari disponendo che quando nel t.u. n. 2578 del 1925 e nello stesso regolamento, o in quello speciale dell'azienda municipalizzata non vi fossero norme tassative per una determinata materia, avrebbero dovuto osservarsi le disposizioni che regolano l'amministrazione comunale e la contabilità generale dello Stato.

[29] Cfr., art. 12 del T. U. 17 ottobre 1925 n. 2578 sulla municipalizzazione dei pubblici servizi, n. 8, 10, 11, 17, trasporti funebri, macelli, mercati ed affissioni; art. 93 della L. com. e prov. pesi e misure pubblici, banchi pubblici), in quanto non era ammissibile una limitazione della libertà di commercio e di produzione dei privati senza esplicita autorizzazione legislativa. Per maggiori dettagli si confronti: Borsi, *Le funzioni del comune*, Milano.

[30] Trattasi dei seguenti servizi: costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; ° costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; trasporti funebri, anche con diritto di privativa, eccettuati i trasporti dei soci di congregazioni, confraternite ed altre associazioni costituite a tal fine e riconosciute come enti morali; costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; costruzione ed esercizio di asili notturni; stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere. Una menzione particolare va fatta per due servizi pubblici, quello della raccolta e del trasporto dei rifiuti solidi urbani per il quale la legge 20.3.1941 n. 366 imponeva ai Comuni l'esercizio diretto, per motivi di particolare cautela in materia di igiene e sanità ed il servizio delle pubbliche affissioni che l'art. 28 del d. lgs. 26.10.1972 n. 639

dichiarava “di esclusiva competenza comunale”, con disposizione in palese contrasto con l’art. 43 Cost.

[31] Per i servizi in economia, l’art. 15 del t.u. n. 2578/1925 appariva in contrasto con l’art. 189 Regio decreto 4 febbraio 1915, n. 148 (nuovo testo unico della legge comunale e provinciale), secondo cui in materia di municipalizzazione i servizi potevano farsi in economia. In realtà si tratta di istituti distinti, giacché l’art. 15 t.u. n. 2578/1925 si riferisce a quei servizi pubblici contemplati dall’art. 1 o ad essi analoghi, per i quali, anziché provvedere alla gestione mediante un’azienda speciale, appare più opportuna la gestione ad economia, della quale vedremo oltre gli aspetti particolari.

L’art. 189 t.u. com. prov. 1915 riguarda invece quelle singole provviste o quei singoli lavori che vogliono eseguirsi direttamente, senza far luogo alla stipula di contratti di appalto con terzi fornitori.

[32] Il che riguardava (e riguarda) i servizi idrici e del gas le cui condutture richiedono l’utilizzo del sottosuolo stradale; i servizi tramviari, filoviari e di linee metropolitane le cui reti richiedono l’utilizzo del suolo stradale e dello spazio aereo sovrastante.

[33] La giurisprudenza maggioritaria era dell’avviso che ai comuni non era consentita la gestione dei servizi pubblici tramite società concessionarie delle quali possedessero essi stessi la totalità delle azioni; in questi casi infatti la concessione non sarebbe effettuata in favore di una “industria privata”. Nella prassi l’azionariato municipale era comunque molto diffuso nei comuni maggiori

[34] Si considerava invece venuto meno per incompatibilità col disposto dell’art. 60 L. 10.2.1953 n. 62 il potere (già prefettizio) di annullarle allorché “importino una evidente lesione degli interessi dell’azienda” (art. 17).

[35] Non è questa la sede per un esame dell’interessante quanto problematica disposizione contenuta all’art. 1, comma 1-bis della L. 241 del 1990. Sul punto si rinvia a D. DE PRETIS, *L’attività contrattuale della p.a. e l’art. 1-bis (sic!) della legge 241 del 1990: atti di natura non autoritativa secondo le regole del diritto privato e principio di specialità*, in www.giustamm.it.

[36] Concetti già illustrati *supra* al capitolo 1.2.

[37] PARENTE, *La rappresentanza processuale delle aziende municipalizzate*, in Impr. Pubbl, 1967, 17. La legittimazione processuale dell’azienda spetta al direttore e non già al Presidente (art. 4 t.u.).

[38] I principali servizi suscettibili di municipalizzazione erano i seguenti: acquedotti, illuminazione, trasporti, farmacie, nettezza urbana, trasporti funebri, macelli, mercati, affissioni. Con la l. 16 giugno 1938 n. 851 è stato aggiunto all’elenco dei servizi municipalizzabili il servizio delle centrali del latte.

[39] Alle privative previste dal tu del 1925 si aggiunsero quella dello smaltimento di rifiuti solidi urbani (art. 3 dpr 10 settembre 1982 n. 915) mentre venne soppressa quella relativa ai pubblici mercati (L 25 marzo 1959 n. 125)

[40] ROVERSI MONACO, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in Dir. Soc. 1973, 7989; MAZZARELLI, *Le società per azioni con partecipazione comunale*, Milano, 1987; CAMMELLI, *Le gestioni comunali. L’azionariato pubblico*, in Atti convegno Provincia Sicilia, Catania 1988, 71; Id, *Le società a partecipazione pubblica (regioni, province, comuni)*, Bologna 1989

[41] Nel senso, in particolare, di antieconomico.

[42] Per questa ipotesi, può osservarsi che la legge non spiega in quali casi l’ente locale possa fare ricorso alla figura della società per azioni.

[43] Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2002 n. 2297; 15 febbraio 2002 n. 917; 3 settembre 2001 n. 4586 con nota di E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali.*, in Foro it., 2002, III, 552 e ss.

[44] Trattasi delle circolari n. 12727 del 19 ottobre 2001 (G.U. s. g., n. 264 del 13.11.2001) su “Affidamento a società miste della gestione di servizi pubblici locali” e n. 3944 del 1° marzo 2002 (G.U. s. g., n. 102 del 3.5.2002) su “Procedure di affidamento delle concessioni di servizi e di lavori”.

[45] Per l’analisi dettagliata ed aggiornata della giurisprudenza comunitaria e nazionale si rinvia all’intervento del prof. Guzzo. E’ sufficiente in questa sede segnalare l’importante parere del Consiglio di Stato, sez. II, n. 456/2007 ed alla pronuncia dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 2008.

[46] Si rinvia, per maggiori approfondimenti sulla questione a M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Parte speciale, vol. II, Milano, 2003, 2595; ID, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2, 2004 pag. 121 e ss.

[47]. Con la sentenza n. 14 del 13 gennaio 2004 la Corte costituzionale ha chiarito che la riserva allo Stato della “competenza trasversale” sulla tutela della concorrenza risponde all’obiettivo di “unificare in capo allo stato strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell’intero paese”. La Corte costituzionale ha considerato la tutela della concorrenza come materia-funzione, la quale avendo carattere trasversale legittima interventi volti sia a proteggere sia a promuovere la concorrenza (nello stesso senso v. Corte cost., n. 345/2004 e n. 401/2007).

[48] Procedura d’infrazione 1999/1984 ex art. 226 Trattato – lett. n. C(2002)2329 del 26 giugno 2002.

[49] Questa restrizione è sospettata di incompatibilità con il diritto comunitario: v. domanda di pronuncia pregiudiziale proposta da Tar Lombardia, causa C-357/06.

[50] Cons. Stato, sez. V, 30 maggio 2005, n. 2756, Foro amm. CDS 2005, 5, 1497. Non sarebbe ad esempio possibile distogliere risorse e mezzi dalle attività riferibili alla collettività, senza apprezzabili utilità per quest'ultima.

[51] La Corte costituzionale ha riproposto la tesi già esposta con la sentenza n. 14/2004 (cfr. *supra* nota 46) secondo cui la tutela della concorrenza è una materia-funzione avente carattere trasversale tale da legittimare interventi volti sia a proteggere sia a promuovere la concorrenza. La Corte ha però censurato la legge per illegittima compressione dell'autonomia regionale, nella parte in cui stabilisce, dettagliatamente e con tecnica autoapplicativa, i vari criteri di base ai quali la gara viene aggiudicata, introducendo prescrizioni “integrative della disciplina di settore”.

[52] Per l'ammissibilità di questo schema, v. peraltro la Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario della Commissione delle Comunità europee (12 aprile 2000).

[53] Secondo Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215, Foro amm. CDS, 2009, 1, 230, Le limitazioni imposte dall'art. 13, d.l. 4 luglio 2006 n. 223, convertito in l. 4 agosto 2006 n. 248, riguardano le società costituite per svolgere attività finalizzate alla produzione di beni o servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali questo provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla pubblica amministrazione e non al pubblico. Le società operanti nel campo dei servizi pubblici locali mirano, infatti, a soddisfare

direttamente esigenze generali della collettività, e sono testualmente escluse dall'applicazione della normativa citata.

[54] Si osserva che mentre l'art. 113, comma 4, come modificato dal d. l. n. 269 del 2003 vietava la cessione della "proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici", l'art. 23 bis limita la prescrizione alle sole reti. Se non si vuole pensare ad una mera dimenticanza, da ciò dovrebbe ricavarsi che gli impianti e le altre dotazioni sarebbero a questo punto cedibili anche a privati.

[55] Comuni e province possono costituire un consorzio per la gestione associata di uno o più servizi (ma anche per l'esercizio di funzioni), secondo le norme dell'art. 114, T.U. enti locali, in quanto compatibili. Al consorzio possono partecipare altri enti pubblici, comprese le comunità montane.