

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CATANIA

DOTTORATO DI RICERCA

IN DIRITTO AMMINISTRATIVO - XXIV CICLO

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA TRA LIBERALIZZAZIONI E NUOVE
ISTANZE DEMOCRATICHE

DOTT.SSA MARIACONCETTA GENNARO

TUTOR: CHIAR.MO PROF. SEBASTIANO LICCIARDELLO

ANNO ACCADEMICO 2011-2012

Ai miei genitori

INDICE SOMMARIO

<i>INTRODUZIONE</i>	6
---------------------------	---

CAPITOLO PRIMO

SULLE NOZIONI DI SERVIZIO PUBBLICO E DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

<i>1. Genesi della nozione di servizio pubblico: cenni storici</i>	12
<i>2. La nozione di servizio pubblico nella dottrina italiana</i>	17
<i>2.1 Teorie oggettive e soggettive</i>	20
<i>2.2. Ancora sulla nozione di servizio pubblico: recenti approdi</i>	24
<i>3. Dal servizio pubblico ai servizi pubblici locali</i>	26

CAPITOLO SECONDO

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI NEL SISTEMA COSTITUZIONALE

SEZIONE PRIMA: I SERVIZI PUBBLICI NELLA COSTITUZIONE ECONOMICA

<i>1. I servizi pubblici nel sistema costituzionale.....</i>	<i>36</i>
<i>1.1. In dettaglio: l'art. 43 Cost.....</i>	<i>38</i>
<i>1.2. L'iniziativa economica pubblica e privata.....</i>	<i>39</i>

*SEZIONE SECONDA: SERVIZI PUBBLICI LOCALI E
RIPARTO DI COMPETENZE TRA STATO, REGIONI ED AUTONOMIE LOCALI*

<i>2. Il riparto di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione.....</i>	<i>43</i>
<i>3. Il riparto di competenze nella giurisprudenza della Corte costituzionale.....</i>	<i>46</i>

CAPITOLO TERZO

**I SERVIZI PUBBLICI LOCALI
NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO EUROPEO**

<i>1. Unione europea e servizio pubblico.....</i>	<i>51</i>
<i>2. Servizi di interesse generale (SIG), servizi di interesse generale aventi natura economica (SIEG) e servizi di interesse generale non aventi natura economica (SINEG).....</i>	<i>55</i>
<i>3. I servizi economici di interesse generale.....</i>	<i>58</i>
<i>4. La nozione di affidamento in house.....</i>	<i>65</i>

<i>5. Il divieto di aiuti di Stato.....</i>	<i>71</i>
---	-----------

CAPITOLO QUARTO

LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI IN ITALIA, DAGLI ANNI '90 ALLA NORMATIVA VIGENTE

<i>1. I modelli di gestione introdotti con le riforme degli anni '90.....</i>	<i>79</i>
<i>2 Il D.lgs 18 agosto 2000, n. 267 e l'art. 35, l. n. 448 del 2001: i nuovi modelli di gestione alla luce del diritto comunitario.....</i>	<i>83</i>
<i>3. Le Società miste e le modalità di affidamento dei servizi.....</i>	<i>89</i>
<i>3.1. L'attività extra moenia delle società miste ed il c.d. decreto Bersani..</i>	<i>97</i>
<i>4. La liberalizzazione imposta: l'art. 23 bis. d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e l'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135: l'affidamento in house come modello eccezionale.....</i>	<i>102</i>
<i>5. La Corte Costituzionale sul sistema delineato dall'art. 23 bis del d.l. 112/2008.....</i>	<i>108</i>
<i>6. Il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 ed il d.p.r. 113 del 18 luglio 2011.....</i>	<i>114</i>
<i>7. L'art. 4 del d.l. 138/2011 e ss.mm., dichiarato incostituzionale dalla Corte Cost. con sent. n. 199/2012.....</i>	<i>118</i>
<i>8. Sviluppi normativi successivi alla Corte Cost. 199 del 2012.....</i>	<i>123</i>

CAPITOLO QUINTO

CARTE DEI SERVIZI E SODDISFAZIONE DELL'UTENZA: I SERVIZI PUBBLICI LOCALI ALLA RICERCA DI LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA

<i>1. Carte dei servizi e obiettivi di soddisfazione dell'utenza.....</i>	<i>130</i>
<i>2. Action class pubblica e controllo sociale sulla qualità dei servizi in tempi di spending review.....</i>	<i>139</i>

CONCLUSIONI

LE NUOVE ISTANZE DEMOCRATICHE COME LINEE GUIDA PER UNA FUTURA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI.....	145
--	------------

INTRODUZIONE

Tra i diversi compiti di cui sono investite le Pubbliche amministrazioni, particolare rilievo assumono i servizi pubblici locali, prestazioni materiali erogate alla collettività stanziata su un determinato territorio che contribuiscono ad accrescerne il benessere.

Detti servizi, pur se acquisiti in età più tarda tra le funzioni fondamentali dei pubblici poteri, ne costituiscono oggi una parte essenziale e sono fonte di aspettative da parte dei consociati per ciò che attiene non solo alla loro erogazione, ma anche alla loro qualità.

La gestione dei servizi pubblici locali in Italia è stata tradizionalmente rimessa - sin dalla legge n. 103 del 1903 - ai Comuni, in quanto enti rappresentativi delle comunità stanziate sul territorio, e dunque maggiormente in grado di interpretare i bisogni dei cittadini.

L'autonomia dei Comuni, in particolare dopo l'avvento della Costituzione, non è tuttavia piena perchè si muove nell'ambito della legge secondo quanto stabilito dall'art. 97 Cost. che detta il principio di legalità e, dunque, esige una previsione legislativa che detti norme e criteri per l'assunzione e la organizzazione dei pubblici servizi da parte

degli enti locali medesimi.

La normazione statale, sin dagli anni '90, si è orientata nel senso di lasciare agli enti locali la scelta se gestire in proprio i servizi o affidarli in concessione ai privati, determinando dunque una coesistenza di pubblico e privato, come del resto è accaduto per i grandi servizi nazionali.

Su questo disegno si innesta la riforma del Titolo V della Costituzione, avvenuta con L. cost. 3 del 2001, per cui dalla mancata inclusione dei servizi pubblici locali tra le materie di legislazione esclusiva statale e concorrente si desume la loro attribuzione alla competenza regionale residuale; ne consegue che -almeno a prima vista- alla Regione spetterebbe la fissazione della disciplina positiva in tema di organizzazione e gestione dei servizi comunali, ed all'autonomia dei Comuni -riconosciuta ex art. 114 Cost.- è riservata invece la scelta tra i diversi modelli di gestione previsti in astratto dalle leggi statali e regionali.

Sennonchè, il settore dei servizi pubblici locali è stato oggetto di una complessa vicenda costituzionale, che presenta diversi punti di contatto anche con la disciplina comunitaria. Il legislatore statale ha infatti rivendicato la competenza legislativa esclusiva in tale materia ed ha

dettato norme che disciplinano in dettaglio la gestione dei servizi pubblici locali, invadendo dunque le competenze regionali sul presupposto che detto intervento rientri nelle attività di “tutela della concorrenza” ex art. 117, comma 1, lett. e), e di tutela dei livelli essenziali delle prestazioni di cui alla successiva lett.m).

Un tale orientamento è stato avallato anche dalla giurisprudenza costituzionale, dalla quale risulta che la concorrenza e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, in quanto materie “trasversali”, possono giustificare un intervento normativo statale quand'anche questo vada a restringere l'autonomia residuale regionale.

Frattanto, anche la materia dei servizi pubblici locali viene in larga parte interessata dall'avvento del diritto comunitario, da cui discende la necessità di applicare taluni principi fondamentali a tutela della concorrenza, quali: la selezione del privato gestore e del socio privato mediante gara, il divieto di discriminazione tra imprese nazionali e straniere, il principio di trasparenza, l'obbligo di fornire un servizio universale, il divieto di aiuti di Stato salvo che si tratti di oneri compensativi degli obblighi di servizio pubblico.

Il diritto europeo non impone una liberalizzazione incondizionata nella gestione dei servizi, non richiede cioè agli Stati membri di affidare i

servizi senz'altro ai privati, ma si limita ad esigere che, qualora le comunità locali dovessero scegliere di affidare i servizi a soggetti esterni, pubblici o privati, questi ultimi debbano confrontarsi con gara nel rispetto delle regole della concorrenza, a meno che il soggetto esterno non sia una società c.d. in house, nel qual caso è consentito un affidamento diretto.

Dunque il diritto europeo si mostra sin dall'inizio rispettoso della libera scelta degli Stati membri circa il modello di società cui vogliono aderire, lasciando loro la scelta se far prevalere il pubblico o il privato nella gestione dei servizi, alla sola condizione che, ove si scelga di far prevalere il privato, si osservino scrupolosamente le regole della concorrenza.

Detta autonomia è oggi fortemente rivendicata anche dai cittadini, i quali con il Referendum del 12 e 13 giugno 2011 hanno espresso una chiara opzione in favore di una gestione pubblica dei servizi, sconfessando le politiche nazionali di liberalizzazione che si erano principalmente manifestate con l'art. 23-bis, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, e ss.mm., abrogato dalla volontà popolare ex art. 75 Cost.

L'art. 23-bis cit. aveva imposto ai Comuni una liberalizzazione dei servizi rendendo la possibilità di gestirli in via diretta -tramite società

c.d. in house- del tutto residuale ed eccezionale, e tale incisivo intervento è stato ritenuto legittimo dalla Corte Costituzionale, secondo cui rientra nelle competenze statuali implementare la concorrenza, dato che la materia di legislazione esclusiva ex art. 117 lett. e) include non solo la concorrenza “nel” mercato, che opera quando il mercato c'è già, ma anche la concorrenza “per” il mercato, che ricomprende politiche mirate alla creazione di un mercato concorrenziale sostituendolo a precedenti situazioni di monopolio.

Tali politiche di liberalizzazione nel delicato settore dei servizi pubblici locali, come detto e come ha chiarito anche la Corte Costituzionale, non sono affatto imposte dall'Unione europea, ma sono frutto di scelte della politica nazionale. Ecco perchè non ci si può oggi discostare dalla volontà popolare, che con il cit. Referendum ha espresso una chiara opzione per una presenza del pubblico nella gestione dei servizi. Ed infatti la normativa post-referendaria -dettata con l'art. 4 del d.l. 138/2011 e ss.mm.- è stata dichiarata illegittima con sentenza della Corte Cost. n. 199/2012 per violazione dell'art. 75 Cost., essendo riproduttiva della disciplina di cui al previgente art. 23-bis, in particolare per ciò che attiene alla eccezionalità della gestione diretta del servizio da parte dei Comuni.

Un altro tassello fondamentale della materia dei servizi pubblici locali è poi l'aspetto della qualità dei servizi cui hanno diritto i cittadini (anche in base alle norme europee), cui assolve la disciplina sulle Carte dei servizi ed a cui mira anche la normativa sulla action class pubblica ove consente ai soggetti interessati di influire sul procedimento di organizzazione dei servizi.

Oggi la materia dei servizi pubblici locali, così importante per il benessere dei cittadini e la fiducia che questi ripongono nei pubblici poteri, soffre di un desolante vuoto normativo, che pare accrescersi per la mancanza non solo di una disciplina positiva, ma anche di linee di politica legislativa che siano conformi alla volontà popolare (come la recente vicenda dell'art. 4 d.l. 138/2011 ha ampiamente dimostrato).

Scopo del presente lavoro è quindi approfondire le politiche e le competenze in tema di servizi pubblici locali dei singoli attori -Ue, Stato, Regioni, Enti locali- adottando una prospettiva multilivello per proporre soluzioni positive che consentano di riconciliare l'attività dei pubblici poteri con il proprio fondamento: la volontà popolare dei cittadini – utenti.

CAPITOLO PRIMO

SULLE NOZIONI DI SERVIZIO PUBBLICO E DI SERVIZIO PUBBLICO LOCALE

SOMMARIO: **1.** GENESI DELLA NOZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO: CENNI STORICI. **2.** LA NOZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO NELLA DOTTRINA ITALIANA. **2.1** TEORIE OGGETTIVE E SOGGETTIVE; **2.2.** ANCORA SULLA NOZIONE DI SERVIZIO PUBBLICO: RECENTI APPRODI **3.** DAL SERVIZIO PUBBLICO AI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

1. Genesi della nozione di servizio pubblico: cenni storici

Lo studio dei servizi pubblici locali presuppone l'analisi della genesi del servizio pubblico in generale e la ricostruzione puntuale della relativa nozione¹.

Detta nozione è tra le più dibattute in dottrina² poichè risente della natura

-
- 1 La nozione di servizio pubblico impegna gli interpreti sin dalla prima metà del secolo scorso: cfr., tra i primi interventi, ROMANO S., *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, nonché III ed., 1913, 421; ZANOBINI G., *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. ORLANDO, vol. II, pt. III, Milano, Società Editrice Libreria, 1920, 235; DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo*, a cura di V. E. ORLANDO, Milano, vol. VI, pt. I, Soc. Ed. Libreria, 1930, 379; GIROLA C., *I servizi di pubblica necessità*, in *Studi per Cammeo*, vol. I, Padova, 1933, 621; PRESUTTI E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, III ed., 1931, 332; MIELE G., *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1942, poi in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, 424; ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati – Teoria generale*, Milano, 1956; MIELE G., *In tema di costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Il diritto dell'economia*, 1958, 1133.
 - 2 E' celebre l'opinione di M.S. GIANNINI, *Il Pubblico potere*, Bologna, 1986, secondo cui la nozione di servizio pubblico è "tra quelle più tormentate".

multiforme dei servizi: mancando nell'ordinamento una definizione generale e puntuale, lo sforzo degli interpreti è stato quello di generalizzare dei concetti a partire dal dato concreto.

Questa operazione non ha portato ad esiti condivisi, e dunque può dirsi che la nozione teorica di servizio pubblico ha assunto di volta in volta una diversa conformazione in relazione al periodo storico ed al contesto concreto in cui è stata utilizzata³.

In via di prima approssimazione, il servizio pubblico può essere definito come quella complessa relazione che si instaura tra soggetto pubblico, che organizza una offerta pubblica di prestazioni rendendola doverosa, ed utenza finale⁴: tale relazione ha ad oggetto delle prestazioni predefinite dall'amministrazione ed assunte da questa come doverose⁵ al fine di soddisfare in modo continuativo i bisogni della collettività di riferimento, in capo alla quale sorge di conseguenza una aspettativa giuridicamente rilevante.

Si tratta per lo più di attività materiale (distinta da quella provvedimentale) che si estrinseca nella erogazione di "utilità" aventi

3 S.CATTANEO, voce *Servizi Pubblici*, in Enciclopedia del diritto, XLII, 1990, che tuttavia segnala il rischio che la nozione venga ridotta in termini descrittivi di certe realtà della vita amministrativa.

4 Così E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2010, p. 670 ss.

5 U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, 1964.

natura reale, personale od economica; per tale ragione, è netta in dottrina la distinzione tra servizio pubblico e funzione pubblica⁶, caratterizzati la prima da attività materiale, la seconda da attività autoritativa.

La genesi della distinzione tra attività materiale ed attività autoritativa risale -per vero- al diritto pubblico francese⁷, di cui il *service public* è un istituto cardine; sin dall'800 giurisprudenza e dottrina francesi distinguono, nell'ambito degli atti della pubblica amministrazione, gli *actes d'autorité* dagli *actes di gestion*, i primi sottoposti ad un regime giuridico speciale e sindacabili solo dal giudice amministrativo, i secondi sottoposti al diritto comune e quindi devoluti alla cognizione del giudice ordinario⁸.

La distinzione diviene più sfumata quando alcuni giuristi notano che nell'ambito degli atti di gestione -sottoposti al diritto comune- è presente una “zona grigia” caratterizzata dall'interferenza tra regime civilistico ed un regime speciale di privilegio per la P.A. ed in cui rientrano alcune ipotesi peculiari quali i contratti relativi a forniture pubbliche, i contratti di appalto di pubblici lavori, diverse tipologie di concessioni e le obbligazioni della pubblica amministrazione per atti illeciti dei propri

6 G.MIELE, *Funzione pubblica*, in Nov. Dig. it., VII, 686 e ss.

7 Cfr. BÉNOIT, *Le droit administratif français*, Paris, 1968.

8 Per una completa ricostruzione della genesi della nozione cfr. F. MERUSI, *Servizio Pubblico*, in Nov. Dig. It, Torino, 1970, p. 215 e ss.

dipendenti.

Questa zona grigia viene progressivamente staccata dall'attività di “gestione” (e dalle regole di diritto comune) per essere attribuita alla competenza del giudice amministrativo⁹; ciò avviene per effetto di una serie di decisioni del *Tribunal des Conflits* e del *Conseil d'État* risalenti alla fine dell'800 ed agli inizi del '900, di cui le più importanti sono l'*arrêt Blanco* (1873) e l'*arrêt Terrier* (1903)¹⁰.

Nasce così, nella elaborazione pretoria francese, la nozione di “servizio pubblico”, per individuare alcune ipotesi di prestazioni materiali erogate dalle P.A. ed attratte alla giurisdizione del giudice amministrativo, pur mancando atti autoritativi; ciò in correlazione alla disciplina peculiare che li sorregge, non più mero diritto comune ma un complesso di *règles exorbitants du droit commun*.

La nozione di servizio pubblico viene quindi utilizzata nella Francia dell'800 in tre accezioni fondamentali, che riflettono tre diversi punti di vista nell'analisi dell'istituto¹¹: in un' accezione *materiale*, servizio pubblico è ogni attività avente per oggetto la soddisfazione di un bisogno

9 Tra la dottrina francese citata da MERUSI, op. cit., si rinvia a DE CORAIL, *La crise de la notion de service public en droit administratif français*, Paris, 1954; LAMARQUE, *Recherches sur l'application du droit privé aux services publics administratifs*, Paris, 1960.

10 In LONG-WEIL-BRIABANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 1965.

11 La distinzione è riportata da F. MERUSI, op. cit.

di interesse generale; in un'accezione *organica*, servizio pubblico indica un'attività erogata da una persona giuridica pubblica; in un'accezione *formale* la nozione di servizio pubblico serve ad enucleare, nell'ambito degli atti di gestione, quell'attività sottoposta ad un regime giuridico speciale (*exorbitante du droit commun*) definito comunemente “regime amministrativo”.

La nozione viene poi ripresa e rielaborata da giurisprudenza e dottrina italiane.¹² In particolare, il profilo della teoria del servizio pubblico che interessa gli studiosi italiani è quello organico-materiale, perchè consente di classificare unitariamente numerose attività non autoritative della pubblica amministrazione che vanno ampliandosi man mano che lo Stato e gli enti pubblici minori assumono nuovi compiti sociali ed economici. Infatti, con la crisi dello Stato liberale e la municipalizzazione dei pubblici servizi, avvenuta con l. 29 marzo 1903, n. 103, alle funzioni

12 Tra i numerosi scritti in tema di servizio pubblico, oltre ai più risalenti già citati in nota 1, cfr. U. POTOTSCHNIG CIT., *I servizi pubblici*, Padova, 1964, I.M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 1999, *Servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. VI, Milano, 2006, 5517 ss., V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1993, vol. III, 1027, I.M. MARINO, *Sul fondamento giuridico del servizio pubblico*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, vol. III, 264, A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 498 ss., V. OTTAVIANO, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, tomo III, 481 ss., V. OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1993, vol. I, 84 ss.), I.M. MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi « a diritto amministrativo »*, in *Dir. e proc. Amm.*, 2007, 73.

tradizionali di “tutore”, lo Stato affianca quelle di “gestore” di servizi, erogati sia attraverso amministrazioni collegate a quella statale, sia attribuendo ai comuni diverse competenze in ambito locale¹³.

Nel sistema delineato dalla l. n. 103 cit., poi sostituita dal t.u. 15 ottobre 1925, n. 2576, la nozione di servizio pubblico appare allora ricollegarsi alla già descritta accezione organico-materiale propria della dottrina francese, abbracciando ogni servizio che, mediante un atto di “assunzione” adottato dal Comune (o in alcuni casi anche dalla provincia), viene esercitato direttamente dal soggetto pubblico secondo forme di gestione disciplinate dalla legge come l'azienda speciale, la gestione in economia, la concessione.

2. La nozione di servizio pubblico nella dottrina italiana

La dottrina italiana ha rivolto particolare attenzione al citato atto di assunzione, che rivestirà nel dibattito sulla estensione della nozione di servizio pubblico un vero e proprio ruolo centrale¹⁴.

13 Cfr. S. LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia. Territorio, beni e servizi*, Torino, 2008.

14 Sottolinea l'importanza di tale momento ai fini della ricostruzione del servizio pubblico I.M. MARINO, *Sul fondamento giuridico del servizio pubblico*, op.cit., ma v. anche I. M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano 1986, p. 150 e ss.

E' infatti l'atto di assunzione a racchiudere la scelta dei pubblici poteri di assicurare alla comunità la fruizione di determinate prestazioni e dunque di assumere come doverosa la cura di certi interessi.

L'atto può rivestire le più svariate forme, ed essere adottato con legge, regolamento, provvedimento discrezionale o atto di autonomia: ciò che conta è che esso riveste autonomia logico-giuridica rispetto alla gestione concreta del servizio. Ed infatti l'atto di assunzione ha natura autenticamente autoritativa, esprimendo una valutazione discrezionale -e talvolta anche politica- dei pubblici poteri circa l'opportunità di assumere su di sé l'onere di gestire o meno un servizio di rilevanza generale¹⁵.

Accanto al fine sociale che caratterizza l'assunzione del servizio, si collocano anche valutazioni di tipo economico, quali la pianificazione economico-finanziaria¹⁶.

Le esigenze di pianificazione economica e contenimento della spesa pubblica -particolarmente avvertite nell'attuale momento storico¹⁷-

15 Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2010, CAIA G., *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, A. ROVERSI MONACO, SCOCA, vol. II, Bologna, 1993, 754 e ss.

16 Cfr. OTTAVIANO, *Il governo dell'economia: principi giuridici*, in *Trattato di dir. comm.le e dir. pubbl. dell'economia*, (a cura di F. Galgano), vol. I, Padova, 1977.

17 Al punto da portare all'inserimento nella Costituzione della regola del pareggio di bilancio, cfr. art. 81 Cost., come modificato con L. Cost. 20 aprile 2012, n. 1, il cui nuovo testo così recita: [I] *Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico.*[II] *Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali*[III] *Ogni legge che importi*

determinano la conseguenza ulteriore della tassatività delle previsioni legislative che consentono agli enti locali di erogare servizi pubblici; inoltre, la soggezione al principio di legalità comporta la necessità di una previsione legislativa che autorizzi la assunzione (prima) e la gestione (poi) del pubblico servizio.

La previsione legislativa è dunque necessaria sia per la individuazione dell'ordine di priorità di servizi in relazione alla compatibilità degli stessi con il sistema economico generale, sia in quanto la creazione di un servizio pubblico può comportare delle limitazioni o restrizioni alle libertà individuali o al godimento di diritti¹⁸.

Tanto premesso in ordine alla nozione generale di servizio pubblico, occorre un sia pur breve accenno al dibattito svoltosi nella dottrina italiana tra i sostenitori della teoria c.d. soggettiva di servizio pubblico ed i fautori della tesi c.d. oggettiva.

nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte[IV] Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. [V] L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. [VI] Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale

18 Così E. SILVESTRI, *Il riscatto delle concessioni amministrative*, Milano, 1956, p.8

2.1 Teorie oggettive e soggettive

Un punto di partenza comune tra le predette impostazioni è il riconoscimento del fatto che l'attività in cui si concreta il servizio riveste per lo Stato o per l'ente locale un interesse ed una rilevanza particolari, tanto da essere qualificata come doverosa per i pubblici poteri¹⁹.

Da questo comune punto di partenza, sono seguiti sviluppi teorici diversi²⁰: un primo indirizzo, soggettivo, ha rivolto l'attenzione al ruolo che i pubblici poteri occupano nella organizzazione del servizio; un indirizzo c.d. oggettivo ha invece posto l'attenzione sul dato obiettivo dell'interesse pubblico che giustifica l'assunzione del servizio tra i compiti della P.A.

Più in dettaglio, la concezione soggettiva concentra l'analisi sulla presenza del potere pubblico nello svolgimento del servizio, e sull'osservazione di come tale attività materiale interagisce con gli schemi classici del diritto amministrativo.

Tale concezione si ricollega alla già vista genesi storica del servizio pubblico, che vede l'assunzione di compiti di prestazione da parte degli

19 Così S. CATTANEO, *Servizio pubblico*, op. cit.

20 Dibattito ampiamente riassunto da numerosa dottrina, cfr. tra i molti F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1998, 32 e ss., S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo*, Torino, 1989, 123 ss., G. CAIA, *Legislazione sui servizi pubblici, attività energetiche ed ordinamento delle autonomie locali*, in *Rass. Giur. En.El.*, 1997, 313, R. CAVALLO PERIN, *I principi*, 57 e ss.

enti locali con la c.d. municipalizzazione operata con l. 103/1903; in quest'ottica, per servizio pubblico si intende l'esercizio da parte di un soggetto pubblico, in modo diretto o indiretto, di un'attività imprenditoriale offerta in modo indifferenziato al pubblico²¹.

La tesi soggettiva, dopo l'avvento della Costituzione, trova argomento anche nell'art. 43 Cost. che consente alla legge di riservare allo Stato o ad enti pubblici determinate imprese o categorie di imprese “*che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale*”; tale norma, pur ammettendo che i privati possano svolgere attività di pubblico interesse, individua nella P.A. l'ente deputato ad assumere -ove occorra- il servizio pubblico di preminente interesse generale.

Servizio pubblico in senso soggettivo è quindi quella attività che fa capo ad un soggetto qualificabile come ente pubblico e non si estrinseca in una pubblica funzione, ma in una prestazione materiale.

Al contrario per la concezione oggettiva, in disparte la natura giuridica

21 Tale impostazione caratterizza i primi studi sul servizio pubblico, nei quali vengono definiti invece «impropri» i servizi svolti da privati con il medesimo contenuto di quelli imputabili alla pubblica amministrazione: cfr. DE VALLES A., *I servizi pubblici*, in *Primo Trattato Completo Diritto Amministrativo*, a cura di V. E. ORLANDO, op cit., ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati – Teoria generale*, op. cit., ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, V, 1959, 345 ss. e I, 1958, 18 s., V.E. ORLANDO, *Introduzione*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, cit., I, 100, MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Scritti giuridici*, Milano 1987.

del soggetto erogatore, ciò che conta ai fini della individuazione di un pubblico servizio è l'utilità intrinseca delle prestazioni per l'intera collettività²². Anche tale concezione ha a sua volta posto particolare attenzione all'art. 43 Cost., il quale lascia intravedere che il concetto di servizio pubblico può essere riferito non solo alle pubbliche amministrazioni, ma anche a *determinate imprese o categorie di imprese aventi carattere di preminente interesse generale*.

Per la tesi in commento, la natura e la disciplina del servizio pubblico si manifesterebbero comunque, indipendentemente dal soggetto cui l'attività è istituzionalmente collegata: viene quindi in primo piano l'attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale, indipendentemente dalla natura pubblica o meno del soggetto titolare della stessa.

A conferma di ciò viene citata la predetta norma costituzionale che prevede l'intervento legislativo di riserva o di trasferimento delle attività in questione in ambito pubblico come facoltativo, così separando la nozione di servizio pubblico dalla necessaria titolarità pubblica dello stesso²³.

22 Cfr. POTOTSCHNIG, op. cit., 420 ss, NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972, 111, *Contra* SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959

23 Oltre a U. POTOTSCHNIG, op. cit., cfr. F. GIGLIONI, *Osservazioni sull'evoluzione della*

Tale ricostruzione nega quindi che per aversi servizio pubblico sia necessaria la relativa gestione da parte di un ente pubblico, come invece afferma la teoria soggettiva nella sua formulazione più tradizionale.

La teoria oggettiva è però temperata dalla maggior parte della dottrina la quale osserva come nonostante la tendenziale indifferenza della natura del soggetto erogatore, l'attività in questione deve essere comunque espletata nel rispetto del principio di imparzialità e sottoposta ad una serie di obblighi (svolgimento con carattere di continuità, divieto di discriminazione) cui non potrebbe essere sottoposta una comune attività economica.

Il servizio pubblico diviene così, in queste concezioni successive, un'attività pubblica o privata destinata a soddisfare fini sociali e diretta attuazione dell'art. 3, comma 2 Cost., dunque attività che soggiace a programmi e controlli ai sensi dell'art. 41 Cost., a mente del quale *“la legge determina i programmi ed i controlli opportuni perchè l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali”*²⁴.

nozione di servizio pubblico, in *Foro Amm.* 2008, p. 2265 ss., B. BOSCHETTI, *Diritti e rapporti nell'amministrazione dei servizi*, Padova 2007, V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. italiana. dir. pubbl. comunitario*, 2006.

²⁴ L.PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Milano, 2001, S. CASSESE, *Partecipazioni pubbliche ed enti di gestione*, Milano, 1962, *contra* R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano 2008.

Questo mutato approccio si riverbera anche sulla concezione della concessione amministrativa, che da provvedimento attraverso il quale l'amministrazione costituisce *ex novo* un diritto in capo al privato, diviene strumento attraverso il quale imprimere una direzione ad un'attività economica privata prevedendo, ad esempio, poteri per influire sulle modalità di erogazione del servizio o sul corrispettivo del servizio stesso²⁵.

2.2. Ancora sulla nozione di servizio pubblico: recenti approdi

La teoria oggettiva nella sua configurazione classica conduce ad una perimetrazione della nozione di servizio pubblico talmente ampia da risultare, secondo i più, di dubbia utilità.

Infatti, l'accostamento all'interno della stessa categoria di attività economiche svolte da soggetti pubblici ed attività poste in essere da soggetti privati ed indirizzate alla collettività, non consente di cogliere a pieno la specificità della nozione di servizio pubblico.

Queste difficoltà hanno indotto parte della dottrina a riprendere

25 Cfr. G. GUARINO, *La disciplina giuridica dei permessi di ricerca e delle concessioni minerarie*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia e diritto dell'energia*, Milano 1962, BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968.

l'elemento soggettivo nella definizione di servizio pubblico, dando vita alla concezione c.d. mista e chiarendo che, pur se la gestione del servizio può indifferentemente essere svolta da soggetti pubblici o privati, la titolarità del servizio, affinché un'attività sia qualificabile come servizio pubblico, deve risultare in capo all'amministrazione pubblica che lo ha assunto.

In questa versione composita della nozione di servizio pubblico, divenuta dominante in dottrina²⁶, il momento oggettivo indica che il carattere pubblico identifica un'attività che è rivolta al pubblico e non all'amministrazione stessa, inoltre impone che il servizio venga posto a disposizione degli utenti secondo *standards* predefiniti di qualità e secondo modelli di gestione tendenzialmente imprenditoriale; il momento soggettivo, invece, consente di distinguere tali attività dalle altre attività economiche che possono essere comunque svolte dall'amministrazione, ma che non sono precedute da quell'assunzione in termini di doverosità dell'attività che deve essere posta a disposizione dell'intera collettività²⁷.

26 Cfr. tra i contributi più recenti, E. SCOTTI, *Il pubblico servizio tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003, G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano 2003, P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001

27 Cfr. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano 2010, GAROFOLI FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2010, DI BENEDETTO, *Diritto amministrativo*, Rimini, 2007. Sulla doverosità del servizio v. in particolare A. ROMANO, *Profili della*

3. Dal servizio pubblico ai servizi pubblici locali

La nozione di servizio pubblico locale può ora essere delineata per specificazione rispetto alle considerazioni già svolte sul servizio pubblico in generale: i servizi pubblici locali sono attività di prestazione erogate su iniziativa dei pubblici poteri il cui tratto peculiare consiste nella diretta ed immediata finalizzazione alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività stanziata su un determinato territorio²⁸. Si tratta di attività istituzionalmente svolte dagli enti locali in quanto maggiormente rappresentativi dei bisogni della collettività, previa predisposizione di modelli di organizzazione e gestione ad opera del potere legislativo (a livello statale o regionale), in base al principio di legalità.

E' opinione diffusa che i servizi pubblici locali siano una realtà complessa e frammentata²⁹, sicchè non esisterebbe il servizio pubblico locale come concetto astratto bensì i servizi pubblici locali al plurale, diversi per tipo di attività, redditività, dimensione, morfologia, interesse

concessione di pubblici servizi, in *Dir. Amm.*, 1995, p. 459 e ss.

28 Sui servizi pubblici locali in generale cfr. G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, S. CASSESE (a cura di), vol. VI, Milano 2006, p. 5527 ss., M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Regioni*, 1992, M. DUGATO, F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino 2004, S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino 2004.

29 F. CINTIOLI *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, in *Quaderni della rivista il diritto dell'unione europea* diretta da A Tizzano, n. 5/2010.

da soddisfare.

Per lo più si tratta di attività economiche in astratto suscettibili di essere organizzate in forma di impresa³⁰, sebbene caratterizzate dalla finalizzazione alla soddisfazione di bisogni primari della collettività, e per tale ragione la relativa disciplina è da diversi decenni al centro di numerose riforme e ripensamenti, nell'ambito delle quali si misurano istanze di pubblicizzazione e di liberalizzazione.

Secondo una parte della dottrina la finalizzazione ai bisogni della comunità locale non sarebbe ancora sufficiente per avere servizio pubblico locale in senso tecnico, perchè occorrerebbe l'ulteriore requisito dell'assenza del mercato, o della sua inadeguatezza a fornire il servizio³¹: per tale opinione, ciò che converte l'impresa pubblica in servizio pubblico locale è l'intento *suppletivo* rispetto alle logiche del mercato come rimedio alla insoddisfazione del servizio.

Seguendo tale impostazione, il concetto assume carattere dinamico, potendo variare nel tempo e nello spazio a seconda dei bisogni collettivi e delle risposte che ad essi è in grado di fornire il mercato; per tale

30 Qualifica in chiave di impresa i servizi locali A. PERICU, *Impresa e obblighi di servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001 p. 26 e ss.

31 Così M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, parte speciale, tomo III, Milano, 2003, 2581 ss.

ragione, vi è chi ha sostenuto³² l'"irrelevanza giuridica" della nozione di servizio pubblico locale come concetto unitario in favore di una classificazione dinamica.

La nozione giuridica moderna di servizio pubblico locale nasce nell'ordinamento italiano con la già citata legge di municipalizzazione 29 marzo 1903 n. 103 e con il relativo regolamento di attuazione adottato con R.D. 10 marzo 1904, n. 108³³, che per la prima volta autorizzano e disciplinano l'assunzione in via diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province, lasciando agli enti locali la scelta in merito alla definizione del proprio campo di intervento³⁴.

Il fenomeno dei servizi pubblici in Italia si è quindi sviluppato in compenetrazione con le tendenze autonomistiche e democratiche che hanno caratterizzato nei primi del '900 il passaggio dallo Stato liberale allo Stato pluriclasse³⁵, ed infatti con la nuova disciplina dei servizi pubblici locali per un verso l'amministrazione si avvicina al cittadino per

32 S. CASSESE, *I servizi pubblici locali nel mezzogiorno*, Roma, Ricerche e studi Formez, 1969, p. 7.

33 Su cui v. tra i molti interventi U. BORSI, *Le funzioni del Comune italiano*, in *Trattato Orlando* op. cit., G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in Enc. Giur. XX Roma, 1990, G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, 1902, M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in Riv. amm, 1953, G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in Enc. dir. XXVII, Milano, 1977

34 Nasce così una compenetrazione tra territorio, comunità e servizi, su cui v. G. MIELE, *Il Comune e il suo territorio*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1987, p. 1010

35 cfr. S. LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2008, cit.

rispondere ai suoi bisogni concreti, e per altro verso tende a coinvolgerlo nella stessa azione amministrativa (si pensi all'istituto del referendum previsto dall'art. 13, l. 103, cit. in materia di assunzione del servizio³⁶).

Da un punto di vista teorico, la legge di municipalizzazione affonda le proprie radici in quella opinione (propria della c.d. scienza finanziaria pura)³⁷ che intendeva dimostrare le attitudini economiche e di efficienza dell'intervento dell'ente pubblico come produttore; tale intervento non avrebbe determinato il sacrificio della libera concorrenza, dal momento che l'economia stessa "liberamente, spontaneamente sceglie l'impresa pubblica invece della privata, perchè considera la prima più economica"³⁸.

Da un punto di vista pratico, invece, la predetta legge nasce per dare risposta a sollecitazioni di natura sociale, quale la crescente intensificazione della vita urbana e la conseguente "moltiplicazione dei bisogni collettivi a cui occorreva dare riscontro con mezzi sociali"³⁹.

36 Il riferimento è all'istituto contemplato dall'art. 13 della l. 103 del 1903: un referendum (aperto all'elettorato del comune) sulla deliberazione del consiglio comunale di assunzione del servizio. Cfr al riguardo C. MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, Milano 1905, p. 176, citato da S. LICCIARDELLO, *op. cit.*

37 M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, *op. cit.*, p. 2583.

38 G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, Società editrice libraria, 1902, p. 10 ss.

39 cfr. La Relazione al Parlamento di accompagnamento al D.L. a firma di Giovanni Giolitti, ma v. anche M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 140, il quale sottolinea che in questo periodo storico, i pubblici poteri intervengono con maggiore decisione nella vita sociale al fine di garantire un allargamento del numero dei beneficiari della ricchezza accresciuta a

Al contempo, la legge 103 del 1903 sottende una scelta politica, volta a frenare la tendenza dei Comuni a concedere la gestione dei servizi ad imprese private cedendo l'uso delle reti e degli impianti, e a dettare una disciplina per contenere lo sviluppo disomogeneo del fenomeno.

La L. 103/1903 sceglie di non definire il servizio pubblico, ma di elencare determinate attività per alcune delle quali si prevede il diritto di privativa in favore del Comune (trasporti pubblici, macelli, mercati, affissioni), mentre per le altre si ammette l'iniziativa comunale non preclusiva però di analoghe, concorrenziali, iniziative private, fatte salve le situazioni di c.d. monopolio di fatto.

Nel ventennio successivo alla municipalizzazione, seguono diversi interventi normativi che contribuiscono a rendere frastagliato il quadro giuridico di riferimento, quali il R.D. 4 febbraio 1923, n. 253 ed il R.D. 30 dicembre 1923, n. 3047 (solo di recente abrogati dall'art. 24 del D.L. 25 giugno 2008, n. 112 convertito con l. 6 agosto 2008, n. 133); da qui, la necessità di un riordino della materia, che avviene con R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578.

seguito degli effetti della rivoluzione industriale; v. sul punto anche M. NIGRO, *I risultati giuridici del convegno. Conclusioni*, in *Energia e servizio pubblico*, (Atti del convegno, *I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritti dell'utente*), Milano, 1989, 197 ss.

L'art. 1 del regolamento del 1925⁴⁰ contiene un elenco dei servizi pubblici assumibili direttamente dagli enti locali: la natura di tale elenco è a lungo dibattuta in dottrina, sostenendosi da parte di alcuni la tassatività⁴¹, e di altri la mera natura esemplificativa⁴².

In dottrina prevale infine quest'ultima opinione, con la conseguenza che l'assunzione del servizio è ammissibile anche per attività non contenute nell'elenco; di fatto però nell'applicazione concreta l'ambito dei servizi pubblici municipalizzati non si discosta di molto da quelli contenuti

40 L'art. 1 della legge 103 cit., poi trasfuso nel R.D. 15/10/1925 n.2578 così recita: <<I comuni possono assumere nei modi stabiliti dal presente testo unico, l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi e segnatamente di quelli relativi agli oggetti seguenti: 1) costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; 2) impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; 3) costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; 4) costruzione ed esercizio di tramvie a trazione animale o meccanica; 5) costruzione ed esercizio di reti telefoniche nel territorio comunale; 6) impianto ed esercizio di farmacie; 7) nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case; 8) 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; 9) costruzione ed esercizio di molini e di forni normali; 10) costruzione ed esercizio di stabilimenti per la macellazione, anche con diritto di privativa; 11) costruzione ed esercizio di mercati pubblici, anche con diritto di privativa; 12) costruzione ed esercizio di bagni e lavatoi pubblici; 13) fabbrica e vendita del ghiaccio; 14) costruzione ed esercizio di asili notturni; 15) impianto ed esercizio di omnibus, automobili e di ogni altro simile mezzo, diretto a provvedere alle pubbliche comunicazioni; 16) produzione distribuzione di forza motrice idraulica ed elettrica e costruzione degli impianti relativi; 17) pubbliche affissioni, anche con diritto di privativa, eccettuandone sempre i manifesti elettorali e gli atti della pubblica autorità; 18) essiccatoi di granturco e relativi depositi; 19) stabilimento e relativa vendita di semenzai e vivai di viti ed altre piante arboree e fruttifere.>>

41 M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alla aziende*, in *Riv. amm.* 1953, p. 619.

42 G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. Giur.* XX Roma, Ist. Enc. It, 1990.

nell'elencazione normativa, anche per la incertezza definitoria sulla nozione di servizio pubblico.

La dottrina è invece concorde circa la tassatività dei casi di privativa stabiliti dal medesimo regolamento, che per alcuni servizi fissa una riserva *ex lege* in favore dei Comuni, con impossibilità di affidare ai privati la gestione del servizio.

In virtù di tali caratteristiche, vi è chi ha sostenuto la contraddittorietà concettuale della legge di municipalizzazione, essendo una sorta di "compromesso" tra pensiero liberale e concezione collettivistica (compromesso criticamente soprannominato socialismo municipale⁴³).

Da un punto di vista dogmatico, il tratto essenziale della predetta legge è certamente rappresentato dalla separazione concettuale tra titolarità e gestione del servizio, ed è una costruzione che rimarrà fino alla legislazione più recente, non essendosi mai realizzata una liberalizzazione piena intesa come semplice e mero rinvio al mercato.

Pertanto, se la titolarità del servizio è necessariamente pubblica nelle ipotesi di privativa del servizio, o solo occasionalmente nei servizi senza privativa, la gestione può essere direttamente pubblica o affidata ai privati: nel primo caso, la gestione pubblica avviene tramite gestione

43 G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in Enc. Dir., XVII, Milano, Giuffrè, 1977, p. 363.

diretta in economia ovvero mediante azienda municipalizzata; nel secondo caso, si prevede il ricorso al modello della concessione pubblicistica in capo ai privati.

Ciò è evidente avuto riguardo ai modelli di gestione previsti dalla legge del 1903 e rimasti sostanzialmente in vigore sino alle riforme del 1990 che sono: gestione affidata ai privati mediante concessione, gestione pubblica in economia e gestione pubblica tramite azienda municipalizzata.

Nel 1990 viene poi attuata una importante riforma dell'ordinamento delle autonomie locali, che sostituisce interamente le previgenti leggi comunali e provinciali ed amplia le forme di gestione, prevedendo quella in economia, la concessione, l'azienda speciale, l'istituzione e la s.p.a. a prevalente capitale pubblico locale.

In più, la legge n. 142/1990 va ricordata perchè per la prima volta viene dettata una definizione normativa di servizio pubblico che, pur essendo certamente generica (e quindi programmatica) ha però costituito un importante orientamento per gli interpreti⁴⁴: in base a tale definizione, “*i comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze,*

44 Ciò è messo in evidenza da S. CATTANEO, *op. cit.*, il quale cita anche CUOCOLO, *Atti parl. Cam.*, X legislatura, Commissione affari costituzionali, Indagine conoscitiva, seduta del 3 luglio 1990.

provvedono alla gestione dei 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”.

La definizione, poi trasfusa nell'art. 112 del D.lgs n. 267/2000 (t.u.e.l.), sembrerebbe abbracciare non solo il criterio soggettivo (“gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici”), ma anche quello oggettivo (“servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività..”) e, secondo alcuni, introdurrebbe anche un criterio teleologico⁴⁵ (“attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”).

Com'è evidente, la scelta del legislatore del '90 è quella di abbandonare una rigida elencazione delle attività assumibili come servizi pubblici locali, ampliandone l'ambito oggettivo perchè la nuova definizione comprende non solo le attività imprenditoriali, ma anche quelle non imprenditoriali di carattere sociale, tradizionalmente gestite con lo strumento della istituzione⁴⁶; nasce così quella che poi diverrà la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza. Rimane invece tassativa l'individuazione di servizi svolti in

45 Cfr. LANDOLFI, *I servizi pubblici locali*, in *Nuova rass.* 1999, n. 2, 195 ss.

46 Cfr. A. ZUCCHETTI, in *I servizi pubblici locali*, AA.VV., Milano 2010, p. 4 e ss.

regime di privativa, la cui individuazione ex art. 43 Cost. è riservata alla legislazione statale.

Rinviando al Capitolo terzo per una completa disamina delle predette nozioni e delle diverse forme di gestione che interessano nel tempo la materia, può dirsi sin d'ora che dopo le riforme degli anni '90, avvenute con la L. n. 142/90 e trasfuse nel testo unico degli enti locali (d.lgs n. 267/2000) i servizi pubblici locali hanno conosciuto un periodo di relativa stabilità normativa durato sino alla L.n. 448 del 2001 (che ha novellato gli artt. 113 e 114 del t.u.e.l.), poi seguita dal d.l. n. 269/2003 e dalle riforme del 2008, interventi normativi con cui si è cercato di dare ai servizi pubblici locali un assetto stabile che tenesse conto di diverse esigenze tra loro confliggenti, quali le istanze di liberalizzazione e privatizzazione provenienti da alcuni settori dell'opinione pubblica, la tutela dei cittadini utenti dei servizi, il rispetto del ruolo degli enti locali come comunità esponenziali degli interessi e dei bisogni delle comunità di riferimento e, non meno importante, il rispetto dei vincoli comunitari.

CAPITOLO SECONDO

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI NEL SISTEMA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: *SEZIONE PRIMA 1.* I SERVIZI PUBBLICI NEL SISTEMA COSTITUZIONALE **1.1.** IN DETTAGLIO: L'ART. 43 COST **1.2.** L'INIZIATIVA ECONOMICA PUBBLICA E PRIVATA. *SEZIONE SECONDA 2.* IL RIPARTO DI COMPETENZE IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DOPO LA RIFORMA DEL TITOLO V DELLA COSTITUZIONE **3.** IL RIPARTO DI COMPETENZE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE

SEZIONE PRIMA: I SERVIZI PUBBLICI NELLA COSTITUZIONE ECONOMICA

1. I servizi pubblici nel sistema costituzionale

La Costituzione Italiana non contiene una disciplina dei servizi pubblici, ma menziona i servizi pubblici essenziali all'art. 43.

Le imprese che li erogano possono essere riservate originariamente o trasferite mediante espropriazione, e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti, quando hanno carattere di preminente interesse generale.

Se ne ricavano, così, alcuni principi.

Innanzitutto, il fatto che i servizi pubblici possono essere prodotti nella forma dell'impresa, anche pubblica. In secondo luogo, il servizio pubblico può essere prodotto anche da un soggetto privato, il che ha

portato i sostenitori del servizio pubblico in senso oggettivo ad affermare che il servizio è pubblico anche quando è erogato da un soggetto privato⁴⁷, facendo venir meno il nesso indissolubile tra natura pubblica del servizio e natura pubblica del soggetto.

Tuttavia, poiché certi servizi rivestono carattere di “preminente interesse generale”, la valutazione circa la loro predisposizione ed erogazione spetta ai pubblici poteri, per cui se il mercato non fornisce il servizio, o dovesse cessare di fornirlo, a questi spetterebbe intervenire.

Viene quindi ridefinito il ruolo dello Stato (e in generale dei pubblici poteri): questo deve provvedere affinché il servizio sia erogato (divenendo così *provider*), senza necessariamente produrlo in prima persona. Al contempo, nulla vieta ai pubblici poteri di erogare in proprio i servizi (assumendo così il ruolo di *producer*), per il tramite appunto delle imprese pubbliche⁴⁸.

Ciò che maggiormente connota la Costituzione italiana è una compresenza tra pubblico e privato, che dà luogo a diverse tipologie di intervento dello Stato nell'economia. Seguendo accorta dottrina⁴⁹, è possibile distinguere le diverse modalità di intervento in due grandi

47 POTOTSCHNIG, *op. cit.*

48 Cfr. G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2010

49 S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2004, p. 27 e ss.

categorie: 1) l'intervento conformativo, con cui lo Stato detta regole per l'esercizio dell'attività di impresa 2) l'intervento dello Stato nell'economia, che può essere diretto (mediante impresa pubblica) o indiretto (mediante acquisizione di partecipazioni in aziende private).

1.1. In dettaglio: l'art. 43 Cost

Il citato art. 43 stabilisce che, al fine dell' utilità generale, la legge può *“riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale”*⁵⁰.

La norma contempla la possibilità di realizzare delle nazionalizzazioni o collettivizzazioni condizionandole ad una riserva di legge rinforzata.

L'art. 43 è importante anche perchè, come detto, tratta dei servizi pubblici a carattere economico per i quali il costituente assegna al

⁵⁰ CASSESE S., *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, I, 1344, LEVI F., *Imprese pubbliche e servizi pubblici essenziali tra l'art. 23 e l'art. 43 Cost.*, in *Studi sull'amministrazione regionale e locale*, Torino, 1978, TRIMARCHI BANFI F., *Organizzazione economica ad iniziativa privata e organizzazione economica ad iniziativa riservata negli articoli 41 e 43 della Costituzione*, in *Politica del diritto*, 1992, 3.

legislatore la possibilità di scegliere per essi un regime di riserva in favore di soggetti pubblici, i quali assumono la forma di imprese pubbliche. La norma ammette inoltre la possibilità di un monopolio nell'esercizio di queste attività, purchè si tratti di monopolio affidato a un soggetto pubblico.

Con riferimento ai servizi pubblici essenziali, la norma si ricollega al modello dell'art 41, in cui le attività di servizio pubblico possono essere affidate indifferentemente ad imprese pubbliche e private sottoposte entrambe a programmi e controlli.

1.2. L'iniziativa economica pubblica e privata.

Gli articoli 41 e 42 Cost. rappresentano la sintesi operata dal costituente tra liberismo e dirigismo interventista con una forte connotazione solidaristica, e danno luogo ad un “*regime a economia mista pubblico-privata*”⁵¹.

L'art. 41 della Costituzione⁵², al primo comma, statuisce che l'iniziativa

51 Cfr. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Padova 2012

52 Sull'argomento la letteratura è particolarmente vasta, per cui si rinvia agli interventi più noti, tra cui R. NIRO, *Commentario alla Costituzione, art. 41, vol. I*, Torino, 846 e ss.; G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. Cost.*, 1992, 7 e ss. ; A. BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata, ad vocem*, in *Enc. Dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 582 e ss., E. CHELLI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 260 e ss.; M.S.

economica privata è libera, e che questa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

Prosegue poi il terzo comma prevedendo che l'attività economica sia pubblica che privata “*possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*”, mediante la determinazione per legge di programmi e controlli opportuni.

Questa norma, situata in un contesto che costituisce il fondamento costituzionale dell'autonomia privata, equipara le imprese pubbliche e le imprese private consentendo al legislatore di predisporre regimi derogatori rispetto al comune statuto dell'attività di impresa, al fine di realizzare finalità sociali.

Da un punto di vista “dinamico”, quindi, l'attività di impresa può essere esercitata nel nostro ordinamento sia dai privati che dallo Stato. Da un punto di vista “statico”, invece, occorre avere riguardo all'art. 42, che contempla la proprietà sia pubblica che privata confermando in tal modo l'opzione dei costituenti per una economia mista.

GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 177 e ss. ; G. GUARINO, *pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. Cost.*, 1992, 21 e ss., N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003; G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata, ad vocem* in *Enc. Giur.* XVII, Roma, 1989; M. LUCIANI, *la produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata neld iritto pubblico*, Napoli 1959

L'antico principio sancito dal codice di commercio che fissava il divieto per gli enti pubblici di esercitare attività di impresa viene così definitivamente accantonato: al citato terzo comma dell'art. 41 compare un riferimento all'attività economica pubblica e dunque alle imprese pubbliche che, al pari delle imprese private, possono essere assoggettate a programmi e controlli perchè la relativa attività assuma finalità sociali. La norma è importante anche perchè costituisce la base costituzionale della programmazione economica e, come visto, fonda il concetto dei servizi pubblici in senso oggettivo.

Come dimostra l'esperienza storica dell'impresa pubblica nel nostro Paese⁵³, la gran parte delle imprese pubbliche sono nate per far fronte a determinate esigenze di carattere sociale (o di utilità generale), e segnatamente per la gestione di servizi pubblici. Ciò non toglie che l'ordinamento consente l'istituzione di imprese pubbliche anche laddove ciò non sia richiesto da ragioni di interesse pubblico (o di utilità generale o sociale) e anche laddove l'iniziativa economica privata sia già presente. D'altra parte, l'art. 42, al 1° co. contempla la presenza pubblica nell'economia, a prescindere da ragioni sociali⁵⁴.

53 Per una completa ricostruzione cfr. S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2004.

54 Sul punto cfr. V. CERULLI-IRELLI, *L'impresa pubblica nella Costituzione economica italiana*, su www.astrid-online.it, 12/5/2009.

In conclusione, secondo l'impostazione dell'art. 41 Cost., imprese pubbliche ed imprese private sono accomunate nella configurazione istituzionale e nella disciplina: entrambe possono essere sottoposte a programmi e controlli pubblici per finalità sociali e, allo stesso tempo, possono essere istituite imprese pubbliche al di fuori di dette finalità, in concorrenza con imprese private.

*SEZIONE SECONDA: SERVIZI PUBBLICI LOCALI E RIPARTO DI COMPETENZE
TRA STATO, REGIONI ED AUTONOMIE LOCALI.*

**2. Il riparto di competenze in materia di servizi pubblici locali dopo
la riforma del Titolo V della Costituzione**

Venendo alle competenze -legislative ed amministrative- in tema di servizi pubblici locali, va rilevato che la materia soffre di una certa indeterminatezza e sovrapposizione di ruoli essendo le relative funzioni ripartite tra più livelli territoriali di governo e, precisamente, tra Stato, Regioni, autonomie locali.

L'esame delle competenze in materia deve prendere necessariamente le mosse dalla riforma del Titolo V della Costituzione⁵⁵, avvenuta con L.

⁵⁵ Su cui v. in generale MUSOLINO, DE MARZO, CARINGELLA, *I Rapporti Stato-Regioni nel nuovo titolo V*, Milano 2007, FALCON G., *Introduzione. Nuove questioni sul percorso istituzionale italiano*, in FALCON G.(a cura di), *Stato, Regioni ed enti locali nella legge 5 giugno 2003, n. 131*, Bologna, 2003, OLIVETTI M.(a cura di) *La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo Titolo V*, Torino, 2002, TORCHIA L., *La potestà legislativa residuale delle Regioni*, in *Le Regioni*, 2002, n. 2, 343-363, BASSANINI F., (a cura di), *Legge La Loggia. Commento alla L. 5 giugno 2003, n. 131 di attuazione del Titolo V della Costituzione*, Rimini, 2003, CARAVITA B., *La Costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, regioni e autonomie fra Repubblica e Unione Europea*, Torino, 2002. CARETTI P., *Stato, Regioni, enti locali tra innovazione e continuità. Scritti sulla riforma del Titolo V della Costituzione*, Torino, 2003, CAVALIERI P. e LAMARQUE E. (a cura di), *L'attuazione del nuovo Titolo V, parte seconda, della Costituzione*, Torino, 2004, BIN R., *Le potestà legislative regionali, dalla Bassanini ad oggi*, in *Le Regioni*, 2001, 4, 613, CERULLI IRELLI V., *Interpretare le innovazioni costituzionali*, in *Anci Rivista*, 2003, 1, 49, GALLO C.E., *La potestà legislativa regionale concorrente, i diritti fondamentali e i limiti alla discrezionalità del legislatore davanti alla Corte costituzionale*, in *Foro Amm.-Consiglio di Stato*, 2002, 11, 2791.

Cost. n. 3 del 18/10/2001, in seguito alla quale -rovesciando la precedente impostazione- l'art. 117 Cost. elenca le materie di competenza statale esclusiva (comma 1) e concorrente (comma 2), per cui ogni materia non prevista è da considerarsi di competenza residuale esclusiva delle Regioni.

Poiché i servizi pubblici locali non sono espressamente menzionati dal predetto art. 117 Cost., in linea di principio dovrebbero ritenersi ricompresi nell'ambito della competenza residuale esclusiva delle Regioni, escludendosi così un intervento statale sulla materia. Sennonchè, sin dagli esordi della nuova disciplina, la Corte Costituzionale ha rilevato che esistono diverse interferenze tra gli ambiti di competenza statale e regionale, e che peraltro gli stessi sono caratterizzati da estrema fluidità dei confini, battezzando il fenomeno “concorrenza di competenze”⁵⁶.

In particolare, la Corte ha rilevato come tra le competenze enumerate

56 A partire dalla nota sentenza Corte Cost. n. 50/2005, in cui la Corte ha affermato che le *“Questioni di legittimità costituzionale possono quindi anzitutto insorgere per le interferenze tra norme rientranti in materie di competenza esclusiva, spettanti alcune allo Stato ed altre, come l'istruzione e formazione professionale, alle Regioni. In tali ipotesi può parlarsi di concorrenza di competenze e non di competenza ripartita o concorrente. Per la composizione di siffatte interferenze la Costituzione non prevede espressamente un criterio ed è quindi necessaria l'adozione di principi diversi: quello di leale collaborazione, che per la sua elasticità consente di aver riguardo alle peculiarità delle singole situazioni, ma anche quello della prevalenza, cui pure questa Corte ha fatto ricorso (sent. 370 del 2003), qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre”*.

dall'art. 117 Cost. vi siano alcuni ambiti che non costituiscono “materie” nel senso tradizionale, ma esprimono più che altro esigenze da soddisfare, finalità da perseguire, individuano cioè particolari funzioni e competenze attribuite al legislatore statale che possono esplicitarsi nell'ambito di diverse funzioni attribuite alla competenza statale o regionale.

Le predette materie sono state ribattezzate dalla Consulta competenze “trasversali”⁵⁷, per sottolinearne l'idoneità ad interessare una pluralità di ambiti⁵⁸; tra di esse, la Corte ha annoverato la materia della “concorrenza”⁵⁹, la “tutela dell'ambiente”, e la “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni”⁶⁰ che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale. Ciascuna delle predette materie presenta delle interferenze con il settore dei servizi pubblici locali, e si è rivelata quindi idonea a sottrarre ambiti di competenze legislative alle Regioni.

57 L'espressione è stata coniata per la prima volta con la sentenza n. 407/2002. V. sul punto FRANCESCO SAVERIO MARINI, “La corte costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 alla n. 407 del 2002”, *Giur. cost.* 2002, 4, 2951, FABIO CINTIOLI, “La riserva di amministrazione e le materie trasversali: «dove non può la costituzione può la legge statale?» ossia «la trasversalità oltre se stessa»”, in *Giur. cost.* 2008, 4, 3072

58 In dottrina si è parlato anche di “materie-non materie”, “materie-attività”, “materie-funzioni”; cfr. al riguardo, G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001; A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. Cost.*, 1/2003, 16 e ss..

59 Cfr. G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle regioni e dello Stato)* in *Dir. Pubbl.*, 2002, 981 e ss.

60 Su cui v. C. PANZERA, *I livelli essenziali delle prestazioni fra giurisprudenza costituzionale e giurisprudenza amministrativa*, in *Fed. fisc.*, 2/2009

3. Il riparto di competenze nella giurisprudenza della Corte Costituzionale

La prima sentenza della Corte Costituzionale successiva alla riforma del titolo V che ha trattato specificamente le competenze legislative in materia di Servizi pubblici locali è la n. 272/2004, pronunciata in seguito ad un ricorso con cui la Regione Toscana censurava l'invasione di competenza da parte della normativa statale che aveva modificato il testo dell'art. 113 ed introdotto l'art. 113-bis del D.lgs 267/2000 (T.U.E.L.)⁶¹.

La sentenza opera una netta distinzione tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza, individuando solo per questi ultimi una competenza esclusiva delle Regioni; per i servizi muniti di rilevanza economica, invece, la Corte individua ampi spazi di intervento statale giustificati dall'art. 117, comma 2, lett. e) che assegna allo Stato la materia della “tutela della concorrenza”⁶².

Quest'ultima costituisce quindi titolo che giustifica la prevalenza della disciplina statale precludendo l'intervento delle Regioni, pur dotate in

61 Detta legge, come si dirà infra, è l'art. 14, commi 1 e 2, del d.l. 30 settembre 2003, n.269, recante *Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dei conti pubblici*, convertito con modificazioni nella L. 24 novembre 2003, n. 326.

62 Viene invece rigettato ogni possibile riferimento alla competenza statale in tema di “Funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane”, di cui all'art. 117, comma2, lett. p).

astratto di competenza nella materia dei servizi pubblici locali.

La Corte ha precisato però che l'intervento statale deve essere esercitato nel rispetto dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, in modo da non incidere sulle competenze regionali al di là di quanto strettamente necessario per raggiungere la finalità specifica della tutela della concorrenza. Quest'ultima viene intesa dalla Corte in una accezione dinamica, atta a giustificare misure pubbliche che mirano a ridurre squilibri, favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato, o ad instaurare assetti concorrenziali.

In attuazione di tale principio, la Corte ha ritenuto legittima la legislazione statale che ha modificato l'art. 113 t.u.e.l. disciplinando le modalità di gestione del servizio, ma ha censurato il comma 7 della stessa disposizione che stabiliva dettagliatamente e con tecnica auto-applicativa i vari criteri di aggiudicazione delle gare, trattandosi di intervento invasivo delle competenze regionali non proporzionato rispetto all'obiettivo di tutela della concorrenza.

Va infine precisato che per quanto attiene alla disciplina dei servizi privi di rilevanza economica, la Corte ha reputato illegittimo l'intervento del legislatore statale manifestatosi nell'art. 113-bis del t.u.e.l. per invasione della sfera regionale, non essendo l'intervento in detta materia giustificato da esigenze di tutela della concorrenza.

La Consulta ha poi precisato, richiamandosi all'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'unione europea⁶³, che la distinzione tra attività economiche e prive di rilevanza economica ha carattere aperto e dinamico, non essendo possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica: la distinzione dipende infatti dalle circostanze e dalle condizioni in cui il servizio viene concretamente prestato, per cui l'assenza di scopo lucrativo, la mancata assunzione del rischio d'impresa, l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione possono far propendere per la natura non economica del servizio.

Un altro tassello nella complessa ricostruzione delle competenze è stato aggiunto dalla Corte con la successiva decisione n. 29/2006, avente ad oggetto la legittimità di alcune disposizioni di legge regionale⁶⁴ che si erano discostate dal cit. art. 113 t.u.e.l. introducendo limitazioni alla creazione di società miste e di società in house non previste dalla legislazione statale. La decisione⁶⁵, di accoglimento parziale, ha ribadito

63 Cfr. Corte di Giustizia (CE, ora UE), sentenza 22 maggio 2003, causa C-18/01, secondo cui *“Al fine di determinare se tale bisogno sia privo di carattere industriale o commerciale, spetta al giudice nazionale valutare le circostanze nelle quali tale società è stata costituita e le condizioni in cui essa esercita la propria attività, tra cui, in particolare, l'assenza dello scopo principalmente lucrativo, la mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività, nonché l'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in esame”*.

64 Si trattava della L.R. Abruzzo n. 23/2004.

65 Su cui v. anche G. PIPERATA, *La Corte costituzionale, il legislatore regionale ed il*

la competenza legislativa statale, ma ha reputato legittime le disposizioni censurate con cui si era stabilita una soglia minima di partecipazione al capitale delle società miste da parte del socio privato, perchè non contrastanti ed anzi efficaci ai fini di tutela della concorrenza.

La giurisprudenza costituzionale ha quindi riconosciuto la legittimità di quelle disposizioni regionali che dettano una disciplina difforme da quella statale soltanto se finalizzata ad incrementare il livello di concorrenzialità tra i potenziali affidatari del servizio pubblico⁶⁶. Ciò è stato peraltro ribadito con la decisione n. 307/2009, con cui la Corte ha ritenuto legittima la disposizione regionale⁶⁷ che aveva limitato le modalità di affidamento della gestione dell'erogazione del servizio idrico integrato alla sola gara pubblica, in tal modo precludendo nell'ordinamento regionale il ricorso all'affidamento in house ed alle società miste⁶⁸.

I predetti principi in tema di riparto delle competenze sono stati da ultimo ribaditi dalla Corte con la decisione n. 325 del 17/11/2010, originato dai ricorsi presentati da diverse regioni avverso l'art. 23-bis del

modello "a mosaico" della società in house. in *Le Regioni*, 2009, 651 ss.

66 La Corte ha invece censurato la disposizione regionale contenente il divieto, per le società in house, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore del servizio.

67 Si tratta dell'art. 49, comma 4, L.R.Lombardia n. 26/2003

68 Cfr. S. MUSOLINO, *Per la Corte costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l'in house*, in *Urb. e App.*, 4/2010, 409 ss.

d.l. 112/2008 e l'art. 15 del d.l. 135/2009 e relative leggi di conversione, su cui si dirà più specificamente nel prosieguo⁶⁹.

⁶⁹ Cfr Capitolo quarto.

CAPITOLO TERZO

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO EUROPEO

SOMMARIO: **1.** UNIONE EUROPEA E SERVIZIO PUBBLICO **2.** SERVIZI DI INTERESSE GENERALE (SIG), SERVIZI DI INTERESSE GENERALE AVENTI NATURA ECONOMICA (SIEG) E SERVIZI DI INTERESSE GENERALE NON AVENTI NATURA ECONOMICA (SINEG) **3.** I SERVIZI ECONOMICI DI INTERESSE GENERALE **4.** LA NOZIONE DI AFFIDAMENTO IN HOUSE **5.** IL DIVIETO DI AIUTI DI STATO

1. Unione europea e servizio pubblico

Sin dalle origini, l'Unione europea (con la previgente veste di Comunità economica europea) ha perseguito istanze di armonizzazione e liberalizzazione volte alla creazione di un mercato unico, nel cui ambito hanno assunto particolare rilievo le politiche in tema di eliminazione dei monopoli pubblici e promozione e tutela della concorrenza⁷⁰.

La liberalizzazione, com'è noto, descrive l'apertura di mercati prima organizzati in regime di monopolio legale ed oligopolio. Invece la tutela della concorrenza conciste nel dettare regole per un confronto paritario

⁷⁰ Su cui in generale J. Rivas e J. Branton, *Developments in EC competition law in 2002: an overview*, in "Common market law review", 2003, p.1187 ss., L. MARINI, *Privatizzazioni e liberalizzazione delle condizioni concorrenziali nella comunità europea*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999, 01, 167ss..

tra operatori di mercato, volto ad eliminare posizioni di privilegio⁷¹.

Le istanze delle istituzioni UE in tema di servizi pubblici si sono specificamente concretizzate in due fenomeni: da un lato, l'adozione da parte della Commissione⁷², sulla base del previgente art. 86 comma 3 Tr. CE, oggi art. 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea (TFUE), di direttive attraverso le quali si è imposta la liberalizzazione di interi settori tradizionalmente caratterizzati da un regime di riserva legale; dall'altro, la promanazione di principi generali esplicitati anche per voce della Corte di Giustizia, tra cui assumono particolare rilievo i principi dettati in materia di diritti esclusivi e di *in house providing*.

Tali orientamenti hanno esplicitato i loro effetti sulla disciplina italiana dei servizi pubblici locali, la quale ha più volte sollecitato l'attenzione della Commissione europea rispetto alla sua compatibilità con i dettami comunitari.

La rilevanza del fenomeno nella prospettiva europea è oggi riconfermata anche nel nuovo assetto istituzionale assunto dall'UE, in seguito all'adozione del Trattato sull'Unione europea e del Trattato sul

71 Sui processi di liberalizzazione, A. GAMBINO, *Dal monopolio alla liberalizzazione: regolamentazione normativa delle asimmetrie nel mercato delle telecomunicazioni*, in *Giur. comm.*, 1996, I, 5; A. PERINI, *Le trasformazioni in atto nel settore dei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione*, in *Dir. e soc.*, 1997, 235

72 Cfr. sui poteri della Commissione in tema di servizi pubblici, la sentenza Francia c. Commissione, 19 marzo 1991, causa C-202/88, in *Raccolta*, 1991, I-1223

funzionamento dell'Unione europea, avvenuta a Lisbona il 13 dicembre 2007 (Trattato in vigore dal 1° dicembre 2009)⁷³.

Tra gli obiettivi principali della costruzione europea resta infatti quello di “rafforzare l'unità delle economie [degli Stati membri] e di assicurare lo sviluppo armonioso, riducendo le disparità tra le differenti regioni ed il ritardo di quelle meno favorite”, e tra i mezzi individuati per conseguire questi obiettivi permane la progressiva costruzione di un mercato unico interno.

Il modo in cui il diritto dell'UE guarda ai servizi pubblici è dunque volto a calarli in un ambiente economico in cui vigono il principio di apertura dei mercati e quello tra la concorrenza tra imprese, non falsata da aiuti di Stato: ne consegue che, almeno in linea di principio, le imprese incaricate della gestione dei servizi pubblici soggiacciono agli stessi vincoli in materia di concorrenza cui sono soggette le imprese private⁷⁴.

Al contempo, però, l'Unione riconosce la fondamentale funzione dei servizi pubblici, in particolare locali, come tratto caratterizzante il modello di società comune agli stati europei⁷⁵.

73 R. BARATTA, *Le principali novità del trattato di lisbona*, in *Dir. Un. Eur.* 2008, 01, 21, S. MANGIAMELI, *Il disegno istituzionale dell'unione europea dopo il trattato di lisbona*, *Dir. Un. Eur.* 2011, 02, 377.

74 cfr. Libro Verde della Commissione sui servizi di interesse generale (2003) 270 del 21 maggio 2003, in *GUCE*, C 76 del 24/03/2004.

75 Così il Libro verde cit., nel quale vengono svolte in premessa le seguenti

Il Trattato infatti riconosce la funzione svolta dai servizi pubblici per l'attuazione dei valori comuni dell'UE (art. 14 TFUE⁷⁶, ex art. 16 Tr. CE), ammettendo che essi siano sottratti all'osservanza dei vincoli suddetti solo se e nella misura in cui sia richiesto per la “*specifica missione*” loro affidata⁷⁷. Inoltre, ferma l'applicazione delle predette norme minime a tutela della concorrenza, il diritto europeo riconosce una piena autonomia agli Stati membri ed alle relative comunità locali in ordine alla organizzazione ed erogazione dei servizi pubblici locali, che

considerazioni: <<*I servizi di interesse generale svolgono un ruolo sempre più rilevante: sono parte dei valori condivisi da tutte le società europee e costituiscono un tratto essenziale del modello europeo di società. Il loro ruolo è fondamentale per migliorare la qualità di vita di tutti i cittadini e per superare l'emarginazione e l'isolamento sociali. Considerandone l'incidenza sull'economia e l'importanza per la produzione di altri beni e servizi, l'efficienza e la qualità di questi servizi stimolano la competitività e una maggiore coesione, in particolare favorendo gli investimenti nelle regioni più sfavorite. La fornitura efficiente e non discriminatoria di servizi di interesse generale è altresì un prerequisito per il buon funzionamento del Mercato unico e per l'ulteriore integrazione economica nell'Unione europea. Inoltre, i servizi di interesse generale sono un elemento portante della cittadinanza europea e rappresentano una parte dei diritti goduti dai cittadini europei ed un'opportunità di dialogo con le autorità pubbliche nel contesto di una corretta governance*>>.

76 La norma così dispone: “*Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi*”.

77 M. MARTINELLI, *Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di stato*, Riv. it.dir.pubbl.comunit, 2007, 01, 113, E. SCOTTI, *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di stato*, Foro amm. CDS 2003, 11, 3219.

rientrano nel nocciolo duro delle competenze di ciascuno Stato membro.

A riprova di ciò, rivestono particolare interesse le disposizioni interpretative dettate dalle Alte parti contraenti e contenute nel Protocollo n. 26 allegato al Trattato di Lisbona, in cui si specifica che *<<I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare: il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti .. un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente>>*.

2. Servizi di interesse generale (SIG), servizi di interesse generale aventi natura economica (SIEG) e servizi di interesse generale non aventi natura economica (SINEG)

I servizi pubblici locali possono essere ricondotti alla nozione comunitaria di servizi di interesse generale⁷⁸, il cui tratto caratteristico è

⁷⁸ A partire dalla seconda metà degli anni '90, grande attenzione al tema dei SIG è stata dedicata dalla Commissione europea: cfr. Comunicazione Commissione su *“I servizi di interesse generale in Europa”* 11.09.1996, Comunicazione Commissione su *“I servizi di*

il riferimento ad attività a cui gli Stati membri attribuiscono, con valutazione discrezionale, una missione d'interesse generale in virtù della loro rilevanza per la soddisfazione di primarie istanze sociali.

Non si tratta di un elenco chiuso o predeterminato in sede Ue, ma di un concetto che prende forma di volta in volta a seconda delle scelte - prettamente politiche - lasciate alla libera valutazione di ciascuno Stato membro.

Nell'ambito di tale concetto, occorre poi tracciare una distinzione tra servizi aventi (SIEG) e non aventi natura economica (SINEG): i primi sono soggetti ai principi applicabili alle attività economiche, in particolare ai principi di libertà di stabilimento (art. 4 TFUE), libera prestazione dei servizi (art. 56 TFUE), tutela della concorrenza (art. 106 TFUE); ai servizi non economici si applicano invece i soli principi generali del diritto comunitario, quali il principio di non discriminazione e di libera circolazione delle persone.

Nell'ambito dei servizi pubblici locali, questa distinzione è recepita dagli artt. 113 e 113bis del t.u.e.l. come modificato dall'art. 14, d.l. 30

interesse generale in Europa”, 19.01.2001, Libro Verde su “*I servizi di interesse generale*”, 21.05.200, Libro Bianco su “*I servizi di interesse generale*”, 12.05.2004, Comunicazione Commissione su “*I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*”. 20.11.2007, Comunicazione Commissione “*Un quadro di qualità per servizi di interesse generale*”, 20.12.2011

settembre 2003, n. 269, conv. con modif. dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, che ha introdotto la nota distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di detta rilevanza.

L'individuazione della natura economica o meno del servizio, in europa come nell'ordinamento interno, ha carattere dinamico ed evolutivo, per cui non è possibile definire *a priori* un elenco definitivo di servizi dell'una o dell'altra categoria. La natura di un servizio dipende infatti da fattori tecnologici e scelte di natura politica, che possono mutare nel corso del tempo: un'indicazione esemplificativa di servizi non economici è contenuta nelle comunicazioni della Commissione⁷⁹ che riconducono a tale area le attività intrinsecamente di pertinenza dello Stato, quali l'istruzione nazionale, i programmi obbligatori per la previdenza sociale di base, i servizi sanitari, le attività di organismi che assolvono una funzione sociale.

L'attività interpretativa della Commissione e della Corte di Giustizia dell'UE ha riguardato prevalentemente i servizi economici di interesse generale, nel tentativo di bilanciare l'applicazione del principio di concorrenza con le esigenze di ciascuno Stato membro di realizzare, seguendo il proprio indirizzo politico, la propria idea di intervento

79 Cfr. Commissione europea 2003, 15 ss., 2000b, 1 e ss.

pubblico ed in particolare di perseguire, mediante politiche mirate, la coesione sociale e territoriale delle comunità locali.

3. I servizi economici di interesse generale

I servizi pubblici locali di rilevanza economica rientrano nella già citata nozione comunitaria di “*servizi economici di interesse generale*” (c.d. SIEG) e partecipano dunque della relativa disciplina, da cui l'opportunità di ricostruirne la nozione⁸⁰.

La nozione nasce già con il Trattato di Roma in cui il SIEG è contemplato come una possibile eccezione all'applicazione delle norme del Trattato ed in particolare di quelle relative alla concorrenza⁸¹.

La nozione è squisitamente europea e, rientrando nell'ambito della disciplina sulla concorrenza, il Trattato attribuisce alla Commissione la potestà di rivolgere agli Stati membri, ove occorra, “*opportune direttive e decisioni*” nonchè il compito di vigilare sull'applicazione della relativa disciplina (art. 106, comma 3). In via di prima approssimazione, i SIEG

80 Per la nozione di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, E. PICOZZA, *Attività amministrativa e diritto comunitario*, in *Enc. giur.*, III, Roma, 1987, *ad vocem*, 10, e, nel senso della riconduzione della nozione in questione, F. ARMENANTE, *I servizi pubblici nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giur. it.*, 1997, IV, 193

81 Si veda l'art. 90, divenuto poi l'art. 86 ed ora l'art. 106 del Trattato di Lisbona sul funzionamento dell'Unione Europea - TFUE, in vigore dal 1° dicembre 2009

possono definirsi come attività economiche soggette ad obblighi di servizio pubblico.

Per "Obblighi di servizio pubblico" (cc.dd. "OSP") si intendono obblighi che l'impresa, ove considerasse il proprio interesse commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni. Tali obblighi, consistenti in prestazioni (non remunerative) a finalizzazione esclusivamente "pubblicistica" che devono necessariamente essere realizzate dal gestore del servizio in questione, possono essere imposti sia a livello comunitario che nazionale o regionale.

Nel 1997 con il Trattato di Amsterdam gli Stati membri hanno sottolineato, da un lato, *“l'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché [il] loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale”* e previsto, dall'altro lato, che la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti⁸².

82 Cfr la successiva Comunicazione della Commissione del 20 settembre 2000, su cui v. L.PERFETTI *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (Sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale*

Anche il Trattato di Lisbona si occupa della materia, poichè l'art. 14 TFUE fa comunque espressamente salva la competenza degli Stati membri “di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi”, ed inoltre il già citato Protocollo allegato n. 26 sui Servizi di interesse generale statuisce che tra i valori comuni dell'Unione è compreso il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti. Anche la recente Direttiva n. 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno lascia impregiudicata la libertà degli Stati membri di definire, in conformità del diritto comunitario, quali essi ritengano essere SIEG ed in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato.

Dalle fonti citate non emerge una definizione comunitaria dei SIEG, e probabilmente la ragione⁸³ è che ne verrebbe altrimenti contraddetto lo spazio sempre più ampio che si sono riservati in argomento gli Stati membri sulla base del principio di sussidiarietà verticale, cardine del sistema istituzionale comunitario multilivello.

del 20 settembre 2000), in *Riv.it.dir.pubbl.comunit.* 2001,3-4,479.

83 La considerazione è svolta da D. SORACE, *I servizi pubblici economici nell'ordinamento nazionale ed europeo*, alla fine del XXI secolo.

Pur non essendovi in ambito comunitario una determinata definizione, si possono però reperire i tratti fondamentali della nozione dei SIEG analizzando la relativa normativa e la giurisprudenza comunitaria. A tal fine, è fondamentale l'analisi dell'art. 106 TFUE, che al paragrafo 2 così dispone: *“Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione”*.

Le questioni interpretative poste sono quindi: cosa si deve intendere per interesse economico, per interesse generale, per missione specifica⁸⁴.

Quanto alla prima questione, come detto la Commissione europea ha affermato che a tale interrogativo non può essere data una risposta a priori e che è necessaria un'analisi caso per caso; tuttavia dai testi comunitari possono trarsi utili indicazioni.

In primo luogo, secondo l'art. 57 TFUE, per servizi si intende la fornitura

⁸⁴ Cfr al riguardo TRIMARCHI BANFI F., *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *R.I.D.P.C.*, 2008, 1063

di “prestazioni”, ovvero attività di carattere industriale, commerciale, artigianale e libere professioni, “normalmente dietro retribuzione”. Quest'ultimo requisito non indica necessariamente che il corrispettivo debba essere pagato dai beneficiari, ben potendo anche gravare sulle autorità pubbliche, ma comunque la caratteristica della retribuzione “*non può ritenersi presente nelle attività svolte dallo Stato o per conto dello Stato senza corrispettivo economico nel quadro dei suoi doveri in ambito sociale, culturale, educativo e giudiziario, quali i corsi assicurati nel quadro del sistema nazionale di pubblica istruzione o la gestione di regimi di sicurezza sociale che non svolgono un'attività economica*”⁸⁵.

Quanto alla generalità dell'interesse, secondo l'indirizzo affermatosi già da tempo tale requisito segnalerebbe l'ampia discrezionalità degli Stati membri nel perseguire i loro interessi mediante i SIEG⁸⁶. Secondo il *leading case* sull'argomento⁸⁷, ciò che si richiede allo Stato è essenzialmente che indichi le ragioni per le quali ritiene che il servizio di cui trattasi meriti, per il suo carattere specifico, di essere qualificato come SIEG e distinto da altre attività economiche.

85 Così la Comunicazione della Commissione europea *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, COM (2007) 724 p. 5 ss.

86 Cfr *Commiss. c Paesi Bassi*, C-157/94 (1994)

87 Sent. *British United Provident Association (BUPA)*, T-289/03 (2008)

Infine, occorre una specifica missione affidata all'impresa che eroga il servizio⁸⁸. In proposito, la Corte di giustizia esige innanzitutto che i compiti in questione siano assegnati alle imprese con atti dei poteri pubblici e siano chiaramente identificabili⁸⁹, siano essi legislativi o amministrativi. La missione da svolgere si identifica poi con i c.d. obblighi di servizio pubblico, che possono essere imposti dagli Stati membri o avere fonte in un contratto di servizio. Un'altra nozione di grande importanza emergente dal diritto comunitario è quella di «servizio universale»: nella citata Comunicazione della Commissione sui SIG del 2007 si afferma che esso prevede il “diritto di tutti ad accedere a determinati servizi considerati essenziali”, “la totale copertura territoriale” ed infine un “prezzo abbordabile”. La nozione di servizio universale può giustificare, nel caso concreto, l'attribuzione di diritti esclusivi, o la erogazione di contributi statali compensativi, e dunque trova naturale collocazione nell'ambito della tematica sugli aiuti di Stato. Chiariti i contorni della nozione comunitaria di SIEG, in cui rientrano senz'altro i servizi pubblici locali di rilevanza economica, va chiarito che gli aspetti su cui maggiormente ha inciso la normativa comunitaria

88 G. TELESE, *Servizio di interesse economico generale e servizio universale nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*, in *Jus*, 1999, 947

89 v. *Altmark*, C-280/00, (2003)

riguardano i principi applicabili alle modalità di gestione del servizio, che si vuole da un lato aperta al mercato e dall'altro rispondente alle reali esigenze dell'ente locale.

In quest'ottica, sono ammesse deroghe alla concorrenza nella organizzazione dei servizi soltanto nella misura in cui queste siano necessarie per assicurare la “specificata missione” ad essi affidata, ma le restrizioni alla concorrenza sono giustificate solo se e nella misura in cui queste siano *necessarie e proporzionate* allo specifico fine da perseguire⁹⁰.

La Commissione europea e la giurisprudenza comunitaria consentono agli Stati membri di scegliere se le P.A. debbano fornire direttamente il servizio oppure affidarlo a terzi facendo ricorso allo strumento dell'appalto o della concessione. Quest'ultima si differenzia dall'appalto per le modalità di remunerazione del servizio prestato dal gestore, che trae il corrispettivo direttamente dalle tariffe pagate dagli utenti ed assume il rischio economico dell'attività svolta, a differenza che nell'appalto in cui il corrispettivo è prefissato ed interamente erogato dalla P.a. che ne sopporta l'onere. La scelta rileva al fine di individuare la disciplina applicabile alle procedure per l'affidamento del servizio; ed

90 Per una rassegna della giurisprudenza comunitaria citata, cfr. OCCHILUPO R., “Le società in house”, in “Giurisprudenza commerciale”, 35, n. 3., pp.525-560

infatti le concessioni di servizio, escluse dall'ambito di applicabilità della disciplina comunitaria degli appalti, sono soggette ai principi generali del diritto comunitario, quali la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi e ai principi che governano la materia dei contratti pubblici, che impongono alle p.a. di operare in modo da garantire parità di trattamento tra gli operatori economici, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento. Ne consegue, quale conseguenza non scritta ma evidente, che è d'obbligo procedere con evidenza pubblica ai fini dell'affidamento del servizio, anche quando a partecipare alla gara sono le sole imprese di natura pubblica, con la sola eccezione dell'affidamento c.d. in house, cioè del caso in cui si ha affidamento diretto ad un gestore con cui esiste una sorta di “delega interorganica”. Tale ultima eccezione ha posto rilevanti problematiche in ordine alla possibilità di estendere l'affidamento diretto anche a società miste pubblico-private, ed a quali condizioni.

4. La nozione di affidamento in house

L'affidamento in house è una nozione di origine comunitaria che descrive l'ipotesi in cui la P. A. sceglie di gestire un servizio servendosi di un proprio ente strumentale che, pur essendo distinto da essa sul piano

formale, ne costituisce un'articolazione sostanziale⁹¹.

L'affidamento diretto al soggetto gestore non costituisce elusione delle regole in tema di evidenza pubblica perchè si tratta di soggetto appartenente all' amministrazione medesima e dunque non ricorre propriamente una esternalizzazione del servizio, che richiederebbe invece l'affidamento mediante gara.

L'istituto nasce nella giurisprudenza comunitaria per individuare i casi in cui può affidarsi in via diretta un servizio ad una società formalmente distinta dall'ente locale senza violare i principi della concorrenza e della parità tra operatori di mercato; tale facoltà ricorre quando il soggetto

91 Sull'istituto v., in generale, A. MASSARI, *Gli appalti in house nella giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Comuni d'Italia*, 2004, 9, 21, PROTTO, *In house e controllo analogo*, in *Urb. e appalti*, 2009, 1, 17, A. QUIETI, *Servizi pubblici e affidamenti in house - Spunti di riflessione*, in *Ammin. it.*, 2006, 845, F. RICCIO, *Affidamento in house e rilievi giurisprudenziali, con riferimento ai principi desumibili dalla normativa comunitaria*, in *Comuni d'Italia*, 2007, fasc. 7, 22, ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni in house*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, 1371, URSI, *Gli affidamenti in house a società a capitale interamente pubblico: la parola un'altra volta alla corte di giustizia*, in *Foro it.*, 2004, III, 546, L. VALENTINO, *Gli affidamenti in house tra principi di concorrenza e prerogative statali alla luce della recente giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in *Dir. Unione europea*, 2005, 739, A. SONCINI, *Gli affidamenti in house : rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza TRAGSA II del 2007*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, 292, G. GRECO, *Gli affidamenti "in house " di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1461 ss., C. ALBERTI, *Appalti in house , concessioni in house ed esternalizzazione*, *ivi*, 2001, 495 ss., D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 17 ss., A. VACCA, *Ricostruzione ontologica dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *-Tar*, 2006, 1844 ss., COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero *in house providing nei servizi pubblici locali*, *Foro It.*, 2004, 1136 ss., MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. "affidamenti in-house "*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 945 ss.

affidatario, pur essendo formalmente distinto, “non può dirsi terzo” rispetto all'ente locale⁹².

I tratti dell'istituto vengono per la prima volta delineati con la nota sentenza *Teckal* del 18 novembre 1999, causa C-107/98, con cui la Corte esclude la necessità di una gara, ritenendo legittimo l'affidamento diretto, quando: a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sul soggetto aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi (elemento strutturale); b) il soggetto aggiudicatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza (elemento funzionale).

Con successivi importanti arresti, la Corte di giustizia ha ulteriormente precisato i requisiti che rendono legittimo l'affidamento in house in luogo della procedura di evidenza pubblica, introducendo delle limitazioni volte a restringerne il campo applicativo.

In particolare, con la sentenza 11 gennaio 2005 *Stadt Halle*⁹³, la Corte ha sostenuto la necessità dell'ulteriore requisito della *partecipazione totalitaria* al capitale della società da parte dell'ente pubblico di

92 Tra le prime pronunce in cui la Corte di Giustizia ammette la possibilità che un organo esterno all'amministrazione non sia terzo rispetto ad essa, si collocano le sentenze 10 novembre 1998, resa in causa C-360 Arnhem e 9 settembre 1999, resa in causa C-108-98 R.I.SAN.

93 C. giust., sentenza 11 gennaio 2005, *Stadt Halle*, RPL Recyclingpark Lochau GmbH c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, C-26/03.

riferimento.

Il fondamento teorico di tale assunto è la disomogeneità degli interessi perseguiti all'interno della compagine societaria tra privati ed enti locali; i primi perseguirebbero interessi egoistici di lucro, i secondi obbediscono a logiche istituzionali volte a garantire la fruizione dei servizi in capo alla collettività. Ne consegue che la titolarità del privato di parte anche minoritaria dell'azionariato escluderebbe *a priori* il controllo analogo dell'amministrazione controllante, in quanto qualunque investimento di capitale privato obbedirebbe a interessi privati e perseguirebbe obiettivi differenti da quelli propri delle amministrazioni.

Tale orientamento è stato poi confermato con la successiva sentenza 19 aprile 2007, *Asociación de Empresas Forestales c. Transformación Agraria SA* in causa C-295/05, ed è divenuto *ius raeceptum*.

Un ulteriore tassello è stato posto con la sentenza *Parking Brixen*⁹⁴, con cui si è chiarito che la partecipazione sociale totalitaria non è sufficiente ai fini del controllo analogo, ma si richiede anche la possibilità per il socio pubblico di influire sulle decisioni più importanti e strategiche per la società.⁹⁵

94 In causa C-458/03 del 13 ottobre 2005. In senso analogo anche la sentenza 6 aprile 2006, ANAV, C-410/04. Vd. M. BALDINATO, *La Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 227 ss.

95 Va invece segnalato come nella sentenza 21 luglio 2005, CO.NA.ME., C-231/03, il

Si impone quindi una valutazione caso per caso partendo dalle disposizioni statutarie onde ricostruire il grado di interdipendenza funzionale tra organismo *in house* ed ente locale e verificare se quest'ultimo abbia anche la possibilità in concreto di incidere sulle decisioni più importanti del soggetto gestore.

La Corte di giustizia ha poi chiarito, con la sentenza *Carbotermo*⁹⁶, che qualora la società sia interamente in mano pubblica sebbene di proprietà di diversi enti locali, l'attività da prendere in considerazione ai fini del rispetto dei requisiti della giurisprudenza *Teckal* è quella realizzata con tutti i vari enti locali che ne detengono l'azionariato.

Nel dettaglio, il ricorso all'affidamento *in house* è legittimo se l'ente controllante dispone di penetranti ed effettivi strumenti di controllo, circostanza che si può evincere in base ad una serie di indici elaborati nel tempo dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui: a) l'ente pubblico deve esercitare poteri pari o maggiori a quelli riconosciuti alla maggioranza sociale nelle società di capitali; b) l'impresa non deve avere acquisito una "*vocazione commerciale che rende precario il controllo*" da parte dell'ente pubblico⁹⁷, che risulterebbe invece dall'ampliamento

dibattuto problema della partecipazione al capitale sociale, dell'impresa controllata, da parte di più enti locali sia stato eluso dalla Corte.

96 Corte di giustizia, sentenza 11 maggio 2006, *Carbotermo*, C-340/04.

97 C. Giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling* o Commissione c. Austria

dell'oggetto sociale, dalla possibilità sancita nello statuto che la società si apra a capitali privati, dall'espansione territoriale dell'attività della società extra moenia; c) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante per statuto⁹⁸.

Ne consegue che l'affidamento a soggetto c.d. *in house* esclude la terzietà, poiché si tratta di soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte. L'affidamento diretto a tale soggetto non viola il diritto della concorrenza perchè la scelta di gestire in proprio o tramite proprie articolazioni il servizio pubblico rientra tra le possibilità riconosciute agli enti affidanti.

La nozione di affidamento *in house* coniata a livello comunitario ha in larga parte influenzato lo sviluppo della normativa italiana in tema di modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, che verrà analizzata al successivo Capitolo quarto.

98 C. Giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, società Carbotermo e Consorzio Alisei c. Comune di Busto Arsizio

5. Il divieto di aiuti di Stato

Come detto, le regole sulla concorrenza -alla cui applicazione sono soggetti anche i SIEG- conoscono un'importante eccezione rispetto alle imprese affidatarie perchè non sono applicabili quando la loro osservanza pregiudicherebbe la specifica missione di servizio pubblico ad esse affidata.

Al fine di consentire agli Stati di agevolare lo svolgimento delle missioni di interesse generale affidate alle imprese, il diritto comunitario ammette la possibilità di compensare i maggiori costi sostenuti dalle stesse per adempiere ad obblighi di pubblico servizio⁹⁹, ma alle condizioni previste dai Trattati.

Occorre però chiedersi in cosa consista tale specifica missione. Senza dubbio, essa richiama la necessità di assicurare un minimo di servizi di qualità determinata, accessibili a tutti gli utenti a prescindere dalla loro ubicazione geografica ed offerti ad un prezzo accessibile: è il principio della uguaglianza nella fruizione del servizio pubblico, elaborato dalla dottrina francese e penetrato nel diritto comunitario¹⁰⁰.

99 M. Martinelli Compensazioni finanziarie di obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato, Riv. it. dir. pubbl. comunit. 2007, 01, 113

100 M. MARESCA, *The Access to the Service of General interest (SGIS), Fundamental Right of European Law and the Growing Role of Users' Rights*, in <http://www.servicesgeneralinterest.org>; M. VOISSET, *La reconnaissance, en France, d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics*, in *Revue française de la*

Ebbene, se il servizio minimo deve essere garantito a tutti (divenendo quindi “universale”) e ad un costo abbordabile, è evidente che spesso sarà fornito sotto costo, o comunque con modalità estranee a quelle con cui operano gli imprenditori privati che mirerebbero a massimizzare il profitto.

Per tale ragione, il diritto europeo, conscio che il principio di eguaglianza nella fruizione del servizio costituisce uno degli strumenti per assicurare “il miglioramento del tenore e la qualità di vita” nonché “la coesione economica e sociale”, lascia liberi gli Stati dell'Unione di decidere se ed in quale modo finanziare i SIEG, ex art. 106, paragrafo 2 del TFUE.

La libertà degli Stati membri di finanziare i SIEG incontra però un limite nel divieto di aiuti di Stato¹⁰¹ posto dall'art. 107 TFUE, ex articolo 87 del TCE, a norma del quale “*Salvo deroghe contemplate dai trattati, sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli*

décentralisation, 1999, p. 743 ss., E. SZYSZCZAC, *Citizenship and Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2004, p. 493, N. REICH, *The Consumer as Citizen - the Citizen as Consumer - Reflections on the Present State of the Theory of Consumer Law in the EU*, in *International Association for Consumer Law* (www.iacl.ca)

101 In generale sul regime degli aiuti di Stato, v. G. STROZZI, *Gli aiuti di Stato*, in *Diritto dell'Unione europea* a cura di G. STROZZI, Torino, 2000, 311 ss.; G. MALINCONICO, *Aiuti di Stato*, in *Trattato di diritto amministrativo* a cura di M.P. CHITI e G. GRECO, II, Milano, 1997, 55; C. PINOTTI, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario vivente*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1998, 1259 ss., E. SCOTTI, *Brevi note in tema di servizi pubblici e aiuti di Stato*, *Foro amm.* CDS 2003, 11, 3219

scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza”.

Secondo consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, per valutare se una misura pubblica costituisca un aiuto di Stato occorre verificare se la misura conferisca un vantaggio selettivo a talune imprese o a talune produzioni, se tale vantaggio è accordato mediante risorse pubbliche, se esso può alterare il gioco della concorrenza e incidere sugli scambi tra Stati membri.

In linea di principio, i corrispettivi che i pubblici poteri erogano in favore delle imprese che svolgono attività di servizio pubblico potrebbero rientrare nella predetta definizione. Sennonchè i meccanismi di mercato e le regole di concorrenza non offrirebbero sempre la garanzia della prestazione dei servizi di interesse generale¹⁰², per cui in alcuni casi l'Unione consente un ampio margine di azione e discrezionalità agli Stati membri nel finanziamento di tali servizi e nel calcolo dei costi da rimborsare ammettendo la elargizione di *compensazioni* finanziarie legittime che costituiscono la contropartita dell'adempimento agli

102 C. BUZZACCHI, *Principio della concorrenza e aiuti di Stato tra diritto interno e diritto comunitario* in *Giur. cost.* 2004, 1, 277

obblighi di servizio pubblico da parte dei beneficiari¹⁰³.

Le modalità di finanziamento utilizzate nei vari Stati possono assumere forme diverse, come ad esempio il finanziamento diretto tramite risorse statali (ad esempio le esenzioni fiscali), contributi degli operatori di un certo mercato (ossia le somme che le imprese operanti nel medesimo settore sono tenute a versare all'impresa che eroga la quota di servizio sotto costo), la concessione di diritti speciali o esclusivi (ossia la riserva del diritto di svolgere il servizio a due o più imprese o ad una sola impresa)¹⁰⁴.

La Corte di Giustizia ha enunciato, con l' importante pronuncia *Altmark*¹⁰⁵, le condizioni da osservare affinché una compensazione

103 La teoria della compensazione è oggi prevalente essendo stata accolta con la sentenza *Altmark* (su cui v. infra) e confermata con la successiva *Enirisorse*. E' stato così superato il contrasto tra chi sosteneva da un lato, che le misure compensative sono sempre aiuti di Stato, come tali soggette al relativo regime sostanziale e procedurale (c.d. *the State aid approach*) e chi sosteneva, dall'altro, che le compensazioni si limitano a ristabilire la parità tra operatori vulnerata dall'imposizione di oneri di servizio pubblico e sono dunque una mera contropartita per salvaguardare l'equilibrio economico dell'impresa (c.d. *the compensation approach*). La Corte di giustizia non solo ha abbracciato il criterio della compensazione, ma si è anche fatta carico di circoscriverne la portata elencando, per la prima volta, le condizioni necessarie affinché la misura compensativa possa sottrarsi alla qualifica di aiuto di Stato (c.d. *the conditional compensation approach*).

104 D. GALLO, *Finanziamento dei servizi di interesse economico generale e aiuti di Stato nel diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2007, 05, 89

105 Sentenza pronunciata il 24 luglio 2003 in causa C-280/00. La controversia riguardava il rilascio da parte dell'amministrazione tedesca di concessioni per trasporti con autobus di linea: nel 1990 e nel 1994 alla società *Altmark* erano state rilasciate dalle autorità tedesche concessioni per trasporti di linea e sovvenzioni dirette a coprire le spese del servizio pubblico. Tale concessione comportava una serie di obblighi, quali attenersi alle tariffe predeterminate, e rispettare la tabella oraria concordata. La controversia insorgeva a causa del rifiuto del Governo tedesco di rilasciare ad

ammessa non si trasformi in un aiuto di Stato vietato.

La Corte ha indicato quattro condizioni fondamentali per la legittimità delle predette compensazioni: 1) l'impresa beneficiaria deve essere effettivamente incaricata dell'assolvimento di obblighi di servizio pubblico, a loro volta definiti in modo chiaro 2) i parametri di calcolo della compensazione devono essere previamente definiti in modo obiettivo e trasparente 3) la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire tutti o parte dei costi originati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi nonché di un margine di utile ragionevole 4) l'impresa o le imprese cui vengono addossati gli obblighi di servizio devono essere scelte con una gara pubblica; in assenza di gara, il livello di compensazione deve essere determinato in rapporto ad una analisi dei costi che un'impresa media dovrebbe sopportare, tenuto conto degli introiti e di un margine di utile ragionevole.

Nella successiva sentenza *Enirisorse* la Corte ribadisce l'orientamento e i quattro criteri delineati nella sentenza *Altmark*¹⁰⁶, precisando

un'impresa concorrente concessioni per la gestione dello stesso servizio, che era stato concesso in esclusiva. In seguito al ricorso della *Altmark* il giudice *a quo* sollevava la questione della legittimità di tali sovvenzioni, chiedendo se finanziamenti destinati a ripianare il passivo di un servizio pubblico di trasporto urbano, extraurbano o regionale fossero o meno soggetti al divieto di aiuti di Stato di cui all'allora art. 87 del Trattato CE.

106 Cfr. R. MAGLIANO, *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e*

ulteriormente che l'entità relativamente esigua di un aiuto o le dimensioni relativamente modeste dell'impresa beneficiaria, non escludono a priori l'eventualità che vengano influenzati gli scambi tra Stati membri.

Solo se ricorrono tutte le quattro condizioni, si può dunque escludere che l'impresa abbia tratto un indebito vantaggio mediante aiuti di Stato vietati. Inoltre, è necessario che l'impresa beneficiaria della compensazione tenga una contabilità separata¹⁰⁷ al fine di identificare i costi imputabili al SIEG e calcolare correttamente la compensazione.

La predetta giurisprudenza ha poi influenzato i successivi e numerosi interventi normativi di Commissione e Consiglio in tema di aiuti di stato e compensazione finanziaria degli obblighi di servizio pubblico, emanati al fine di dare compiuta attuazione ai criteri indicati nella sentenza *Altmark*.

Organo competente a decidere sulla regolarità dei finanziamenti volti alla compensazione di oneri del servizio pubblico è la Commissione, cui gli Stati hanno obbligo di notifica dei relativi provvedimenti che li

compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della commissione CE, in Dir. comm. internaz. 2004, 3, 790

¹⁰⁷ Direttiva 2000/52/CE, del 26 luglio 2000, in *GUCE* L-193, 29 luglio 2000, p. 75, che ha novellato la Direttiva n. 80/723/CEE della Commissione, del 25 giugno 1980, relativa alla *trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese*

prevedono. La Commissione, per eliminare incertezze applicative, ha emanato nel novembre 2005 delle linee direttrici contenute in tre atti che portano il titolo di «pacchetto Monti»¹⁰⁸ e, da ultimo, ha adottato una decisione (il 20 dicembre 2011) riguardante *“l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale”*.

La decisione stabilisce l'esenzione dall'obbligo di notifica di alcune categorie di finanziamenti che si presentano *prima facie* legittime, tra le quali rientrano le compensazioni di obblighi di servizio pubblico di importo annuo inferiore a 15 milioni di euro (c.d. regola *de minimis*), le

108 Si tratta della decisione 2005/842 riguardante l'applicazione dell'ex art. 86, par. 2, CE (divenuto art. 106, par. 2, TFUE) agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale, la comunicazione relativa alla «disciplina comunitaria degli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico» e, infine, la direttiva 2005/81 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche nonché fra determinate imprese. I primi due atti sono stati però di recente sostituiti dalla decisione della Commissione del 20 dicembre 2011 riguardante *l'applicazione delle disposizioni dell'articolo 106, paragrafo 2, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea agli aiuti di Stato sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico, concessi a determinate imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale*, e dalla comunicazione sulla *Disciplina dell'Unione europea relativa agli aiuti di Stato concessi sotto forma di compensazione degli obblighi di servizio pubblico*.

compensazioni, indipendentemente dal rispetto di dette soglie, concesse ad ospedali e ad imprese aventi incarichi assistenza sanitaria, assistenza di lunga durata, servizi per l'infanzia, accesso e reintegrazione nel mercato del lavoro, edilizia sociale, assistenza e inclusione sociale di gruppi vulnerabili e, infine, alcune categorie di compensazioni concesse per il settore del trasporto pubblico. L'esenzione è soggetta però a due condizioni: la prima concerne il riconoscimento della natura di servizio di interesse economico generale dell'attività, che si desume dal fatto che la gestione del servizio è conferita all'impresa mediante uno o più atti ufficiali; la seconda condizione riguarda il divieto di conferire un aiuto di importo superiore ai costi, perchè la compensazione non può eccedere quanto necessario per coprire i costi determinati dall'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, tenendo conto degli introiti relativi agli stessi, nonché di un margine di utile ragionevole del capitale investito

CAPITOLO QUARTO

LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI IN ITALIA, DAGLI ANNI '90 ALLA NORMATIVA VIGENTE

SOMMARIO: **1.** I MODELLI DI GESTIONE INTRODOTTI CON LE RIFORME DEGLI ANNI '90 **2** IL D.LGS 18 AGOSTO 2000, N. 267 E L'ART. 35, L. N. 448 DEL 2001: I NUOVI MODELLI DI GESTIONE ALLA LUCE DEL DIRITTO COMUNITARIO **3.** LE SOCIETÀ MISTE E LE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI **3.1.** L'ATTIVITÀ *EXTRA MOENIA* DELLE SOCIETÀ MISTE ED IL C.D. DECRETO BERSANI **4.** LA LIBERALIZZAZIONE IMPOSTA: L'ART. 23 BIS. D.L. 25 GIUGNO 2008, N. 112 E L'ART. 15, D.L. 25 SETTEMBRE 2009, N. 135: L'AFFIDAMENTO IN HOUSE COME MODELLO ECCEZIONALE **5.** LA CORTE COSTITUZIONALE SUL SISTEMA DELINEATO DALL'ART. 23 BIS DEL D.L. 112/2008 **6.** IL REFERENDUM ABROGATIVO DEL 12 E 13 GIUGNO 2011 ED IL D.P.R. 113 DEL 18 LUGLIO 2011 **7.** L'ART. 4 DEL D.L. 138/2011 E SS.MM., DICHIARATO INCOSTITUZIONALE DALLA CORTE COST. CON SENT. N. 199/2012 **8.** SVILUPPI NORMATIVI SUCCESSIVI ALLA CORTE COST. 199 DEL 2012

1. I modelli di gestione introdotti con le riforme degli anni '90

I tradizionali modelli di gestione dei servizi pubblici locali¹⁰⁹, sperimentati con la legislazione dei primi anni del '900, entrano in crisi per effetto di tre fattori: la crescente domanda di qualità del servizio (tipica di un sistema industriale avanzato), l'impossibilità per lo Stato di farsi carico del *deficit* di bilancio degli enti locali, ed infine l'impatto

109 Già analizzati al Capitolo primo, paragrafo 4.

dell'avvento del diritto europeo e della sua primazia, da cui la necessità di sperimentare nuove forme di gestione.

Gli strumenti pubblicistici tradizionali, nati in un contesto in cui non si accordava tutela alle pretese di qualità del servizio e si adoperavano gli strumenti del diritto pubblico autoritativo, soddisfacevano con difficoltà le esigenze di efficienza del servizio (mancando di professionalità specifiche) e di reperimento delle risorse finanziarie necessarie.

Si sviluppa così la prassi di costituire *società per azioni* a capitale interamente pubblico o misto, cui affidare il servizio per mezzo del provvedimento di concessione traslativa previsto dalla legge, al fine di sfruttare la maggiore flessibilità operativa garantita dagli strumenti di natura privatistica e di attrarre capitali privati nella gestione del servizio.

L'art. 22 della l. 8 giugno 1990 n. 142, che si colloca nell'ambito di un più generale progetto di riforma delle autonomie locali, introduce anche formalmente tale strumento, per un verso prevedendo la possibilità di creare *società per azioni* con capitale pubblico locale di maggioranza, e per altro verso trasformando la ormai obsoleta azienda municipalizzata in *azienda speciale*, ente pubblico economico funzionalmente legato al Comune ma dotato di personalità giuridica.

Più in dettaglio, l'art. 22 cit. prevede che Comuni e Province possono

fornire i relativi servizi nelle seguenti forme¹¹⁰: 1) mediante concessione ai privati, 2) a mezzo di azienda speciale, 3) a mezzo di istituzione, 4) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, e 5) in economia per i servizi di modeste dimensioni.

La nuova legge compie poi un ulteriore sforzo definitorio adottando una nozione di servizio pubblico ampia che valorizza più che nel passato il ruolo e le competenze in materia degli enti locali, affermando che "*..i comuni e le province, 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*" (così l'art. 22, L. 142 cit.). Il legislatore sembrerebbe abbracciare così non solo il criterio soggettivo (attribuendo agli enti locali la potestà organizzativa), ma anche quello oggettivo (riferendosi a servizi pubblici che abbiano per oggetto la produzione di beni ed attività) e teleologico (descrivendo i servizi locali come attività rivolte a realizzare fini sociali ed a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali).

E' importante sottolineare, per la rilevanza che la tematica assume negli

110 Cfr G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro Amm.*, 1991, p. 3167 e ss.; M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Regioni*, 1992, p. 7 e ss.

anni successivi, che nel sistema della L. 142/1990 le società miste godono dell'affidamento diretto del servizio, cui accedono senza alcun confronto concorrenziale in virtù del capitale di maggioranza pubblica ed alla stretta correlazione con le finalità istituzionali dell'ente¹¹¹.

Il sistema si dimostra però caratterizzato da scarsa duttilità d'impiego, in quanto la necessità della maggioranza di capitale pubblico si traduce in una sostanziale inapplicabilità del modello ai casi in cui la gestione del servizio richiede un ingente sforzo finanziario che gli enti locali non sono in grado di assicurare.

Ma anche per la gestione dei servizi più modesti il modello mostra ben presto delle criticità, essendo sovrabbondante la forma della società per azioni in luogo di una più snella s.r.l.

Per tali ragioni, con la L. 23 dicembre 1992, n. 498 il legislatore introduce il modello della società con *capitale pubblico locale di minoranza*, con possibilità di acquisizione del capitale di maggioranza da parte di un socio privato individuato con procedure di evidenza pubblica; l'affidamento è ancora una volta diretto e senza gara, il che rappresenta

111 cfr. *Corte di Cassazione, Sez. Un. 6 maggio 1995, n. 4991*, secondo cui una volta deliberata la costituzione di una società per azioni per la gestione del servizio pubblico locale, non vi è necessità di un ulteriore provvedimento di concessione in senso tecnico: l'opzione dell'ente per quel modello di gestione comporta l'affidamento diretto e privilegiato del servizio alla società appositamente costituita.

una importante distorsione rispetto ai principi della concorrenza perchè, oltre al servizio, si può affidare alla stessa società anche la realizzazione delle opere necessarie al corretto funzionamento del servizio e la realizzazione di infrastrutture e altre opere di interesse pubblico. L'intento del legislatore è quello di garantire al socio privato una occasione di profitto e rendere dunque allettante la conduzione del servizio, ma tale intenzione si scontra inevitabilmente con il sistema comunitario di protezione della concorrenza. Frattanto, la L. 15 maggio 1997, n. 127 riconosce la possibilità di costituire *società a responsabilità limitata* per la gestione del servizio.

Tali disposizioni sono poi confluite nel titolo V del D.lgs 18 agosto 2000, n. 267, recante il Testo unico sugli enti locali.

2. Il D.lgs 18 agosto 2000, n. 267 e l'art. 35, l. n. 448 del 2001: i nuovi modelli di gestione alla luce del diritto comunitario

Il testo unico degli enti locali recepisce il sistema descritto, quantomeno nei suoi tratti fondamentali¹¹², in particolare per ciò che attiene alla

112 La letteratura sui servizi pubblici locali nel testo unico è particolarmente ampia, tra le monografie, cfr. G.E. BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, 2003, p. 223 ss., G. CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. MAZZAROLLI e altri, *Diritto amministrativo*, Bologna 2001, M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, op. cit., F. LIGUORI,

tipicità delle forme di gestione ed alla preferenza per quelle privatistiche, alla potenziale concentrazione in un unico soggetto della proprietà delle reti e della gestione del servizio, all'affidamento diretto del servizio in capo al gestore.

La disciplina è stata tuttavia integralmente rivista con l'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448 che ha introdotto la distinzione tra *servizi di rilevanza industriale* e *servizi privi di detta rilevanza*¹¹³, nonché la separazione tra la proprietà delle reti e degli impianti dalla gestione del servizio e la individuazione del gestore per il tramite di procedure di evidenza pubblica.

La norma demanda ad un regolamento di esecuzione l'onere di individuare i servizi caratterizzati da rilevanza industriale, regolamento che però non è mai stato adottato. E' stato notato in dottrina che l'uso del termine "industriale", in attesa del regolamento esecutivo, ha portato con sé notevoli incertezze applicative, mancando nell'ordinamento una definizione normativa generale.

L'aggettivo industriale si presta infatti a diverse letture, essendo ipotizzabili tre distinte soluzioni: si possono considerare servizi

I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica, Torino, 2004.

113 Su cui cfr. L.R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 575 e ss.; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano 2005.

industriali quelli che in astratto sono suscettibili di rappresentare una fonte di lucro per il gestore (dunque solo potenzialmente lucrativi), quelli che l'ente locale decide di organizzare in regime di profitto (lucrativi in concreto), oppure si possono considerare industriali quelli che richiedono l'utilizzo di reti ed impianti (facendo leva non sul fine ma sulla modalità di produzione del servizio).

La normativa descritta, anche per le difficoltà definitorie, ha avuto vita breve, essendo stata riformulata dall'art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con modif. dalla l. 24 novembre 2003, n. 326 che introduce in luogo della industrialità del servizio, la ben nota distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza quale *discrimen* ai fini dell'individuazione del regime applicabile. Scompare quindi la nozione di industrialità per far posto a quella di economicità e non economicità, contenuta agli artt. 113 e 113bis del t.u.e.l., che dettano una disciplina organica volta a superare anche i dubbi di compatibilità comunitaria sollevati dalla precedente normativa ed oggetto di una specifica procedura di infrazione¹¹⁴.

114 Il riferimento è alla procedura di infrazione avviata con nota del 26 giugno 2000 dalla Commissione per segnalare l'incompatibilità della normativa italiana con quella comunitaria in tema di concorrenza e per l'eccessiva durata del periodo transitorio cui aveva dato vita la L. 448/2001 allorquando rimetteva ad un successivo regolamento governativo la disciplina della cessazione degli affidamenti in corso.

Anche con riferimento a tale nuova definizione mancano però criteri guida legislativi per individuare la natura economica del servizio, per cui il compito viene lasciato agli interpreti.

Un apporto importante si è avuto dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 272/2004, in cui si propone di affidare la distinzione ad una valutazione caso per caso da svolgere “*in concreto*” ed in relazione “*al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari*”¹¹⁵.

Seguendo le indicazioni della Corte costituzionale, la dottrina ha individuato nell'art. 2082 c.c. un primo importante riferimento normativo¹¹⁶, atteso che l'economicità caratterizza l'attività

115Con la citata pronuncia, analizzata al Capitolo secondo, la Consulta ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 113, comma 7, nella parte in cui indicava criteri di svolgimento della gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali; l'estremo dettaglio è stato considerato invasivo delle competenze Regionali. Ha al contempo ritenuto legittime le altre norme contenute nell'art. 113, in quanto afferenti alla tutela della concorrenza, che è materia “trasversale” di competenza legislativa Statale ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost. La Corte in particolare ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113bis rilevando che “è costituzionalmente illegittimo l'art. 113bis, d.lgs 18 agosto 2000, n. 267, nel testo introdotto dall'art. 35, L. 28 dicembre 2001, n. 448, in quanto la disciplina posta dallo stesso art. 113bis non può essere giustificata sul presupposto dell'esigenza di tutelare la concorrenza, infatti relativamente ai servizi pubblici, privi di rilevanza economica, sono inapplicabili i principi comunitari in tema di concorrenza”; la Corte ha inoltre dichiarato l'illegittimità costituzionale del comma 7 dell'art. 113 t.u.e.l., “per il fatto di disciplinare in modo autoapplicativo i criteri di attribuzione dei servizi pubblici; tali criteri si pongono al di là della pur doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alle procedure di aggiudicazione. Le norme citate sono integrative di quelle di settore ed estremamente dettagliate, comprimendo eccessivamente l'autonomia regionale, in quanto sproporzionate all'obiettivo di tutela della concorrenza”.

116 citato da G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico* a cura di S. Cassese, vol. VI, Milano, 2006, np. 5527 e ss.; G. CAIA, *Autonomia territoriale e*

dell'imprenditore e andrebbe dunque riferita alle sole attività in grado di essere condotte in modo da produrre degli utili, o quantomeno da garantire la copertura dei costi di produzione e dunque l'autosufficienza nel mercato¹¹⁷.

In questo contesto, nasce l'idea ancora oggi viva in larga parte della dottrina¹¹⁸, secondo cui la rilevanza economica potrebbe essere riconosciuta ai singoli servizi locali non *a priori* come attributo riguardante la natura dell'attività, ma come conseguenza del modello gestionale scelto dall'amministrazione per la loro organizzazione¹¹⁹.

I servizi privi di rilevanza economica invece, secondo una corrente di pensiero, sarebbero esclusivamente i servizi sociali, ossia quelle attività rivolte alla soddisfazione dei bisogni primari della persona che non possono essere fornite con attività di impresa¹²⁰.

concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004.

117 G. ROSSI, *I criteri di economicità nella gestione delle imprese pubbliche*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.* 1970, p. 237 ss.

118 Idea di recente sconfessata dalla Corte costituzionale con sent. n. 325 del 2010 su cui v. *infra*.

119 G. MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Bologna, 2003 p. 324; A. VIGNERI, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, in *Commenti al T.U. sull'ordinamento delle autonomie locali*, coord. L. Vandelli, Rimini, 2004. p. 239 ss.; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, 2004; G. CAIA, *op. cit.*, M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Regioni*, 1992, p. 24 ss. M. DUGATO, *op. cit.*, p. 2582 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. Giur. en. elettr.*, 1992, p. 269 ss.

120 Tale approccio avrebbe ricevuto, secondo i più, un avallo legislativo con l'art. 128,

La distinzione assume particolare rilevanza pratica in quanto per i servizi di rilevanza economica viene ribadita la regola dell'obbligo di indire procedure di *evidenza pubblica* per la selezione del gestore del servizio¹²¹, in conformità alla disciplina comunitaria che non ammette deroghe, ed invece per i servizi privi di tale rilevanza è prevista la possibilità dell'*affidamento diretto* in favore di istituzioni, aziende speciali, società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali e regolate dalle norme del codice civile.

Alla regola della gara fanno tuttavia eccezione, per i servizi di rilievo economico, le ipotesi descritte dall'art. 113 lett. b) e c), le quali rispettivamente prevedono la possibilità di affidare direttamente il servizio a "*società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbiano dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di*

D.lgs n. 112/1998, che ha definito i servizi sociali "*tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione dei servizi, gratuiti o a pagamento, e delle prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona umana incontra nel corso della sua vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario, nonché quelle assicurate in sede di amministrazione della giustizia*".

121 Sull'adeguamento ai principi comunitari da parte dell'ordinamento italiano, cfr. circolare Presidenza del Consiglio, Dipartimento per le politiche comunitarie, 10 marzo 2002, secondo cui l'affidamento della gestione di un servizio pubblico, pur se non regolato dalle direttive in tema di appalti, soggiace a principi di concorrenza e di confronto competitivo ricavabili direttamente dal Trattato.

indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche", ovvero di "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", previsione quest'ultima che riecheggia la definizione comunitaria di *in house providing*.

La scelta della forma di gestione di un servizio tra quelle previste dalla legge è, di norma, rimessa alla potestà discrezionale dell'ente locale titolare del servizio stesso. La nuova formulazione dell'art. 113 non prevede invece l'istituto della concessione, perchè nella nuova disciplina il rapporto tra ente locale e soggetto affidatario riveste natura contrattuale e privatistica.

3. Le Società miste e le modalità di affidamento dei servizi

Tra i modelli di gestione concepiti dal legislatore negli anni '90, particolarmente controverso è stato l'affidamento a società mista¹²², che

122 F. LUCIANI *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, *Dir.*

ha sollevato problematiche applicative per ciò che attiene in particolare alla compatibilità con il diritto comunitario¹²³. Le società miste, come detto, rappresentano una novità introdotta nell'ordinamento dall'art. 22 della l. 8 giugno 1990, n. 142, nell'ambito delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, su cui è poi intervenuto l'art. 12 della l. 23 dicembre 1992, n. 498 ampliando il novero dei possibili modelli societari con l'istituto della società per azioni mista senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria¹²⁴.

Sempre in un'ottica tesa ad ampliare i modelli organizzativi, è poi intervenuto l'art. 17, comma 58, della l. 15 maggio 1997, n. 127, prevedendo le società miste anche in forma di s.r.l. e senza il vincolo del capitale pubblico maggioritario. Tutte le disposizioni fin qui richiamate sono state trasfuse negli artt. 113 e seguenti del d.lgs. n. 267/2000.

L'ingresso dei privati nel capitale sociale porta con sé la necessità di disciplinare il regime proprietario e le modalità di fruizione delle reti¹²⁵, e

amm. 1995, 02, 275

123 Sul fenomeno delle società partecipate, peraltro avviato prima del riconoscimento formale di tale possibilità, cfr. M. CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica: comuni, province e regioni*, Rimini, 1989; V. MARTELLI, *Servizi pubblici locali e società per azioni*, Milano, 1997, P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994.

124 Cfr V. OTTAVIANO, *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, Riv. soc. 1999, 01, 237

125 Sulle peculiarità dei servizi a rete nell'ordinamento Italiano cfr in generale F. VETRÒ, *Il servizio pubblico a rete - L'esempio paradigmatico dell'energia elettrica*, Torino, 2005; E. BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006, F. CINTIOLI, *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi*, in Dir.

pertanto l'art. 113 contempla due ipotesi: la gestione della rete separata dall'erogazione del servizio e quella connessa all'erogazione. Nel primo caso, il comma 4 prevede che la gestione delle sole reti può essere attribuita alternativamente a due diverse tipologie di soggetti: 1) società di capitali appositamente costituite con partecipazione maggioritaria degli enti locali, affidatarie dirette dei relativi compiti; 2) imprese idonee, selezionate attraverso procedure ad evidenza pubblica.

Nel secondo caso, invece, in cui la gestione delle reti è congiunta all'erogazione del servizio, per l'affidamento di esso sono previste le regole dell'evidenza pubblica *ex art. 113 comma 5*, in base a quanto stabilito dall'art. 35 della l. n. 448/2001, emanato sulla spinta del diritto comunitario.

Tuttavia tale modello, ancor prima di entrare a regime, è stato modificato in maniera radicale dall'art. 14 della l. 24 novembre 2003, n. 326, il quale ha inciso sul profilo dell'affidamento e quindi sulla gestione del servizio eliminando l'obbligo di gara e consentendo l'affidamento diretto sia alle società c.d. in house, sia alle *“società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica che abbia*

amm. 2007, 02, 293

dato garanzia di rispetto delle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza secondo le linee di indirizzo emanate dalle autorità competenti attraverso provvedimenti o circolari specifiche” (così l'art. 113, lett. b), t.u.e.l. dopo la riforma del 2003).

In dottrina ed in giurisprudenza sorge quindi un dibattito intorno alla legittimità comunitaria della citata disposizione, nella parte in cui ammette l'affidamento dei servizi senza gara alla società mista che abbia selezionato con gara il socio privato.

Infatti, la società a capitale misto pubblico - privato rientra nella nozione di partenariato pubblico-privato (PPP) disciplinato dal Libro Verde della Commissione CE del 30 aprile 2004¹²⁶ con riferimento a tutte le forme di cooperazione tra le autorità pubbliche e le imprese private al fine di garantire il finanziamento, la costruzione, gestione e manutenzione di un'opera o di un servizio¹²⁷. Poiché le società miste sono un tipico esempio

126 Cfr A. Mussa, Le società miste nell'ordinamento italiano, in Foro amm. CDS 2009, 4, 1081,

127 Il Libro Verde distingue due tipologie di partenariati: quello di tipo puramente contrattuale e quello, invece, istituzionalizzato. Il primo riguarda un partenariato basato esclusivamente sui legami contrattuali tra vari soggetti all'interno dei quali uno o più compiti vengono affidati al partner privato. In tale ambito la scelta del socio privato può avvenire o tramite un atto attributivo qualificato come appalto pubblico ovvero come concessione nel rispetto dei principi del Trattato dell'Unione Europea. In particolare, nella prima ipotesi la Commissione individua la procedura del dialogo competitivo come quella più adeguata all'aggiudicazione di appalti pubblici in attuazione di un partenariato pubblico/privato. Il PPP istituzionalizzato implica la creazione *ex novo* di un'entità detenuta congiuntamente dal partner pubblico e dal partner privato. I contratti di partenariato pubblico privato trovano ora una loro collocazione legislativa nell'art. 3 comma 15 *ter*, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, comma

di PPP di tipo istituzionalizzato, si deve applicare la relativa disciplina comunitaria, ed in particolare la regola secondo la quale si può procedere ad affidamento diretto dell'attività da svolgere ove: la gara per la scelta del socio privato riguardi anche l'attività da svolgere da parte del « socio operativo » e la procedura di selezione venga essere rinnovata alla scadenza del periodo stabilito, evitando così che il socio privato diventi stabile. Le perplessità nascono dal fatto che la Corte di Giustizia, con la sentenza dell'11 gennaio 2005¹²⁸, ravvisa nella partecipazione pubblica totalitaria una condizione essenziale perchè possa verificarsi il “controllo analogo”, unica ragione giustificatrice dell'affidamento senza gara.

Sull'applicazione della normativa *de qua* nell'ordinamento italiano si sono registrati anche in giurisprudenza delle oscillazioni che hanno dato vita a due indirizzi contrastanti. Per un primo indirizzo¹²⁹ l'art. 113, comma 5, lett. b) tuel cit., essendo palesemente anticomunitario nella parte in cui consente l'affidamento diretto alla società mista, va disapplicato. A tale conclusione si giunge osservando che i criteri di

introdotta dal d.lg. 11 settembre 2008, n. 152 (c.d. terzo correttivo al Codice dei Contratti Pubblici). Tali contratti sono soggetti agli obblighi informativi previsti dalla Circolare del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 marzo 2009 ai sensi dell'art. 44, comma 1 *bis*, d.l. 31 dicembre 2007, n. 248 convertito dall'art. 1, comma 1, L. 28 febbraio 2008, n. 31.

128 E.SCOTTI, Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato: osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia in Foro amm. CDS 2005, 3, 666, Nota a Corte giustizia CE , 11/01/2005, n. 26, sez. I

129 Espresso da C.g.a.r.s., 27 ottobre 2006, n. 589

selezione del socio, a monte per la costituzione della società ed a valle per la gestione del servizio, sono diversi: se nella gara per la selezione del socio assumono rilievo decisivo i criteri dell'affidabilità economica, della solidità finanziaria, della capacità organizzativa, viceversa nell'affidamento del servizio assume peso decisivo la valutazione della capacità del privato di gestire al meglio il servizio. Un altro aspetto di criticità risiede nel fatto che la disposizione impone ai soggetti interessati alla gestione di entrare in società con l'ente locale, e si risolve dunque in una frustrazione della concorrenza perchè non è possibile ottenere l'affidamento senza entrare in società con il soggetto pubblico.

A questo primo indirizzo se ne contrappone un altro¹³⁰, poi prevalso, secondo cui la compatibilità comunitaria del ricorso al partenariato pubblico-privato va ammessa se l'affidamento alla società mista, pur essendo “diretto” a valle, si svolge a monte con evidenza pubblica, anticipando già in quella sede le valutazioni circa le attitudini operative del socio “industriale” o “socio operativo” o “di lavoro”, sicchè anche nella società mista viene soddisfatta la necessità dell'evidenza pubblica purchè il partner privato venga selezionato con una gara c.d. a doppio oggetto, che contempra sia la sua idoneità ad essere socio che la sua

130 Espresso da Cons. di Stato, sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587, che ha rimesso la questione all'Adunanza Plenaria.

attitudine a svolgere compiti operativi.

Sul punto è poi intervenuto l'art. 23-bis d.l. 25 giugno 2008, n. 112, come modif. dal d.l. n. 135/2009, che per un verso ha richiesto che al socio privato sia assicurata una partecipazione minima al capitale sociale del 40%, e per altro verso, recependo i predetti orientamenti giurisprudenziali, ha ribadito la necessità che la gara abbia ad oggetto oltre alla qualità di socio, anche l'affidamento del servizio, preferendo dunque la soluzione della gara a doppio oggetto “a monte”, piuttosto che una duplicazione di procedure.

Sul punto si è poi pronunciata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 1 del 2008, che ha accolto la posizione espressa dal Consiglio di Stato con il parere n. 456/2007 ribadendo che: *<<a) non è condivisibile la posizione “estrema” secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto; b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste “aperte”, nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come partner privato per una società “generalista”, alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività extra moenia, avvalendosi semmai dei*

vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico; c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un “affidamento diretto”, ma la modalità organizzativa con la quale l’amministrazione controlla l’affidamento disposto, con gara, al “socio operativo” della società; d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano – oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell’art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006 – garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza; e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie: 1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l’affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest’ultimo si configuri come un “socio industriale od operativo”, il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l’affidamento del servizio operativo; 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione “alla scadenza del

periodo di affidamento”, evitando così che il socio divenga “socio stabile” della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l’uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all’esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario>>.

3.1. L'attività *extra moenia* delle società miste ed il c.d. decreto Bersani

Le società miste sono state concepite dal legislatore quali manifestazioni del potere organizzativo dell'ente locale, sul presupposto di una loro maggiore idoneità a consentire una razionale ed efficiente gestione del servizio pubblico. La natura mista di dette società ha creato però talune difficoltà interpretative, soprattutto con riguardo alla possibilità di svolgere attività *extra moenia*, cioè al di fuori dell'ambito territoriale dell'ente locale¹³¹.

Il problema si è posto in quanto dette società hanno natura privatistica,

131 Su cui cfr. DI GIANDOMENICO, *Le società miste e l'attività extraterritoriale*, in www.giustamm.it, 6/2009, SINISI, *L'attività extra moenia delle società miste: vincolo funzionale, nesso di controllo e « ambito territoriale ottimale »*, in Foro amm. TAR 2003, 10, 2857

dunque dovrebbero poter operare in regime di mercato e partecipare a gare indette da altri enti, ma al contempo svolgere attività esterna comporterebbe una distrazione di risorse economiche ed organizzative al di fuori del territorio dell'ente locale. Un'altra problematica sollevata dalle società miste, che verrà successivamente analizzata, è quella della legittimità di un affidamento senza gara, e delle modalità di selezione del socio privato¹³².

Per ciò che attiene dunque all'attività c.d. *extra moenia*, si sono registrate, nel silenzio del legislatore, due correnti di pensiero in dottrina ed in giurisprudenza: per una prima impostazione, le società miste sono da equipararsi del tutto ai soggetti privati dotati di piena capacità imprenditoriale¹³³, legittimandole così alla gestione di servizi pubblici extra territoriali, senza che sulle stesse gravino limiti ulteriori rispetto a quelli derivanti dal diritto comune. Per altra opinione¹³⁴, sostenuta dalla

132 LAMANNA DI SALVO, *L'affidamento diretto nel decreto bersani: un'analisi comparativa della novella del 2006 alla luce del diritto comunitario*, in *Giur. merito* 2007, 7-8, 1890

133 CAMELLI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, cit. PUGLIANO, *Brevi considerazioni in tema di estensione extra moenia dei servizi pubblici locali gestiti a mezzo di azienda speciale*, in *Riv. trim. appalti*, 1999, 308 ss, 319, LUCIANI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Dir. amm.*, 1995, 275.

134 DE MINICO, *Le società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22, lett. e), l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro amm.*, 1994, 1666, GIAMPAOLINO, *L'organizzazione dei pubblici servizi a mezzo delle società miste nell'esperienza delle amministrazioni degli enti locali: problemi di concorrenza e profili istituzionali*, in *Riv. trim. appalti*, 1997, 7, MICHELI, *Le società per azioni a capitale pubblico locale: sei anni di applicazione della l. 8 giugno 1990, n. 142*, in *Foro amm.*, 1997, 663, CARULLO, *Capitale ed extraterritorialità: primi problemi per*

giurisprudenza maggioritaria¹³⁵, occorre valorizzare la natura funzionale delle società rispetto alle esigenze della collettività dell'ente territoriale, escludendo così la legittimità dell'attività *extra moenia* della società mista. Le due soluzioni, cogliendo ora l'uno (natura privatistica) ora l'altro (nesso funzionale) aspetto del fenomeno, non si sono dimostrate in grado di fornire criteri orientativi univoci; è così sorta una terza impostazione¹³⁶, allo scopo di fornire una soluzione più coerente con la natura ambivalente della società mista. In dettaglio, per tale opzione ermeneutica il vincolo funzionale va individuato caso per caso valutandone gli effetti, verificando se l'impegno extraterritoriale eventualmente distolga, e in che misura, risorse e mezzi senza apprezzabili ritorni di utilità per la collettività di riferimento. Ne consegue che l'attività *extra moenia* è stata reputata ammissibile soltanto ove inidonea ad arrecare pregiudizio allo svolgimento della sua specifica missione istituzionale o, per alcune pronunce, solo previa positiva dimostrazione che attraverso l'ulteriore attività extraterritoriale la società

le nuove S.p.A. comunali per la gestione del servizio idrico, in *Riv. trim. appalti*, 1996, 613.

135 Cfr. tra le altre Tar Liguria, sez. II, 8 maggio 1997, n. 134; Tar Lombardia, Brescia, 14 gennaio 2000, n.8.

136 Cfr. CAMMELLI – ZIROLDI, *Le Società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, 163. In giurisprudenza, cfr. Cons. di Stato, sez. V, 3 settembre 2001, n.4586, Csons. di Stato, sez. V, 28 settembre 2005, n. 5196, sez. IV, 29 settembre 2005, n. 5204.

mista persegua effettive utilità per la comunità di riferimento.

Sulla questione è intervenuto l'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. Decreto Bersani), conv. dalla l. 4 agosto 2006, n. 248¹³⁷, che con una disposizione dal tenore ambiguo ha stabilito che *“al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, 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, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, 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”*.

Ci si è chiesti se nell'ambito di operatività della citata previsione rientrino o meno le società miste¹³⁸, e sul punto la giurisprudenza, dopo

137 Su cui v. MANASSERO, *Commento alla versione definitiva dell'art. 13 del c.d. decreto Bersani, come convertito dalla l. 4 agosto 2006, n. 248, con particolare riferimento agli effetti sull'attività delle società pubbliche locali*, in *www.LexItalia.it* 2006, n. 9, 19.

138 GILIBERTI, RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, in *Foro amm.* CDS 2010, 11, 2511

alcuni tentennamenti, è giunta a ritenere che il divieto si riferisce solo alle <<società partecipate da regioni o enti locali che svolgono attività finalizzate alla produzione di beni e servizi da erogare a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare l'ente di riferimento e con i quali lo stesso ente provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali, e sono rivolte, quindi, essenzialmente alla Pubblica amministrazione e non al pubblico>>, escludendo che la disposizione si debba applicare <<alle società costituite per la gestione dei servizi pubblici locali che mirano a soddisfare direttamente in via immediata esigenze generali della collettività>>¹³⁹.

Diversamente, è stato osservato, verrebbe frustrata la *ratio* della disposizione *de qua*, la quale mira non a limitare ma ad implementare la concorrenza, evitando che una società che in partenza ha un mercato protetto - e che dunque è privilegiata ricevendo direttamente commesse da un ente pubblico - sia nel contempo libera di competere, per una parte della propria attività, con altri concorrenti che non usufruiscono della medesima posizione di vantaggio.

L'art. 23-bis del d.l. 112/2008 (su cui v. *infra*), ha poi previsto il divieto di acquisizione di servizi ulteriori e di svolgimento di attività *extra*

139 Tar Lazio, Roma, sez. III, 21 marzo 2008, n.2514.

moenia per i soggetti che abbiano ottenuto l'affidamento di servizi pubblici locali attraverso procedure diverse dall'evidenza pubblica, dunque per le società *in house*, e per le società miste destinatarie di affidamenti diretti¹⁴⁰.

Queste ultime dunque non potranno, allorché titolari della gestione di un servizio pubblico locale non affidato mediante gara, acquisire la gestione di servizi ulteriori, ovvero operare in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati. Per inciso, in quest'ultimo caso e per espressa menzione della norma, il divieto *ex art. 23 bis*, comma 9, del d.l. n. 112/2008 si estende anche alle società c.d. di terzo grado, stante il riferimento alle società controllate o partecipate dalle società in parola; dai divieti di cui all'art. 23 *bis* comma 9 restano invece escluse le società quotate in mercati regolamentati.

4. La liberalizzazione imposta: l'art. 23-bis d.l. 25 giugno 2008, n. 112 e l'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135. L'affidamento *in house* come modello eccezionale

Come detto, un altro importante tassello della disciplina dei servizi

¹⁴⁰ GILIBERTI, RIZZO, *Posizionamento e margini di operatività delle società pubbliche nel mercato*, cit.

pubblici locali viene posto dall'art. 23-bis del d.l. 112/2008, finalizzato a “*favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.*” nonché di “*garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. e) e m) Cost.*”.

La norma, modificata dal decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 - *Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee* - convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, ha introdotto novità normative rilevanti per la disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali (SPL) e del diritto transitorio degli affidamenti già in corso.

La riforma ha avuto carattere generale essendo destinata ad applicarsi a tutti i servizi di rilevanza economica, ed ha sancito la propria prevalenza sulle discipline di settore incompatibili con le nuove disposizioni¹⁴¹.

Tra le novità più importanti introdotte dalla predetta riforma vi è certamente la precisazione che l'affidamento diretto (senza gara) della gestione del SPL a società miste il cui socio privato sia scelto mediante

141 Cfr, in senso critico URSI R., *Il gioco del monopoli e i servizi pubblici locali*, in *Foro amm.* CDS 2010, 02, 446

procedure competitive ad evidenza pubblica costituisce un caso di conferimento della gestione «in via ordinaria»¹⁴², alla duplice condizione che la procedura di gara riguardi non solo la qualità di socio, ma anche l'attribuzione di «specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio» e che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40% (così il comma 2 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008).

Inoltre, l'istituto dell'affidamento diretto a società c.d. *in house* diviene una modalità di gestione del servizio pubblico locale del tutto eccezionale e derogatoria¹⁴³, richiedendosi una previa «*pubblicità adeguata*» e una motivazione della propria scelta da parte dell'ente in base ad un'«*analisi di mercato*». Inoltre, è prevista la trasmissione di una «*relazione*» dall'ente affidante alle autorità di settore, ovvero all'Autorità garante della concorrenza e del mercato – AGCM per un parere obbligatorio (ma non vincolante) che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione, decorsi i quali si intende rilasciato favorevolmente¹⁴⁴.

142 M. SCARPINO, *Le società miste e i divieti previsti dall'art. 23-bis comma 9 d.l. n. 112 del 2008*, in *Giur. merito* 2010, 11, 2870

143 A. PURCARO, *Servizi pubblici locali: gli affidamenti in house providing dopo la conversione del decreto legge 112/2008. Brevi note all'art.23 bis*, in www.lexitalia.it, 2008, 10.

144 MAMELI, *L'in house tra regola ed eccezione*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, 10, 1949.

L'affidamento diretto deve «*avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria*» - dunque nel rispetto dei principi e parametri dettati dalla giurisprudenza europea in tema di affidamento *in house* - ed inoltre con l'ulteriore presupposto che sussistano «*situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*».

Il legislatore del 2008 ha poi abrogato, nelle parti incompatibili con la nuova disciplina, l'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 concernente l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; è stata inoltre prevista una disciplina transitoria disponendo la cessazione degli affidamenti diretti già in essere al 31 dicembre 2010 (versione originaria del comma 8 dell'art. 23-*bis*) o in date successive, a partire dal 31 dicembre 2011, a seconda delle diverse tipologie degli affidamenti stessi (versione poi modificata del comma 8 dell'art. 23-*bis*). In sintesi, le linee direttrici della riforma introdotta con l'art. 23-*bis*¹⁴⁵ sono da un lato la promozione e la tutela della

145 Su cui la letteratura è vasta: tra i molti, cfr. MARRONE P., MUSOLINO S., *La riforma dei servizi pubblicilocali alla luce del D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168*, Roma 2011, M. BIANCO e P. SESTITO, *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, 2010. F. CINTIOLI, *Concorrenza, Istituzioni e servizio pubblico*, in *Quaderni della rivista Il dir. dell'UE*, diretta da A. TIZZANO, Milano 2010, L. FICI, *I Servizi pubblici locali: un modello di governance multidimensionale. I risultati di una ricerca empirica*, Milano, 2010.

concorrenza, attraverso la creazione di mercati concorrenziali in ciascun settore dei SPL, e dall'altro l'arretramento del pubblico nella gestione dei servizi, rendendo la scelta della gestione *in house* eccezionale e possibile solo in presenza di fattori locali, ambientali, geomorfologici oggetto di specifica motivazione ed anche di riscontro da parte dell'AGCM.

Il quadro di riferimento viene più puntualmente definito con l'entrata in vigore del Regolamento di attuazione dell'art. 23-bis della già richiamata L. 133/08.

La norma secondaria, infatti, all'art. 2, demanda agli enti locali la verifica circa la possibilità di aprire l'attività alla concorrenza limitando l'attribuzione dei diritti di esclusiva.

Si prevede in particolare che gli enti locali accertano la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva ai casi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risultasse idonea - secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza - a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, e liberalizzando in tutti gli altri casi le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità del servizio.

All'esito della verifica, l'ente adotta una delibera-quadro (di competenza

del Consiglio comunale) che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenza, per i settori sottratti alla liberalizzazione, i fallimenti del sistema concorrenziale e i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

Di particolare interesse è anche la disposizione di cui all'art. 4, comma 1 del citato regolamento attuativo, la quale fissa la soglia di rilevanza degli affidamenti di servizi pubblici locali ai fini dell'espressione del parere di cui all'art. 23-*bis*, comma 4 (il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato), nella somma di 200.000,00 euro annui¹⁴⁶.

Della legittimità di tale previsione si è dubitato in dottrina, ed in particolare che questa fosse necessitata dall'obbligo di adempiere alla normativa europea; la questione è stata sottoposta all'attenzione della Corte Costituzionale che però con sentenza n. 325/2010 ha reputato legittimo l'intervento in questione, specificando che pur non trattandosi

¹⁴⁶ La norma viene varata nei suddetti termini malgrado il Consiglio di Stato, nel parere n. 2415 del 24 maggio 2010, avesse ritenuto l'impatto di tale previsione assolutamente irrazionale in quanto «(...) da un lato sarebbero assoggettati al parere gli affidamenti di servizi di modesto valore economico nei comuni con popolazione superiore a 50.000 persone; dall'altro vi sarebbero sottratti la maggior parte dei servizi locali affidati dai comuni di piccole e medie dimensioni. Il primo effetto produce un inutile sovraccarico dell'Autorità garante, il secondo contrasta con la funzione del parere di cui all'articolo 23-*bis*, comma 4, che è di garantire l'eccezionalità dell'affidamento diretto, attraverso uno scrutinio di tipo tecnico sulle scelte dell'ente locale, sovente guidate da motivazioni politiche (...)» Cfr A. ILACQUA, *L'in house «puro» dopo la riforma della materia dei servizi pubblici locali*. Foro amm. CDS 2012, 03, 747.

di intervento imposto dall'europa, esso non è tuttavia incompatibile con il diritto comunitario. Si tratta, con tutta evidenza, di una ben precisa scelta politica di liberalizzazione¹⁴⁷ volta a realizzare un arretramento della sfera pubblica e favorire l'intervento dei privati. Questa scelta è stata però censurata dalla volontà popolare, ed infatti gli effetti della riforma sono oggi venuti meno a causa del referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011¹⁴⁸.

5. La Corte Costituzionale sul sistema delineato dall'art. 23-bis del d.l. 112/2008

Più in dettaglio, la Corte Costituzionale con sent. n. 325/2010 ha deciso i ricorsi presentati da diverse Regioni avverso l'art. 23-bis del d.l. 112/2008 e l'art. 15 del d.l. 135/2009 e relative leggi di conversione, confermando la legittimità dell'intervento di riforma¹⁴⁹, sia sotto il profilo della ripartizione di competenze legislative tra Stato e Regioni ex art.

147Sulle recenti politiche di liberalizzazione cfr. Giuliano Gruner, *Liberalizzazioni ed autonomie locali*, in www.giustamm.it, 6/2012

148 Su cui v. *infra*, paragrafo 6.

149 cfr. CASTOLDI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza economica al vaglio della corte costituzionale: i riflessi di alcune delle questioni trattate dalla sentenza sul servizio idrico integrato nazionale*, in *Riv. giur. ambiente* 2011, 2, 260, LUCARELLI, *La corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.* 2010, 6, 4645.

117 Cost.¹⁵⁰, sia sotto il profilo della compatibilità con i principi comunitari.

Per ciò che attiene in particolare alla compatibilità con il diritto comunitario, la Corte rigetta il profilo della contrarietà ai principi europei prospettato dalle Regioni, senza tuttavia aderire integralmente alla prospettazione dello Stato che aveva dichiarato come imposta dall'UE una liberalizzazione totale dei servizi.

La Corte ha infatti precisato che l'intervento non è affatto imposto dalla normativa comunitaria, ma si concreta in una delle diverse discipline possibili della materia, che il legislatore statale può legittimamente adottare per la tutela della concorrenza in attuazione dell'art. 117, comma 2 lett. e).

Ciò premesso, la Corte evidenzia tre profili di diversità della disciplina interna rispetto a quella comunitaria.

La prima differenza attiene alla ammissibilità della gestione diretta del servizio pubblico locale da parte dell'autorità pubblica: la normativa comunitaria consente, ma non impone agli Stati membri di prevedere come eccezionale la gestione diretta da parte dell'ente locale; è una scelta dello Stato italiano quella di vietare la gestione diretta, che esercita così

150 Già trattato al Capitolo Secondo, Sez. seconda, paragrafo 3.

la discrezionalità lasciata ai membri dell'Ue.

La seconda differenza riguarda l'affidamento della gestione del servizio alle società miste (c.d. PPP, partenariato pubblico-privato); la normativa europea consente l'affidamento diretto del servizio senza gara alle società miste qualora si sia svolta una gara ad evidenza pubblica per la scelta del socio privato e richiede che tale socio sia “industriale” e non meramente “finanziario”¹⁵¹, senza prevedere alcun limite alla partecipazione del privato al capitale.

Il testo dell'art. 23-bis, come successivamente modificato con l'art. 15 del d.l. 135/2009 diverge dal diritto comunitario nella parte in cui pone l'ulteriore condizione che al socio privato sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40%. La previsione viene tuttavia reputata dalla Corte compatibile con il diritto comunitario, perchè non richiesta ma neanche vietata dallo stesso, e comunque idonea a far espandere i casi di affidamento a terzi mediante gara.

La terza differenza attiene alle ipotesi di affidamento diretto del servizio a società *in house*, pacificamente consentita dalla disciplina europea, e resa invece eccezionale dal legislatore italiano; secondo la Corte si tratta di scelte di politica interna che il legislatore statale è abilitato ad adottare,

151 In tal senso il Libro Verde della Commissione europea del 30 aprile 2004.

anche invadendo la sfera regionale, perchè finalizzata alla creazione di mercati concorrenziali.

Più in dettaglio, la Corte non ha accolto le censure regionali, ritenendo legittime le restrizioni che il legislatore nazionale ha imposto -nell'ambito di un margine di apprezzamento consentito- al fine di dare un'applicazione più ampia delle regole di mercato rispetto al minimo inderogabile richiesto dall'ordinamento comunitario. Pertanto, il ragionamento della Corte è quello di considerare che, se non può dirsi che creare il mercato in questo settore è scelta imposta (come sostenuto dallo Stato), neppure si può ritenere (come sostenuto dalle Regioni ricorrenti) che sia una scelta in contrasto con la normativa comunitaria¹⁵².

Un passo importante della motivazione è quello in cui la Corte rigetta la censura con la quale le Regioni contestano la competenza statale nel determinare a priori la rilevanza economica del servizio, rivendicando invece a sé ed agli enti locali siffatta valutazione, da esercitarsi caso per caso a seconda delle circostanze ed esigenze specifiche in relazione al servizio da prestare in concreto.

La censura viene rigettata dalla Corte osservando come i parametri evocati – artt. 14 e 106 TFUE - non fissano le condizioni di uso

¹⁵² SABBIONI, *La corte equipara spl di rilevanza economica e sieg, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, Giur. cost. 2010, 6, 4654.

dell'espressione in essi utilizzata di «interesse economico generale», che viene ritenuta sinonimo di «rilevanza economica», e non specificano se la sussistenza di tale interesse possa essere discrezionalmente stabilita dagli Stati membri o dagli enti infrastatali¹⁵³. Tuttavia, osserva la Corte, *<<lo spazio interpretativo lasciato aperto dai suddetti articoli del Trattato è stato colmato dalla giurisprudenza comunitaria e dalla Commissione europea, secondo le quali «l'interesse economico generale», in quanto funzionale ad una disciplina comunitaria diretta a favorire l'assetto concorrenziale dei mercati, è riferito alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente (reale o potenziale) ed ha, pertanto, natura essenzialmente oggettiva... Ne deriva che (...) l'ordinamento comunitario, in considerazione della rilevata portata oggettiva della nozione di «interesse economico», vieta che gli Stati membri e gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere circa la sussistenza di tale interesse>>*. Siffatto ragionamento porta la Corte a ribadire ancora una volta che la previsione, da parte delle disposizioni censurate, di condizioni per l'affidamento diretto del servizio pubblico locale più restrittive di quelle previste dall'ordinamento comunitario non integra alcuna violazione dei

153 V. anche CARANTA, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011.

principi comunitari della concorrenza, perché tali principi costituiscono solo un minimo inderogabile per gli Stati membri, i quali hanno la facoltà di dettare una disciplina più rigorosamente concorrenziale, come quella censurata che, <<restringendo le eccezioni all'applicazione della regola della gara ad evidenza pubblica – posta a tutela della concorrenza –, rende più estesa l'applicazione di tale regola>>.

La Corte giunge così ad affermare che nel caso concreto il legislatore statale ha correttamente qualificato come economico il servizio idrico integrato¹⁵⁴, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione.

In conclusione, l'unica censura regionale accolta dalla Corte concerne l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, previsto dal comma 10, lett. a), dell'art. 23-bis¹⁵⁵; osserva in proposito la Corte che l'ambito di applicazione del patto

154 La Corte ha al riguardo citato un proprio precedente in cui si giungeva alla medesima conclusione, cfr. sent. n. 246 del 24 luglio 2009.

155 Il quale così recita: <<Il Governo, su proposta del Ministro per i rapporti con le regioni ed entro il 31 dicembre 2009, sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, nonché le competenti Commissioni parlamentari, emana uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di: a) prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari cosiddetti in house di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno, tenendo conto delle scadenze fissate al comma 8, e l'osservanza da parte delle società in house e delle società a partecipazione mista pubblica e privata di procedure ad evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e l'assunzione di personale>>; la declaratoria di incostituzionalità è limitata alle parole «l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno e».

di stabilità interno attiene alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, dunque non era consentito al legislatore statale rimettere la disciplina ad una fonte regolamentare, ostandovi l'art. 117, comma sesto, che limita la potestà regolamentare dello Stato alle sole materie di competenza esclusiva.

6. Il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 ed il d.p.r. 113 del 18 luglio 2011

La materia delle modalità di affidamento dei SPL di rilevanza economica ha poi subito un altro importante rivolgimento per effetto dell'esito del referendum abrogativo tenutosi il 12 e 13 giugno 2011 e concernente sia l'art. 23-bis sia la lucratività del servizio idrico.

Sintetizzando al massimo la vicenda, può dirsi che i quesiti referendari sui servizi pubblici locali derivano da un'iniziativa civica promossa dal *Forum Italiano dei movimenti per l'acqua*¹⁵⁶ che si propone principalmente di escludere la lucratività della gestione del servizio idrico; per raggiungere tale scopo, il comitato promotore ha contemplato tra i quesiti referendari anche l'abrogazione della disciplina generale

156 Cfr il sito dei promotori <http://www.acquabenecomune.org>

rappresentata dall'art. 23-bis del d.l. 112/2008, che altrimenti sarebbe rimasta in vigore nell'ordinamento escludendo la possibilità di una gestione *in house* del servizio idrico.

E' stato quindi formulato un primo quesito che prevede l'abrogazione della norma che consente di affidare la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica soltanto a soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica e consente la gestione *in house* solo in situazioni eccezionali che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato.

Per ciò che attiene più specificamente al servizio idrico, è stato formulato un secondo quesito, sottoponendo ai cittadini l'abrogazione parziale della norma che stabilisce la determinazione della tariffa per l'erogazione dell'acqua, nella parte in cui prevede che tale importo includa anche la remunerazione del capitale investito dal gestore¹⁵⁷.

L'affluenza alle urne, dirimente ai fini della validità della consultazione referendaria, è stata del 57,04%, i voti favorevoli all'abrogazione dell'art 23-bis sono stati 25.935.372, contro 1.265.495 di no, quindi il consenso per l'abrogazione è stato espresso con una percentuale del 95,35 %.

157 Si tratta del comma 1 dell'articolo 154 (Tariffa del servizio idrico integrato) del d.lgs n. 152/2006 recante «Norme in materia ambientale», limitatamente alla seguente parte: «dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito».

Le norme oggetto di referendum sono state formalmente abrogate con decorrenza 21 luglio 2011 con due D.P.R. promulgati il 18/07/2011, rispettivamente i nn. 113 e 116.

Gli interpreti, in assenza di interventi normativi, si sono interrogati sulla disciplina applicabile dopo la cancellazione dall'ordinamento dell'art. 23-bis d.l. cit¹⁵⁸.

Secondo una opinione sostenuta dalla dottrina minoritaria, l'art. 23bis avrebbe potuto continuare a trovare applicazione in via generale a tutti i SPL di rilevanza economica con la sola eccezione del servizio idrico, sul presupposto che la consultazione referendaria si riferisse alla pubblicizzazione del regime dell'acqua.

Ma la maggioranza degli interpreti, in concomitanza con gli orientamenti espressi dalla Corte Costituzionale, ha messo in rilievo come l'approvazione del quesito referendario n. 1 avrebbe recato con sé la cancellazione della riforma del 2008 e del principio della residualità ed eccezionalità dell'affidamento *in house*.

158 M.CALARESU, *Effetti del referendum sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, *Foro amm.* TAR 2011, 06, 2159, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 888, e L. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 906

Per ciò che attiene poi alle conseguenze dell'abrogazione della disciplina generale recata dall'art. 23-bis, un significativo contributo all'approfondimento del tema si ricava dal testo della sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 26 gennaio 2011¹⁵⁹.

La Corte, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del quesito referendario n.1 e sulle conseguenze dell'abrogazione dell'articolo 23-bis, ha precisato che: « *Nel caso in esame, all'abrogazione dell'art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte - sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 -, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica* ».

Ne consegue che in assenza di una normativa interna, la materia deve essere regolata dai principi europei, ed in particolar modo dai noti

159 LUCCARELLI, *I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*, Nota a: Corte Costituzionale , 26/01/2011, n. 24, in *Giur. cost.* 2011, 1, 261.

principi dell'obbligo di gara e della ammissibilità degli affidamenti a società *in house* alle condizioni indicate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

7. L'art. 4 del d.l. 138/2011 e ss.mm., dichiarato incostituzionale dalla Corte Cost. con sent. n. 199/2012

Il vuoto normativo creato dal referendum ha avuto breve durata perchè con la c.d. seconda manovra estiva del 2011 il legislatore ha adottato il d.l. 138 del 13 agosto 2011, conv. in l. n. 148 del 14 settembre 2011, il cui art. 4 reca una sostanziale riproposizione della disciplina di cui all'abrogato art. 23-bis, l. 133/2008 e del suo decreto attuativo (d.p.r. 168/2010).

Tali disposizioni sono state poi implementate con l'art. 9 della l. 183 del 12 novembre 2011, meglio nota come “Legge di stabilità 2012”, e con il d.l. 24 gennaio 2012, c.d. “decreto liberalizzazioni”, conv. in l. 24 marzo 2012, n.27.

La normativa in questione, sin dall'emanazione dell'art. 4 del d.l.

138/2011, ha suscitato consistenti dubbi di legittimità costituzionale¹⁶⁰, essendo quasi del tutto reiterativa della disciplina abrogata dopo la consultazione referendaria.

La “novella” del 2011 esclude dal proprio ambito di applicazione il servizio idrico per uniformarsi agli esiti della consultazione referendaria, e per il resto presenta diverse affinità con la disciplina di cui all'abrogato art. 23-bis.

Parte della dottrina ha, per vero, posto in luce una diversità terminologica che si riverbera sul piano dei principi¹⁶¹, evidenziando il passaggio compiuto dal legislatore da un'ottica di privatizzazione di cui all'abrogato art. 23-bis ad un'ottica di “liberalizzazione” abbracciata dal d.l. 138/2011, come si legge nell'incipit dell'art. 4 che enuncia tra i propri obiettivi la *“liberalizzazione di tutte le attività afferenti la produzione ed erogazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, compatibilmente con le caratteristiche di universalità ed accessibilità degli stessi e tenuto conto degli specifici contenuti degli obblighi di servizio pubblico e universale che l'ente affidante intende*

160 Circa l'incostituzionalità per contrarietà agli esiti di consultazione referendaria, cfr. Corte Cost. 22 ottobre 1990, n. 468, n. 32/1993 con cui si è affermato il “divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare”, e la n. 33/1993, in cui la Corte ha esplicitato il “divieto di far rivivere la normativa abrogata”.

161 C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23 bis al decreto legge “crescita”: la produzione normativa non ha mai fine*, in www.giustamm.it 7/2012

imporre”.

Tale asserita differenza non è tuttavia apparsa sufficiente alla dottrina prevalente, la quale sottolinea come invece per ciò che attiene ai contenuti l'art. 4 del d.l. ripropone la disciplina di cui all'abrogato art. 23-bis¹⁶², in particolare per ciò che attiene: a) alla necessaria verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi e di una previa delibera quadro adottata dall'ente locale per motivare la propria scelta, illustrando “l'istruttoria compiuta” ed evidenziando, “per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio” b) alle gare cc.dd. a doppio oggetto ai fini della costituzione di forme di partenariato pubblico-privato (con la creazione di società miste) c) alla natura eccezionale dell'affidamento in house, consentito con l'art. 4 – con una previsione ulteriormente limitativa- solo se il valore economico dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui d) per gli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, all'invio all'Autorità garante per la concorrenza e per il mercato della delibera quadro nel caso di

162 Cfr. il contributo di MASETTI, *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011*, www.giustamm.it, 10/2011, corredato da tabelle di comparazione tra normativa abrogata con il referendum e riproposta dal legislatore.

attribuzione di diritti di esclusiva se il valore economico del servizio e' pari o superiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui.

Siffatte evidenti similitudini hanno indotto la Corte Costituzionale a dichiarare l'illegittimità dell'art. 4 cit. per violazione della consultazione referendaria: con sentenza n. 199 del 20 luglio 2012¹⁶³ la Corte ha infatti accolto le censure proposte dalle Regioni Puglia, Emilia Romagna, Umbria, Sardegna, Lazio, ritenendo la norma censurata violativa del divieto desumibile dall'art. 75 Cost. di ripristinare la normativa abrogata dalla volontà popolare

La Corte ha infatti osservato come il censurato art. 4 sia stato emanato *“..a distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008..”* e che *“nonostante sia intitolato «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea», detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto*

163 A.D'ATENA, *Abrogazione referendaria ed effetto ripristinatorio* Nota a: *Corte Costituzionale*, 24/01/2012, n. 13, *Giur. cost.* 2012, 1, 117

prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis” e di molte disposizioni del regolamento attuativo.

Le similitudini vengono rintracciate, in armonia con quanto osservato da attenta dottrina¹⁶⁴, nel fatto che la normattiva censurata:

A) *“rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto non solo limita, in via generale, «l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis del d.l. 112 del 2008, ma la àncora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti”;*

Ed inoltre¹⁶⁵, B) la disciplina recata dall'art. 4 riproduce *“ora nei*

164 FURNO, *Le tortuose vie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra legislatore, referendum e corte costituzionale: <<palla al centro?>>* (Commento alla sentenza n.199/2012 della Corte costituzionale), in www.giustamm.it, 9/2012, LUCARELLI, *Brevi note in merito alla sentenza della Corte costituzionale n.199/2012*, in www.federalismi.it, 25 settembre 2012.

165 La Corte enumera le coincidenze tra la norma censurata e l'abrogato art. 23bis, e individua, ad esempio: *“il testo dei primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, .. coincide letteralmente con quello dell'art. 2 del regolamento attuativo dell'art. 23-bis di cui al d.P.R. n. 168 del 2010; i commi 8 e 9 dell'art. 4 coincidono con l'art.*

principi, ora testualmente, diverse regole quali la “scelta della forma di gestione del servizio”, “la disciplina transitoria” e comunque “la maggior parte delle disposizioni recate dal regolamento di attuazione dell'art. 23-bis”.

Tenuto, quindi conto del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) cui si applicava l'art. 23-bis, la Corte ha sconfessato la tesi per cui l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare.

8. Sviluppi normativi successivi alla Corte Cost. 199 del 2012

L'eliminazione dal sistema dell'intero art. 4, avvenuta per effetto della declaratoria di incostituzionalità pronunciata dalla Consulta, ha portato con sé il ripristino di quel vuoto normativo già sperimentato dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis e foriero di gravi incertezze per le pubbliche amministrazioni.

3, comma 2, del medesimo regolamento; i commi 11 e 12 del citato art. 4 coincidono testualmente con gli articoli 3 e 4 dello stesso regolamento..”

Al riguardo, una siffatta lacuna deve essere colmata seguendo gli insegnamenti della Corte costituzionale che con riferimento agli effetti della dichiarazione referendaria¹⁶⁶ ha avuto modo di chiarire che dall'abrogazione di una norma non segue affatto il ripristino della disciplina precedentemente abrogata (riferendosi al previgente art. 113 t.u.e.l.), ma consegue l'applicazione della disciplina europea e quindi dei modi di gestione ed affidamento dei servizi ivi previsti.

Pertanto, in assenza di una disciplina positiva tornano applicabili tutti i modelli di gestione ammessi dalla normativa europea, quali la gestione diretta (prima non ammessa), l'affidamento a società *in house*, l'affidamento a società mista previa gara a doppio oggetto, l'affidamento ai privati previa pubblica gara.

Consapevole di ciò, il legislatore è intervenuto con una norma -inserita nell'ambito della legislazione “d'emergenza” – che senza dettare una disciplina dei modelli di gestione, dunque dando per scontata l'applicazione del diritto europeo, stabilisce invece oneri di pubblicità e trasparenza in ordine alle scelte compiute dagli enti locali o enti di gestione dell'ambito ed alla loro compatibilità con il diritto europeo.

Il legislatore del 2012 con il d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, art. 25, ha

166 Come già illustrato al precedente par. 6

introdotto il nuovo art. 3-bis al d.l. 138/2011, rubricato “*Ambiti territoriali e criteri di organizzazione dello svolgimento dei servizi pubblici locali*”, stabilendo che “*le società affidatarie in house sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite dal decreto ministeriale previsto dall'articolo 18, comma 2-bis, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, e ss.mm.*”, ed affidando compiti di vigilanza agli enti locali di riferimento o all'ente di gestione dell'ambito o del bacino.

Inoltre l'art. 3-bis, come modificato dal d.l. 18 ottobre 2012 n.179 - *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese*, stabilisce che tutti i SPL di rilevanza economica “a rete” devono essere organizzati e gestiti in ambiti o bacini territoriali ottimali, di dimensioni almeno pari a quella degli attuali territori provinciali.

Tale obiettivo, ispirato a ragioni di economicità e razionalizzazione della gestione dei servizi, viene perseguito coinvolgendo ogni livello territoriale di governo, ed in particolare le Regioni sul piano normativo e lo Stato per ciò che attiene all'attuazione pratica anche in via sostitutiva laddove vi fossero gravi inerzie degli enti deputati.

Stabilisce infatti il menzionato art. 3-bis per un verso, che “*Le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da*

quella provinciale, motivando la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e in base a principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio, anche su proposta dei comuni..”¹⁶⁷ da adottarsi entro il 30 giugno 2012.

Per altro verso, prosegue la norma, *“decorso inutilmente il termine indicato, il Consiglio dei ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica, esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131, per organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, comunque tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio”* utilizzando così lo strumento previsto in via eccezionale dall'art. 120 Cost. con le garanzie previste dalla l. 131 del 2003, c.d. legge La Loggia.

Inoltre, il citato d.l. 18 ottobre 2012 n.179 - *Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese* ha previsto all'art. 34, comma 13, che *“Per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di assicurare il rispetto*

167 La norma comunque fa salva *“ l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee nonché ai sensi delle discipline di settore vigenti o, infine, delle disposizioni regionali che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali in coerenza con le previsioni indicate nel presente comma”*.

*della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che da' conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste*¹⁶⁸. Viene così ripristinato un onere di motivazione rinforzata, con finalità di tutela della concorrenza e di trasparenza.

Da ultimo, occorre segnalare che l'art.4, comma 8, del decreto legge 6 luglio 2012,n.95 (il c.d. decreto sulla *spending review*)¹⁶⁹, come modificato dalla legge di conversione del 7 agosto 2012, n.135, sancisce

168 I successivi commi 14 e 15 art. 34 dettano poi una disciplina transitoria per ciò che attiene agli affidamenti in essere: *In relazione agli affidamenti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, la relazione prevista al comma 13 deve essere pubblicata entro la data del 31 dicembre 2013. Per gli affidamenti per i quali non è prevista una data di scadenza, gli enti competenti provvedono contestualmente ad inserire nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto un termine di scadenza dell'affidamento, pena la cessazione dell'affidamento medesimo alla data del 31 dicembre 2013.15. Gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data, e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c., cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio o negli altri atti che regolano il rapporto; gli affidamenti che non prevedono una data di scadenza cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, il 31 dicembre 2020.*

169 Su cui cfr. C. D'ARIES, *In house al canto del cigno, in Italia oggi*, 24 agosto 2012). V. altresì le critiche di A. LUCARELLI *Brevi note in merito alla sentenza della Corte costituzionale n.199/2012*, in www.federalismi.it, 25 settembre 2012

in via generale per tutte le società pubbliche che dal primo gennaio 2014 l'affidamento diretto possa avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*, a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore ad euro 200.000,00 annui, fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014.

La norma ha dato vita a due distinte letture, che mirano entrambe a salvaguardare il risultato referendario.

Secondo una prima opinione, la norma mira a generalizzare per tutte le società pubbliche il limite dei 200.000 euro che era previsto per i servizi pubblici locali, ma essendo coeva rispetto alla declaratoria di incostituzionalità (del 20 luglio 2012) finisce per generalizzare una norma non più vigente.

Per altra opinione, il comma 8 dell'art. 4 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95, che pone dei limiti stringenti agli affidamenti *in house*, nonostante non faccia uno specifico riferimento alle sole società "strumentali" evocate nel comma 1, deve essere letto in combinato disposto con il comma 7 del medesimo articolo e riguarda, dunque, esclusivamente l'acquisizione di beni e servizi strumentali da parte delle pubbliche amministrazioni e

delle altre stazioni appaltanti¹⁷⁰.

Una diversa ricostruzione, si osserva, oltre che essere stridente con la logica dell'intervento legislativo dell'art. 4 del decreto c.d. spending review, si porrebbe in palese contrasto con quanto stabilito dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 per i servizi pubblici locali¹⁷¹.

Dunque se è vero che la disposizione non si pone apertamente in contrasto con la pronuncia della consulta, è anche vero che rendere eccezionale o comunque più difficile la scelta di gestire *in house* i servizi introducendo il parametro quantitativo dei 200.000,00, è una scelta che si pone comunque in contrasto con la volontà referendaria che, sebbene riferita ai soli servizi locali, va comunque tenuta in considerazione nelle linee di politica generale adottate dal legislatore nazionale¹⁷².

170 CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. spending review (d.l. n. 95/2012)*, www.federalismi.it, 24/10/2012

171 Cfr al riguardo Corte dei Conti sez. Basilicata, parere n. 173/2012 del 20/09/2012

172 Ed infatti nel testo della sentenza si legge, con riferimento alla normativa previgente, che la << nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.. è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ... Essa, infatti, da un lato, rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi, in quanto ... la àncora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale (900.000 euro, nel testo originariamente adottato; ora 200.000 euro, nel testo vigente del comma 13) determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti. Tale effetto si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della Regione, ed anche – in linea con l'abrogato art. 23-bis – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone (*sentenza n. 325 del 2010*), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la «speciale missione» dell'ente pubblico (art. 106 TFUE), alle

CAPITOLO QUINTO

CARTE DEI SERVIZI E SODDISFAZIONE DELL'UTENZA: I SERVIZI PUBBLICI LOCALI ALLA RICERCA DI LEGITTIMAZIONE DEMOCRATICA

SOMMARIO: 1. CARTE DEI SERVIZI E OBIETTIVI DI SODDISFAZIONE DELL'UTENZA 2. ACTION CLASS PUBBLICA E CONTROLLO SOCIALE SULLA QUALITÀ DEI SERVIZI IN TEMPI DI SPENDING REVIEW

1. Carte dei servizi e obiettivi di soddisfazione dell'utenza

La liberalizzazione dei servizi pubblici e dunque il progressivo affidamento degli stessi ai privati ha portato lo Stato ad assumere nuovi compiti, che non sono più di gestione ma di regolazione; ciò è accaduto in particolar modo per i grandi servizi pubblici nazionali, apparendo chiaro che la gestione da parte dei privati non potesse risolversi in un arretramento di tutele per la collettività¹⁷³. Con riguardo al settore dei

sole condizioni del capitale totalmente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" (il controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario deve essere di "contenuto analogo" a quello esercitato dall'aggiudicante sui propri uffici) ed infine dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.>>

173 S. CASSESE, *La regolamentazione dei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *Ind.*, 1992, 168; LICCIARDELLO, *Informazione e servizi pubblici*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, Torino,

servizi pubblici locali¹⁷⁴, invece, l'esigenza di una regolamentazione in ordine alla qualità ed efficienza del servizio non è collegata solamente al processo di liberalizzazione, peraltro incompiuto, ma si colloca in quel più ampio progetto di riforma dei rapporti tra pubbliche amministrazioni e cittadini che ha preso avvio nel nostro paese a partire dagli anni '90¹⁷⁵, e da cui è scaturita l'esigenza di elevare gli *standards* qualitativi dei servizi sia che vengano erogati dalle amministrazioni, sia che la loro erogazione venga da queste ultime delegata ai privati¹⁷⁶.

In particolare, al soggetto erogatore (sia esso pubblico o privato) vengono imposti specifici obblighi di applicazione di determinate condizioni contrattuali, di trasparenza e di accessibilità delle informazioni, ed all'ente pubblico affidante compiti di controllo¹⁷⁷.

2005.

174 LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2000, L.R. PERFETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in L.R. PERFETTI, P. POLIDORI (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico - I servizi pubblici locali*, Padova, Cedam, 2003, 45; B. BOSCHETTI, *La tutela degli utenti*, in A. TRAVI, *La riforma dei servizi pubblici*, in *N. l. civ. comm.*, 2003, 100

175 M. SAVINO, *Le riforme amministrative in Italia*, Riv. trim. dir. pubbl. 2005, 02, 435

176 Esigenza invero già a più riprese segnalata dalla migliore dottrina italiana, cfr. M.S. GIANNINI-T. BARBARA, *L'amministrazione per servizi*, ora in *L'amministrazione pubblica italiana*, a cura di S. Cassese, Bologna, 1974, 569 ss.

177 Sebbene l'attività di controllo assume diversa intensità a seconda che il servizio sia affidato ad un soggetto terzo o meno. Ciò è posto in luce da G. GIGLIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.* 2005, 02, 353, il quale osserva con riferimento alla possibilità di affidamento a società in house dei SPL, che "... Si vede come dal mancato distacco effettivo dell'ente affidante rispetto a quello affidatario venga meno quel carattere di terzietà che pure dovrebbe essere considerato essenziale nel momento in cui all'ente locale si attribuisce il potere di regolazione necessario a creare la cornice entro la quale si sviluppano i rapporti paritari tra gestori e utenti". Cfr,

Nei servizi pubblici in cui è possibile una piena apertura al mercato, ciò dovrebbe realizzare una maggiore autonomia contrattuale dell'utente, consistente nella possibilità di scegliere l'operatore che meglio soddisfa le proprie esigenze¹⁷⁸. Nell'ambito dei servizi pubblici in cui l'apertura al mercato è limitata, invece, diviene particolarmente importante la fissazione di *standards* qualitativi *ex ante* già al momento di affidamento del servizio, perchè è questo l'atto da cui dipende il successivo rapporto tra amministrazione, gestore ed utenti.

A tale scopo, è stato coniato uno strumento di particolare rilievo quale la Carta dei Servizi¹⁷⁹, istituita con la Direttiva del Presidente del Consiglio

sul punto, anche . L.R. PERFETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in L.R. PERFETTI, P. POLIDORI (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico - I servizi pubblici locali*, Padova, Cedam, 2003, 45; B. BOSCHETTI, *La tutela degli utenti*, in A. TRAVI, *La riforma dei servizi pubblici*, in *N. l. civ. comm.*, 2003, 100

178 Cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001.

179 Sulle carte di pubblico servizio cfr. G. SANVITI, *La definizione degli standard dei pubblici servizi*, in E. BALBONI (a cura di), *Gli standard nella pubblica amministrazione*, Milano, 37 ss.; S. BATTINI, *La carta dei servizi*, in *Gior. dir. amm.*, 1995, 703 ss.; F. PUGLIESE, *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. app.*, 1995; C. LACAVA, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, 873 ss.; G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici*, Rimini, 1997; L. LO SCHIAVO, *La carta dei servizi nel cestino dei rifiuti?*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1997, 2, 53 ss.; G. VESPERINI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1998, 173 ss.; G. FALCON, *La pubblica amministrazione e i cittadini*, in *Reg.*, 1995, 475 ss.; M.A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 1994, 163 ss.; G. VESPERINI, *La carta dei servizi pubblici*, in M. CAMELLI (a cura di), *Il sistema dei controlli dopo il d.lgs. 286/1999*, Rimini, 2001, 117 ss.; M. CIRCI, *La carta dei servizi pubblici: uno strumento abbandonato o in evoluzione?*, in *Gior. dir. amm.*, 2001, 636 ss.; A. DI PIETRO, *Adozione e contenuto della Carta dei servizi, strumento dello Stato regolatore al servizio dei consumatori-utenti*, in L. AMMANNATI, M.A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Milano, 2001, 311 ss.; R. BRIANI, *Le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi*, in A. CORPACI (a cura di), *La*

dei Ministri del 27 gennaio 1994¹⁸⁰ recante “*Principi sull'erogazione dei servizi pubblici*”, finalizzata a stabilire non solo le condizioni del rapporto di utenza che i gestori si impegnano a rispettare all'atto dell'affidamento del servizio, ma soprattutto ad enunciare alcuni principi fondamentali a tutela del cittadino-utente, quali: uguaglianza, obiettività, giustizia ed imparzialità, continuità e regolarità, diritto di scegliere il soggetto gestore, diritto di accesso alle informazioni, efficienza ed efficacia nella gestione¹⁸¹.

La finalità della direttiva è dunque quella di enucleare una sorta di *statuto* dei diritti del cittadino-utente a fronte dell'attività di erogazione, e si pone nello stesso solco già tracciato per l'attività autoritativa dalla legge n. 241 del 1990¹⁸².

L'ambito di applicabilità della carta, descritto nel preambolo della direttiva, contempla in via diretta tutte le amministrazioni pubbliche

tutela degli utenti dei servizi pubblici, Bologna, il Mulino, 2003, 265.

180 In G.U. 22 febbraio 1994, n. 43.

181 G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici*, Rimini, 1997 op. cit.; S. BATTINI, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1998, pag. 185 e *La carta dei servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7, 1995, pag. 703; M. A. STEFANELLI, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1994, pag. 163; P. MARCONI, *La carta dei servizi pubblici e la Citizen's charter. La normativa sulla carta dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1998, pag. 197; M. CIRCI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8, 1998, pag. 790 ; G. VESPERINI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.1, 1998, pag. 173

182 Il parallelismo è tracciato da G. SCIULLO, *Profili della direttiva 27.1.1994 (“Principi sull'erogazione dei servizi pubblici”)*, in *Dir. ec.*, 1996, pag. 47.

incaricate di erogare *servizi pubblici*, sia quelli di *pubblica utilità* (energia elettrica, acqua, gas, etc.), sia quelli *sociali* (sanità, istruzione, assistenza, previdenza, etc.).

La carta dei servizi detta quindi una serie di prescrizioni volte a consentire la misurazione della qualità della prestazione previa fissazione di *standards* minimi che ne individuano il livello di adeguatezza; sotto questo profilo, è stato osservato che il principio di efficienza si pone come una “*condizione di legittimità sostanziale dell’azione amministrativa*”, e la misurabilità e verificabilità dei risultati raggiunti si pone come “*condizione della sua democraticità*”¹⁸³.

La qualità del servizio diviene così oggetto di una specifica pretesa da parte dell'utente, poi coniugata in vero e proprio “*diritto fondamentale*” dall'art. 1, comma 2 della l. 281/98 recante *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*¹⁸⁴. La l. n. 281 del 1998, per la prima volta individua e definisce il concetto di utente, che viene affiancato in quanto a tutele a quello di consumatore¹⁸⁵, e cui vengono riferiti dall'art. 1,

183 A. PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, n. 4, 1995, pag. 620

184 Poi abrogata e sostituita dal D.lgs 2005 n. 206, c.d. Codice del Consumo

185 Si tratta, com'è noto, di una persona fisica che acquista beni ovvero utilizza servizi a titolo personale o privato, mentre ne restano esclusi le utilizzazioni e gli acquisti che vengano effettuati dalla persona fisica non per propria utilità personale, ma in via strumentale per l'attività imprenditoriale o professionale che la stessa eventualmente svolga. Per approfondimenti si rinvia a E. MELE, *Lo Statuto dei Consumatori e degli utenti*, in *Foro amm.* 1999,06,1337ss.

comma 2 taluni diritti fondamentali, quali: alla tutela della salute, alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi, ad una adeguata informazione e corretta pubblicità, all'educazione al consumo, alla correttezza, trasparenza, equità nei rapporti contrattuali concernenti i servizi, e per ciò che più rileva in questa sede, all'erogazione dei servizi pubblici secondo *standards* di qualità ed efficienza¹⁸⁶.

Nonostante l'enunciazione della posizione dell'utente in termini di diritto soggettivo, e per di più “fondamentale”, è evidente che tanto meno sono specifici gli obblighi del gestore, tanto più ci si troverà innanzi a posizioni di mero interesse¹⁸⁷; quindi il grado di tutela dell'utente sotto il

186 La norma è stata salutata con favore da quella dottrina che riteneva evidente il previo vuoto di tutela del cittadino utente, cfr. E. MELE, *Lo statuto dei consumatori e degli utenti*, cit. che osserva “*la comparsa, con la l. 30 luglio 1998 n. 281, dello statuto dei consumatori e degli utenti colma un vuoto, che cominciava a diventare evidente nel nostro sistema giuridico, ove la tutela dei soggetti medesimi era affidata a regole giuridiche che tutelavano solo indirettamente ed occasionalmente i soggetti stessi nella loro specifica qualità, come avveniva con le norme penali (ad esempio, per truffa o alterazione alimentare, o pericolosità di alcuni prodotti) o con le norme civili (responsabilità per fatto illecito e violazione della buona fede contrattuale). Anzi, la stessa qualità giuridica di consumatore e di utente era considerata una posizione debole, collegata a quelle categorie emergenti, ma non chiare, dell'interesse diffuso (1), come tale non difendibile ex se, se non in occasione appunto di una crescita e di una trasformazione di tale interesse diffuso in una vera e propria situazione giuridica soggettiva (interesse legittimo o diritto soggettivo). Ora il vuoto sembra colmato e i consumatori e gli utenti entrano a pieno titolo nell'ordinamento giuridico nell'ambito di soggetti a cui è riconosciuta una specifica caratterizzazione giuridica e una tutela sia da un punto di vista sostanziale sia da un punto di vista processuale. La qualità giuridica di consumatore e di utente (anche come utente dell'attività della pubblica amministrazione) (2) acquista, quindi, una sua precisa valenza giuridica come tale, senza la necessità di un collegamento con altre situazioni giuridiche come quella del truffato o del danneggiato che, come si è detto, erano quelle che facevano acquistare al consumatore o all'utente la legittimazione operativa nel mondo del diritto*”.

187 Non essendo questa la sede opportuna per approfondire la natura della posizione soggettiva dell'utente del servizio, si rinvia per approfondimenti a D. SORACE, *Gli*

profilo della qualità dipende soprattutto dalla effettiva predeterminazione delle condizioni essenziali dei servizi, unitamente all'efficace controllo sul rispetto delle stesse¹⁸⁸.

Un altro fondamentale tassello in tema di diritti degli utenti si deve al d.lgs 30.7.1999 n. 286, dettato allo scopo di semplificare le fonti normative in tema di qualità dei servizi; ed infatti il decreto riconduce ad un unico articolo (art. 11) la fonte normativa primaria che stabilisce l'obbligo per il gestore e gli enti locali erogatori di pubblici servizi di rispettare i parametri qualitativi predeterminati con le carte dei servizi, ed inoltre esige che la predisposizione di queste ultime sia aperta anche alla partecipazione degli utenti per quanto concerne la determinazione dei contenuti. La legge 286/1999 costituisce attuazione della delega dettata con l'art. 11, co. 1, lett. c), l. 15.3.1997 n. 59 c. d. legge Bassanini allo scopo di prevedere e istituire sistemi per la valutazione, sulla base di parametri oggettivi, dei risultati dell'attività amministrativa e dei servizi pubblici *“favorendo ulteriormente l'adozione di carte dei servizi e*

«interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni, in *Foro it.*, 1988, V, 212 ss.; G. SANVITI, *I poteri del soggetto gestore e la natura delle situazioni giuridiche soggettive*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, Cedam, 1998, 91 ss.; G. NAPOLITANO, *Contro la retorica dell'utente*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2004, 53 ss.

188 M. INTERLANDI, *Rilevanza giuridica della qualità dei servizi pubblici e disciplina del servizio idrico integrato nell'attuale processo di liberalizzazione e regolazione “nel” mercato*, in *Impresa Ambiente Management*, Napoli, 1/2012.

assicurando in ogni caso sanzioni per la loro violazione, e di altri strumenti per la tutela dei diritti degli utenti e per la sua partecipazione, anche in forme associate, alla definizione delle carte dei servizi e alla valutazione dei risultati”.

Le carte dei servizi, adottate dai singoli soggetti erogatori di servizi pubblici, trovano quindi attualmente il proprio fondamento giuridico nell’art. 11 del d.lgs. 286/’99, che impone l’adozione di *carte dei servizi specifiche* da parte dei soggetti (pubblici o privati) erogatori¹⁸⁹, sancendo così un vero e proprio *obbligo di legge*. Obbligo rafforzato dal richiamo operato dal T.u.e.l. all’art. 112, il cui terzo comma così recita “*Ai servizi pubblici locali si applica il capo III del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, relativo alla qualità dei servizi pubblici locali e carte dei servizi*”; agli utenti dei servizi pubblici locali è data quindi, per effetto di tale esplicito richiamo, la possibilità di pretendere livelli di qualità garantiti nelle forme e nei modi individuati dagli atti di indirizzo e coordinamento emanati dal presidente del consiglio dei ministri e adottati d’intesa con la conferenza unificata

Per ciò che attiene alla natura giuridica delle carte dei servizi, può

189 Con l’effetto che gli atti amministrativi eventualmente difformi rispetto a tale norma sarebbero illegittimi per violazione di legge: così V. PARISIO, *Servizi pubblici e monopoli*, in E. PICOZZA, *Dizionario di diritto pubblico dell’economia*, Rimini, 1998.

osservarsi che ove adottata dalle amministrazioni pubbliche nei casi in cui queste sono autorizzate ad erogare direttamente servizi (ad esempio, sociali), la carta assumerà la natura di atto amministrativo generale o di regolamento; invece, ove adottata dal gestore del servizio avente natura privatistica, la carta sarà essenzialmente contenuta all'interno del provvedimento concessorio (o anche negli altri atti disciplinanti il rapporto concessorio) ed andrà a riflettere i suoi effetti sul rapporto contrattuale sottostante, integrandolo *ab externo*.

Il sistema normativo è completato con la previsione – in chiave di rafforzamento dell'obbligo di rispettare *standards* qualitativi specifici – dell'obbligo di corrispondere indennizzi automatici forfettari in caso di mancato rispetto degli impegni formalmente assunti nelle carte. I casi e le modalità di indennizzo all'utenza sono stabiliti con successive direttive del P. C. M. o dalle apposite Autorità indipendenti di regolazione¹⁹⁰.

E' appena il caso di precisare, tuttavia, che gli obiettivi di qualità perseguiti con le carte dei servizi non fanno parte necessariamente degli elementi essenziali del rapporto contrattuale di utenza pubblica, bensì

190 Sugli indennizzi, G. NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 1996, pag. 17; G. NAPOLITANO, *Gli "indennizzi automatici" agli utenti di servizi pubblici*, in *Danno e resp.*, n.1, 1996, pag. 15

costituiscono un obiettivo ulteriore che si colloca *a latere* rispetto al rapporto contrattuale¹⁹¹, e per questo il ristoro per la loro mancata osservanza è qualificato indennizzo e non già risarcimento del danno da inadempimento.

2. Action class pubblica e controllo sociale sulla qualità dei servizi.

La tutela del cittadino utente è poi destinata a fare un salto di qualità per il tramite della introduzione delle azioni di classe, già presenti dal 2007 con riguardo al consumatore – utente, e poi implementate con l'introduzione della c.d. Action class pubblica ad opera della L. n. 15/2009 e del decreto di attuazione d.lgs n. 198/2009¹⁹².

191 L. IEVA, 'Carte dei servizi pubblici' e tutela degli utenti, in www.lexitalia.it, L. IEVA, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la "Carta dei Servizi"*, in *Foro amm.* 2001, 01, 229

192 BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Il lavoro nelle pubbl. amm.*, 2009, 953; MARTINES, *L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, in www.giustamm.it, 2010; CINTIOLI, *Note sulla c.d. class action amministrativa*, *ivi*, 2010; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie (a proposito di class action all'italiana)*, *ivi*, 2010; GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, *ivi*, 2010; PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in Federalismi.it, 2010; GATTO COSTANTINO, *Azioni collettive ed organizzazione dei servizi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010; GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, 501; ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 246; TUBERTINI, *La prima applicazione della class action amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 862.

In particolare, l'art. 2, comma 446 della L. 244 del 24/12/2007 (L. finanziaria 2008) ha inserito l'art. 140-bis nel codice del consumo (d.lgs 205/2006), in cui frattanto erano confluite le disposizioni del citato Statuto del cittadino-utente. Detta disposizione statuisce che i diritti individuali ed omogenei dei consumatori sono tutelabili anche attraverso l'azione di classe, secondo le disposizioni del medesimo articolo. A tal fine ciascun componente della classe, anche mediante associazioni di consumatori-utenti, può agire per l'accertamento della responsabilità contrattuale e per il risarcimento del danno nei confronti del gestore del servizio. Si tratta quindi di diritti scaturenti dai contratti di utenza individuali, che pongono l'utente del servizio nelle condizione di far valere per il tramite di organismi associativi i propri diritti già riconosciuti dai contratti, eventualmente integrati *ab externo* dalla carte di servizio.

Mancava invece uno strumento generale che potesse tutelare non diritti contrattuali, ma interessi dei cittadini alla erogazione di un certo servizio, all'adozione di *standards* qualitativi promessi con le carte di servizi, alla rimozione di inefficienze e di casi di cattiva gestione dei servizi, consentendo loro di incidere sul processo di predisposizione ed organizzazione del servizio. Il d.lgs 198 cit. introduce uno strumento innovativo per ciò che attiene all'oggetto ed alla legittimazione

soggettiva. L'oggetto del ricorso consiste nella reazione alla lesione di interessi giuridicamente rilevanti per una pluralità di utenti che sia scaturita: a) dalla violazione di *standards* qualitativi ed economici e degli obblighi contenuti nelle Carte dei servizi, b) dall' "omesso esercizio di poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori" c) dalla violazione di termini o dalla mancata adozione di atti amministrativi generali obbligatori e non aventi contenuto normativo da emanarsi entro un termine di legge.

Sotto il profilo soggettivo, invece, va rilevato che la legittimazione attiva ad agire in giudizio compete ai titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori, ed alle associazioni e comitati per la tutela dei propri associati, in entrambi i casi purchè vi sia una lesione diretta, concreta ed attuale.

Quindi, in maniera del tutto inedita, potranno agire non solo portatori di interessi collettivi, ma anche singoli soggetti appartenenti alla classe interessata, e dunque privati cittadini portatori dei cc.dd. interessi diffusi¹⁹³ (tradizionalmente considerati invece non giustiziabili perchè adespoti) a condizione che ricorra una lesione degli interessi in questione

193 Cfr. D. ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?* Giur. merito 2010,10,2362.; A.CLINI, L.R.PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*,Dir.proc.amm.2011,4,1443.

che attribuisca loro la legittimazione a ricorrere¹⁹⁴, ovvero, secondo altra opinione, portatori di interessi pur sempre individuali, ma comuni ad una pluralità di soggetti e dunque omogenei rispetto a quelli di una classe¹⁹⁵. Quanto al contenuto precettivo della decisione, l'azione consente al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva di ordinare all'amministrazione di porre rimedio alla violazione riscontrata, dunque si tratta di condanna ad un "facere pubblicistico"¹⁹⁶.

Tuttavia, - ed è questo un aspetto particolarmente criticato della norma perchè ne depotenzia la portata - l'amministrazione è tenuta a porvi rimedio entro un congruo termine solo nei limiti delle risorse economiche, umane e strumentali già assegnate in via ordinaria e senza ulteriore aggravio per la spesa pubblica.

La condanna ad un *facere* impone all'amministrazione di porre rimedio ad una violazione o ad una inefficienza riscontrata con la sentenza¹⁹⁷, la

194 Accosta l'azione de qua ad un'azione c.d. popolare C. CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo (in margine a T.A.R. Lazio, Roma, 20 gennaio 2011, n. 552)*, www.giustamm.it 7 aprile 2011.

195 È il pensiero di MARTINES, *L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?* cit. secondo cui "Se così è, pur riconoscendo alcuni tratti di parallelismo, deve tenersi distinta la natura dell'interesse azionato nel giudizio di classe di cui in discorso rispetto all'interesse legittimo diffuso .. l'interesse che legittima la proposizione dell'azione di classe è l'interesse proprio del singolo ancorché connotato dall'essere comune e rilevante per una ampia categoria di soggetti (la classe)".

196 E. ZAMPETTI, *Class action pubblica ed effettività della tutela. Public class action and effectiveness of judicial protection*, Foro amm. TAR 2011, 12, 4104.

197 Esprime dubbi circa l'effettività della tutela F. MANGANARO, *L'azione di classe in*

cui ulteriore inosservanza può dar luogo al giudizio di ottemperanza, il che garantisce una effettività della stessa; è invece esclusa ogni forma di risarcimento del danno, per evitare sovrapposizioni con lo strumento *ex art. 140-bis*.

Con il nuovo ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari dei pubblici servizi, si istituisce quindi una forma di tutela innovativa che mira a ripristinare il corretto svolgimento della funzione e la corretta erogazione dei servizi, facendo leva sulle sue cause; ciò porta parte della dottrina a ritenere che tale azione abbia introdotto un vero e proprio sindacato sul merito delle scelte amministrative ¹⁹⁸, o comunque sia esemplificativa del progressivo mutamento di oggetto del processo amministrativo. Dalla riforma in commento emerge quindi un maggiore coinvolgimento degli utenti nelle scelte inerenti alla qualità dei servizi ed alla loro attuazione.

Il legislatore ha inteso coinvolgere e responsabilizzare l'utente del

un'amministrazione che cambia, www.giustamm.it 24.04.2010, secondo cui l'azione di classe mostra tutte la sua fragilità avuto riguardo ai mezzi limitati che offre all'utente: "Ripercorrendo la disciplina positiva introdotta dal d.lgs. 198/09, si possono – come è stato già fatto nelle precedenti relazioni – cogliere parecchie incongruenze, prima fra tutte quella di introdurre un'azione che, pur richiedendo come presupposto legittimante una lesione diretta, concreta ed attuale non consente di sanarla, ma solo di provvedere perché non si ripeta in futuro".

198 cfr per una completa disamina del rapporto tra giudice e amministrazione oggi: G. TROPEA, *L'ibrido fiore della conciliazione: i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, Dir. proc. amm. 2011, 03, 965

servizio predisponendo uno strumento teso a contrastare gli sprechi e/o i cattivi risultati; ciò costituisce, secondo un'autorevole opinione¹⁹⁹, una nuova frontiera del principio di sussidiarietà orizzontale *ex art. 118 Cost.*, come emerge dallo stesso art. 8 della legge delega (D. Lgs. 150/2009) in base al quale la valutazione e misurazione della *performance* con riguardo ai servizi deve avvenire (anche) attraverso “*lo sviluppo qualitativo e quantitativo delle relazioni con i cittadini, i soggetti interessati, gli utenti ed i destinatari dei servizi, anche attraverso lo sviluppo di forme di partecipazione e collaborazione*” .

199 MARTINES, *L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?* cit.

CONCLUSIONI

LE NUOVE ISTANZE DEMOCRATICHE COME LINEE GUIDA PER UNA FUTURA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA

A conclusione della presente trattazione, si deve evidenziare come la disciplina dei servizi pubblici locali rappresenti oggi uno degli snodi più problematici per il legislatore, stretto tra volontà di privatizzazione e liberalizzazione - in base ad una cultura che appare oggi dominante tra le classi dirigenti, anche sovranazionali - ed istanze di ritorno al pubblico che provengono dalla società civile.

Poiché il fondamento dei pubblici poteri è la volontà popolare, non si può prescindere, in un ordinamento democratico, dall'indirizzo espresso dai cittadini in sede di consultazione referendaria.

Come evidenziato nel corso della trattazione, l'esito del referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011 ha dimostrato una chiara censura da parte dell'elettorato delle politiche di privatizzazione e liberalizzazione attuate negli ultimi anni nel settore del servizio pubblico locale, e ciò osta ad una riaffermazione pedissequa delle medesime politiche, come ha autorevolmente chiarito la Corte costituzionale con sent. n. 199/2012.

In particolare, è da escludere che il legislatore statale possa precludere

agli enti locali di gestire il servizio mediante società *in house*, rendendo nuovamente tale opzione eccezionale e derogatoria rispetto ai modelli che fanno ricorso al mercato come accaduto nel 2008. Ciò vorrebbe dire aggirare la volontà referendaria, da cui è invece derivata una forte richiesta di presenza pubblica nell'erogazione dei servizi locali.

E' stato poi evidenziato nel corso della trattazione come al *deficit* di democraticità nella gestione ed erogazione dei servizi che consegue ad una sempre crescente privatizzazione si è cercato di rimediare nella legislazione più recente con la disciplina sulle Carte dei servizi, che impongono al gestore (pubblico o privato) opportuni *standards* qualitativi ricercando la soddisfazione dell'utenza. Anche la disciplina sulla c.d. *action class* pubblica si muove in tale direzione, consentendo ai cittadini – utenti di incidere sulle modalità di gestione dei servizi correggendone le inefficienze.

Va a questo punto rilevato che secondo autorevole dottrina²⁰⁰ l'equivalenza tra cittadino ed utente operata dalla legislazione degli ultimi decenni deve essere rimessa in discussione: l'approccio individualista che consegue alle privatizzazioni, assegnando al singolo utente il diritto ad un servizio di qualità, comporta al tempo stesso una

200 IANNELLO, *Dallo stato erogatore all'impresa privata, ossia dai diritti di cittadinanza ai diritti «individuali» del cliente*, www.federalismi.it, 7/12/2012

compressione della funzione sociale del servizio pubblico, perchè determina l'arretramento di quegli aspetti solidaristici e sociali che ne hanno rappresentato la vera e propria ragion d'essere.

Ed infatti, se l'attività di erogazione di prestazioni essenziali viene riconsegnata al mercato, il servizio da pubblico (rivolto a soddisfare finalità sociali) diventa privato (reperibile sul mercato come qualsiasi altro prodotto).

In ciò potrebbe concretarsi un arretramento delle tutele dei cittadini ed anche della funzione del diritto che, svuotato da ogni riferimento ai principi e ai valori (e potenzialmente in grado di assumere qualsiasi contenuto), diviene “*mera 'tecnica' dominata dall'economia come ogni altro bene*”²⁰¹.

Per recuperare una dimensione sociale del servizio pubblico di rilevanza economica occorre dunque ripartire dalle origini, ed in particolare dal ruolo centrale assunto dagli enti locali -a partire dalla legge di municipalizzazione dei servizi pubblici del 1903- in quanto enti esponenti della comunità di riferimento e dunque maggiormente in grado di interpretarne istanze e bisogni (cfr. anche l'art. 118 Cost.).

In tale ottica, il legislatore statale e regionale devono farsi carico di un

201 N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma - Bari, 2004, 11.

intervento riformatore che offra stabilità e coerenza alla disciplina dei servizi pubblici locali.

L'intervento statale, come illustrato nel corso della trattazione, deve limitarsi ex art. 117 Cost. a quanto attiene alla tutela della concorrenza (in tal senso, Corte cost. n. 325/2010 cit.), e dunque alla predisposizione di procedure di evidenza pubblica volte a tutelare, nel caso in cui il mercato sia già presente, la parità tra gli operatori; viceversa, dovrebbe abbandonare -alla luce della consultazione referendaria- politiche volte a liberalizzare aree occupate dall'intervento pubblico ed a precludere agli enti locali di gestire i servizi in proprio mediante società *in house*.

Frattanto, troverà ampia applicazione la normativa europea opportunamente rievocata dalla Consulta (sent n. 24/2011 cit.) per colmare i vuoti normativi (troppo) spesso creatisi nell'ordinamento italiano.

Più in dettaglio, si è osservato nel corso della trattazione che il diritto europeo, oltre a richiedere l'attuazione di procedure di evidenza pubblica per la selezione dei privati cui affidare la gestione dei servizi, consente pacificamente agli Stati membri ed alle comunità locali di scegliere se gestire in proprio i servizi medesimi erogandoli direttamente o avvalendosi di società c.d. *in house*.

Ciò in quanto l'Unione riconosce il ruolo centrale dei servizi pubblici nel

modello sociale che accomuna i maggiori Paesi europei, e riconosce quindi alle autorità nazionali ampi margini di autonomia nella scelta - di natura essenzialmente politica - su come gestire ed erogare i pubblici servizi.

Non si frappone dunque nessun ostacolo alla realizzazione di un intervento di profonda riforma dei servizi pubblici locali che accordi tutela alla volontà di una presenza pubblica in tale settore così chiaramente espressa dalla consultazione referendaria.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La concorrenza nei servizi di pubblica utilita'. Il Mulino, Bologna, 1998.*

ALESIO *L'Ati come socio? Rischio per i Comuni. Partner privati nei servizi pubblici: affidabilità e garanzie (nota a Cons. St., sez. V, 31 gennaio 2006 n. 340, Com. Rivoli), in Dir. e giust., 2006 fasc. 11, 82.*

ALPA G., *I contratti relativi ai servizi di pubblica utilita', in Economia dir. terziario. 1997, II, 629.*

AMATO, *Il mercato nella Costituzione, in Quad. Cost., 1992, 7.*

AMICONI, *La gestione del servizio pubblico a mezzo di società per azioni: le diversità tra i modelli a capitale pubblico maggioritario e capitale pubblico minoritario. in Dir. regione 1996, II, 715.*

ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario, Milano, 1996.*

ANSELMI, *I servizi pubblici di interesse nazionale in un contesto competitivo., in Azienda pubbl. 1997, II, 287.*

BALDASSARRE, *Iniziativa economica privata, in Enc. Dir., vol. XXI, Milano, 1971.*

BARBERIS, *La normativa comunitaria in materia di aggiudicazione di pubblici servizi. Ambito di applicazione oggettivo e procedure di scelta del contraente*, in *Riv. amm. R. It.* 1995, II, 58.

BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

BARTOLINI, *La class action nei confronti della p.a. tra favole e realtà*, in *Il lavoro nelle pubbl. amm.*, 2009, 953

BASSI G., GRECO M., MASSARI A., *Appalti e servizi pubblici: le recenti innovazioni*, Rimini, 2010.

BASSI G., *I servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il decreto "liberalizzazioni"*, Rimini, 2012.

BATTINI *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 1998, 185.

BATTINI, *La carta dei servizi*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7, 1995, 703.

BATTINI, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1998, 185.

BATTINI, *Per una nuova qualità dei servizi e delle funzioni pubbliche: sì, ma come?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 121.

BERARDINELLI, *Considerazioni sull'appalto pubblico di servizi alla luce della direttiva Cee 92/50 (nota a sent. T.A.R. Valle d'Aosta 31 marzo*

199 n. 77, *Quendor c. Com. Chatillon e altro*), in *Giur. merito* 1994, II, 174.

BERTI, *I pubblici servizi tra funzione e privatizzazione* in *Jus* 1999, 867.

BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo, parte speciale, tomo IV*, Milano, 2007.

BONURA H., CASSANO M., *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica: percorsi e disciplina generale*, Torino, 2011.

BRIANI, *Le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi*, in A. CORPACI (a cura di), *La tutela degli utenti dei servizi pubblici*, Bologna, il Mulino, 2003

BRUTI LIBERATI E., *I poteri dell'amministrazione nel rapporto di concessione di pubblico servizio* in *Dir. amm.* 1993, II, 505.

BRUTI LIBERATI, *La regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici a rete*, Milano, 2006

CABIDDU M.A., *Pubblicità come attributo del servizio e non del soggetto gestore: i servizi essenziali ex art. 43 cost. e i servizi corrispondenti ai diritti sociali*. in *Jus* 1999, 919.

CAIA G., *La società a prevalente capitale pubblico locale come formula organizzativa di cooperazione tra Comuni*, in *Foro It.*, 2002, 1232.

CAIA, *I servizi pubblici nell'attuale momento ordinamentale* in *Servizi pubbl. e appalti*, 2005, 139.

CAMMELLI, *Le società a partecipazione pubblica (Regioni, Province, Comuni)*, Bologna, 1989.

CAPUTI JAMBRENGHI, *Buona amministrazione tra garanzie interne e prospettive comunitarie (a proposito di class action all'italiana)*, www.giustamm.it, 2010

CARTEI, *I servizi di interesse economico generale fra riflesso dogmatico e regole di mercato - Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2005 fasc. 5, 1219.

CASSESE S., *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1960, I, 1344

CASSESE S., *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici.* - *Rass. giur. Enel* 1998, 233

CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma, 2004

CASSESE, *La regolamentazione dei servizi di pubblica utilità in Italia*, in *Ind.*, 1992, 168

CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990.

CAVALLO PERIN R., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*. - *Dir. amm.* 2000, 41

CERASO *Il finanziamento dei servizi di interesse economico generale in un sistema di mercato concorrenziale* - *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2008 fasc. 1, 97.

CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte Costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 260.

CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006.

CHITI, *Verso la fine del modello di gestione dei servizi pubblici locali tramite società miste*, in *Foro it.*, Tar, 2006, 1161

CINTIOLI *Le reti come beni pubblici e la gestione dei servizi* - *Dir. amm.* 2007 fasc. 2, 293.

CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, *Quaderno della rivista Il diritto dell'unione europea*, Milano 2010.

CIRCI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 8, 1998, pag. 790

CLARICH *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*. - *Dir. pubbl.* 1998, 181

CLARICH, *La società mista a capitale pubblico privato: un modello possibile nella sanità?*, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, vol. I.

CLARIZIA, *Il privato inquina: gli affidamenti in house solo a società a totale partecipazione pubblica*, in *Giust. amm.*, 2005, 196.

CLINI, L.R.PERFETTI, *Class action, interessi diffusi, legittimazione a ricorrere degli enti territoriali nella prospettiva dello statuto costituzionale del cittadino e delle autonomie locali*, *Dir. proc. amm.* 2011, 4, 1443.

COLANGELO G., *La politica europea della concorrenza alla luce del progetto della nuova Costituzione*, *ivi*, 2005, 1127.

COLOMBARI *La gestione dei servizi pubblici a mezzo di società partecipate dall'ente locale: situazione attuale e prospettive (nota a sent. Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 1998 n. 192, Soc. Amga c. Italgas; App. Milano 19 febbraio 1998 dec. n. 705, Soc. Aem; App. Bologna 19 luglio 1997 dec. n. 145, Vullo)*. - *Rass. giur. Enel* 1998, 550.

COLOMBARI, « *Delegazione interorganica* » ovvero in house providing nei servizi pubblici locali, *Foro It.*, 2004, 1136.

COLOMBARI, s. *Organismo di diritto pubblico, delegazione*

interorganica e diritto della concorrenza. Flessibilità dell'ordinamento comunitario e rigidità del diritto interno, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 275.

CREA, *Ufficiali della riscossione : qualcuno li può giudicare (non la Corte dei conti) (rif. a C. conti, sez. riun., 11 marzo 2002 n. 7202, Soc. Gerico) -Dir. e giust.* 2002 fasc. f. 14, 42.

CUCCURULLO *Riforma del Titolo V della Costituzione, pubblici servizi e scelta del socio privato di minoranza.* - *Arch. civ.* 2003, 125.

CUDIA, *Il ricorso per l'efficienza delle amministrazioni: l'interesse diffuso (finalmente) si «concentra» sull'individuo (in margine a T.A.R. Lazio, Roma, 20 gennaio 2011, n. 552), www.giustamm.it 7 aprile 2011.*

D'ALTERIO *La qualità dei servizi pubblici in Italia.* - *Riv. trim. dir. pubbl.* 2011 fasc. 2, 595.

DE FALCO *Il servizio pubblico tra ordinamento comunitario e diritti interni*, Padova, 2003

DE LUCIA *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002

DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Trattato di diritto pubblico*, Milano, 1930, vol. VI.

DE VERGOTTINI G. *L'autorità di regolazione dei servizi pubblici e il sistema costituzionale dei pubblici poteri.* - *Rass. giur. Enel* 1996, II, 277.

DE VINCENTI C. e VIGNERI A., *Il punto sui servizi pubblici a rilevanza economica*, in www.astrid-online.it, aprile 2012

DI GASPARE *Trasformazioni delle forme organizzative delle imprese pubbliche locali.* - *Rass. giur. Enel* 1998, 23

DI PIETRO *La tutela dei consumatori - utenti dei servizi pubblici.* - *Jus* 1999, 929

DOMENICHELLI *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato.* - *Dir. amm.* 2002, 311

DUGATO *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione.* - *Dir. amm.* 2004, 561

DUGATO, *Diritto dell'amministrazione e mercati*, in G. DELLA CANANEA - M. DUGATO (a cura di), *Diritto amministrativo e Corte Costituzionale*, Napoli, 2006.

DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, parte speciale, tomo III*, Milano, 2003.

FERRARI *Il miglioramento della qualità nei servizi*, Padova, 1998

FERRARI, *La carta dei servizi pubblici, ulteriore attuazione dei principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione*. - Riv. personale ente locale 1996 fasc. f. 1, 945

FICI, *I servizi pubblici locali: un modello di governance multidimensionale. I risultati di una ricerca empirica*. Collana di studi economico aziendali "Alberto Riparbelli", ed. Franco Angeli, Milano, 2010.

FILPO, *La nuova disciplina comunitaria in materia di aiuti di Stato per la compensazione di oneri di servizio pubblico*, in *Contratto ed Impresa-Europa*, 2006, 523.

FOIS *Servizi e interessi tra privatizzazioni e regolazione pubblica*. - *Dir. e società* 2000, 13

FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1.

G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. "affidamenti in-house"*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 945.

GALETTA D.U. , *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 17

GALLO, *La class action nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Urb. app.*, 2010, 501

GARDELLA A., *Art. 86 Tce*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004.

GAROFOLI, *"Golden share" e "authorities" nella transizione dalla gestione pubblica alla regolazione dei servizi pubblici*. - *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 1998, 159.

GATTO COSTANTINO, *Azioni collettive ed organizzazione dei servizi*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2010

GIANNINI-T. BARBARA, *L'amministrazione per servizi*, ora in *L'amministrazione pubblica italiana*, a cura di S. Cassese, Bologna, 1974.

GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977.

GIANNINI, *Il Pubblico potere*, Bologna, 1986.

GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953.

GIGLIONI, *Le garanzie degli utenti dei servizi pubblici locali*. - *Dir. amm.* 2005, 353.

GIOMI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante forme*

associate: l'affidamento diretto a società per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1062.

GIOMI, *La gestione dei servizi pubblici locali mediante forme associate: l'affidamento diretto a società' per azioni multicomunali maggioritarie, fra diritto interno e diritto comunitario (nota a T.A.R. Toscana, sez. II, 4 ottobre 2002 n. 2366, Az. Capraia trasp. c. Com. Capraia Isola e altro)*. - *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2004, 1062.

GIUFFRIDA, *La c.d. class action amministrativa: ricostruzione dell'istituto e criticità*, *www.giustamm.it*, 2010

GOBBATO *Regole di concorrenza e gestione "in house" dei servizi socio-assistenziali (nota a Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006 n. 5072)* - *Foro amm. CDS* 2007 fasc. 2, 575.

GORI E., VITTADINI G., (a cura di), *Qualità e valutazione nei servizi di pubblica utilità*. Milano, 1999

GOZI *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione Europea*, Bologna, 1998

GRAZIANO, *Società miste per i servizi pubblici: cosa rimane ancora da chiarire dopo il recente regolamento*. - *Gazzetta giuridica* 1997 fasc. f. 1, 4

GRECO G., *Gli affidamenti "in house " di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 1461.

GRECO *Le concessioni di pubblici servizi tra provvedimento e contratto*. - *Dir. amm.* 1999 fasc. 3-4, 371.

GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. Cost.*, 1992, 21.

IACOVONE *Tecnica, politica e (in)effettività della tutela dell'utente di servizi di pubblica utilità*. - *Foro amm.* CDS 2003, 2085

IANNELLO *L'instabile equilibrio tra diritto pubblico e diritto privato nella trasformazione dei servizi pubblici*. - *Rass. parlamentare* 2004, 223

IANNOTTA *Osservaz. a C. cost. 27 luglio 2004 n. 272, Reg. Toscana c. Pres. Cons.* - *Foro amm.* CDS 2004, 1974

IEVA , *'Carte dei servizi pubblici' e tutela degli utenti*, in www.lexitalia.it,

IEVA, *'Carte dei servizi pubblici' e tutela degli utenti*, www.lexitalia.it

IEVA, *Il principio della qualità del servizio pubblico e la "Carta dei Servizi"*, in *Foro amm.* 2001, 01, 229

INTERLANDI, *Rilevanza giuridica della qualità dei servizi pubblici e*

disciplina del servizio idrico integrato nell'attuale processo di liberalizzazione e regolazione "nel" mercato, in *Impresa Ambiente Management*, Napoli, 1/2012.

IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003

JORIO, *"Essenzialita'" della provvista finanziaria per l'erogazione dei servizi pubblici e ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo (nota a Cons. St., sez. IV, 5 ottobre 2004 n. 6489, Prov. Venezia c. Reg. Veneto e altro)*. - *Servizi pubbl. e appalti* 2005, 446

LACAVA C., *In "house providing " e tutela della concorrenza*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 841

LACAVA, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, 1996, 873

LAMANNA *L'affidamento diretto nel decreto Bersani: un'analisi comparativa della novella del 2006 alla luce del diritto comunitario - Giur. merito* 2007 fasc. 7-8, 1891

LEPORE V., *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012*, rivista telematica *Amministrazione in cammino* e ww.giurcost.it

LICCIARDELLO, *Percorsi di diritto pubblico dell'economia. Territorio*,

beni e servizi, Torino, 2008.

LICCIARDELLO, *Profili della più recente evoluzione dei servizi pubblici locali*, in *Il diritto della Regione*, 2005, 335.

LICCIARDELLO, *Profili giuridici della nuova amministrazione pubblica. Organizzazione per "autonomie" e "diritti" dei cittadini*, Torino, 2000

LICCIARDELLO, *Informazione e servizi pubblici*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto di informazione*, Torino, 2005.

LO SCHIAVO, *La carta dei servizi nel cestino dei rifiuti?*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 1997, 2, 53 ss.; FALCON, *La pubblica amministrazione e i cittadini*, in *Reg.*, 1995, 475 ss;

LOCORATOLO *Servizi pubblici e Stato: un rapporto in evoluzione.* - *Riv. amm. R. It.* 1996, II, 1071

LONGO *Il problema della scelta del contraente concessionario di pubblico servizio, società per azioni.* - *Cons. Stato* 1996, II, 1813.

LOTTINI *I servizi di interesse economico generale: una nozione controversa.* - *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2005 fasc. 5, 1351.

LUCARELLI A., *La sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in www.federalismi.it, 26 settembre 2012;

- LUCCA M., *Criticita' della gestione "in house" dei servizi pubblici.* - *Riv. corte conti* 2004 fasc. f. 4, 290
- LUCIANI F., "Pubblico" e "privato" nella gestione dei servizi economici locali in forma societaria, in www.giustamm.it, 9/2012
- LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983.
- MAGLIANO R., *Servizi di interesse economico generale, aiuti di Stato e compensazione di oneri di servizio pubblico: giurisprudenza Altmark e iniziative normative della Commissione Ce (Corte Europea di Giustizia 24 luglio 2003, C-280/00 P; 27 novembre 2003, C-34/01 a 38/01)*, in *Dir. comm. intern.*, 2004, 765.
- MANCINI, *I contratti di utenza pubblica.* - *Dir. amm.* 2002, 113
- MANGANARO, *L'azione di classe in un'amministrazione che cambia*, www.giustamm.it 24.04.2010
- MARCONI *La carta dei servizi pubblici e la Citizen's charter. La normativa sulla carta dei servizi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 1998, 197.
- MARCOU *I servizi pubblici tra regolazione e liberalizzazione: l'esperienza francese, inglese e tedesca.* - *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2000, 125

- MARINO, *Effettività, servizi pubblici ed evoluzione dei sistemi « a diritto amministrativo »*, in *Dir. e proc. Amm.*, 2007, 73.
- MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987.
- MARINO, *Sul fondamento giuridico del servizio pubblico*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, vol. III.
- MARRONE Pio G., MUSOLINO S., *Le riforme dei servizi pubblici locali alla luce del D.p.r. 7 settembre 2010, n. 168*, Roma, 2011
- MARTELLI *Servizi pubblici locali e società per azioni*. Milano, 1997
- MARTINELLI, *Aiuti di Stato e compensazioni di obblighi di servizio pubblico: atto secondo (nota a Corte giust. Ce 24 luglio 2003 causa C - 280/00)*. - *Servizi pubbl. e appalti* 2004, 106
- MARTINES, *L'azione di classe del D.Lgs. 198/2009: un'opportunità per la pubblica amministrazione?*, in www.giustamm.it, 2010
- MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA (a cura di), *Dir. amm.*, Bologna, 1998
- MELE, (a cura di), *La società per azioni quale forma attuale di gestione dei servizi pubblici*. Milano, 2003
- MELE, *Lo Statuto dei Consumatori e degli utenti*, in *Foro amm.* 1999,06,1337ss.

- MENSI M., *Appalti di servizi e servizi pubblici*. - *Rass. avv. Stato* 1993, II, 31
- MERUSI *La nuova disciplina dei servizi pubblici*. - *Rass. parlamentare* 2002, 79
- MERUSI *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale* - *Dir. amm.* 2010 fasc. 2, 313 (Fabio)
- MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*. - *Dir. amm.* 2004, 37
- MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1970.
- MIELE, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1968, *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*.
- MITTONE, *Il ruolo della qualità nella domanda di servizi pubblici. Un metodo di analisi empirica*. - *Riv. dir. fin.* 1991, I, 314
- MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata, ad vocem in Enc. Giur.* XVII, Roma, 1989
- MUSSARI R, *L'attuazione della Carta dei servizi pubblici in Italia: brevi considerazioni sullo "stato dell'arte"*. - *Azienda pubbl.* 1997, II, 335
- NAPOLITANO, *Autorità indipendenti e tutela degli utenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 1, 1996, 17 NAPOLITANO , *Gli "indennizzi automatici" agli*

- utenti di servizi pubblici*, in *Danno e resp.*, n.1, 1996, 15
- NAPOLITANO, *Contro la retorica dell'utente*, in F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Persona ed amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2004
- NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bari, 2005.
- NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001
- NICOLAZZI *La riforma dei servizi pubblici locali: il nuovo assetto normativo.* - *Riv. amm. R. It.* 2004, 257
- NIGRO M., *L'edilizia popolare ed economica*, Milano, 1969, in A.M. SANDULLI, *I lavori pubblici, Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione*, Milano, 1967.
- NIGRO, Commentario alla Costituzione, art. 41, vol. I, Torino, 846.
- NIGRO, *I risultati giuridici del convegno. Conclusioni*, in *Energia e servizio pubblico*, (Atti del convegno, *I servizi pubblici essenziali fra interesse generale e diritti dell'utente*), Milano, 1989
- NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1972
- ORICCHIO *Tutela del consumatore e servizi pubblici.* Milano, 2001
- OTTAVIANO, *Appunti in tema di amministrazione e cittadino nello Stato democratico*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1993, vol. I
- OTTAVIANO, *Cittadino e amministrazione nella concezione liberale*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, Milano, 1988, tomo III

OTTAVIANO, *Le società miste per i servizi locali*, in F. TRIMARCHI, (a cura di) *Le società miste per i servizi locali*, Milano, 1999.

OTTAVIANO, *Note sulle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali*, Riv. soc. 1999, 01, 237

OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici della società per azioni*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1993, vol. III

PACCIANI, *"Convenzione" per l'affidamento in gestione di un servizio pubblico locale (nota a sent. T.A.R. Campania, Sez. Napoli I, 28 ottobre 1997 n. 2657, Soc. coop. S. Chiara c. Com. Napoli e altro)*. - *Urbanistica e appalti* 1998, 284

PAJNO, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, n. 4, 1995, pag. 620
SCIULLO, *Profili della direttiva 27.1.1994 ("Principi sull'erogazione dei servizi pubblici")*, in *Dir. ec.*, 1996, 47.

PANASSIDI *Servizio pubblico, il marchio dell'Europa*. - *Guida enti locali* 2004 fasc. f. 37, 10

PARISIO, *Servizi pubblici e monopoli*, in E. PICOZZA, *Dizionario di diritto pubblico dell'economia*, Rimini, 1998.

PATRONI GRIFFI, *Class action e ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari pubblici*, in *Federalismi.it*, 2010

PECCHIOI *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici alla luce delle regole di concorrenza (nota a T.A.R. Toscana, sez. I, 18 aprile 2000 n. 724, Soc. Tourship Italia c. Autorita' portuale Livorno e altro).* - *Foro toscano* 2000, 201

PELLECCHIA M., *I servizi di interesse economico generale*, in L. SALVINI, *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007

PERFETTI *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla Comunicazione della Commissione Europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000).* - *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2001, 479

PERFETTI, *La riforma dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale tra liberalizzazione e regolazione*, in L.R. PERFETTI, P. POLIDORI (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico - I servizi pubblici locali*, Padova, 2003

PERFETTI, *Miti e realtà dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 387

PERICU *Impresa e obblighi di servizio pubblico.* Milano, 2001

PERICU, ROMANO *La concessione di pubblico servizio.* Milano, 1995

PERINI *L'affidamento dei pubblici servizi locali a società miste e procedure di evidenza pubblica. (Alcune riflessioni in margine ad una*

sentenza regolatrice della giurisdizione) (nota a sent. Cass., Sez. Un., 6 maggio 1995 n. 4989, Soc. Siena parcheggi c. Soc. Federici impr.), fasc. 1. - Dir. proc. amm. 1997, 90 (Antonella)

PERINI *Le trasformazioni in atto nel settore dei servizi di pubblica utilità: privatizzazione, concorrenza e regolazione. - Dir. e società 1997, II, 235 (*

PETRETTO A., *Efficienza dei servizi e razionalizzazione della spesa pubblica. - Riv. trim. dir. pubbl. 1998, 735*

PIGA *Privatizzazione formale, privatizzazione sostanziale e liberalizzazione; antichi e nuovi schemi organizzativi nella evoluzione della normativa, anche alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, afferente i servizi pubblici locali a rilevanza economica (art. 113 comma 5 t.u. delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al d.lg. 18 agosto 2000 n. 267). - Rass. giur. Enel 2005, 463*

PIPERATA G., *La manovra di agosto. La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica, 2012*

PIPERATA *Le esternalizzazioni nel settore pubblico. - Dir. amm. 2005 fasc. 4, 963*

PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario*

di diritto pubblico, vol. VI, Milano, 2006.

PIRAS, *Servizi pubblici e società per azioni a partecipazione comunale*, Milano, 1994, 65.

POTOTSCHNIG *Servizi pubblici essenziali: profili generali*. - *Rass. giur. Enel* 1992, 269 (Umberto)

POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964.

PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963.

PUGLIESE *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*. - *Riv. trim. appalti* 1995, II, 233

PUGLIESE, *Le carte dei servizi. L'autorità di regolazione dei servizi pubblici essenziali. I controlli interni*, in *Riv. trim. app.*, 1995;

RACCA *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*. - *Dir. amm.* 1994, II, 201

RAMAJOLI *La tutela degli utenti nei servizi pubblici a carattere imprenditoriale*. - *Dir. amm.* 2000, 383

ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, 496

ROVERSI MONACO, *I caratteri delle gestioni "in house "*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1371

ROVERSI MONACO, *Società con partecipazione minoritaria degli enti*

locali e gestione dei servizi pubblici, in AA.VV., *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano, 1993, vol. I, 719

SALAMONE *L'affidamento dei servizi pubblici locali, tra normativa nazionale e diritto comunitario*. - *Foro amm. TAR* 2006 fasc. 10, 3422

SALVIA *Il servizio pubblico: una particolare conformazione dell'impresa*. - *Dir. pubbl.* 2000, 535

SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

SANVITI, *I poteri del soggetto gestore e la natura delle situazioni giuridiche soggettive*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, Cedam, 1998,

SANVITI, *La carta dei servizi pubblici*, in *Reg. e gov. loc.*, 1994, 719

SANVITI, *La definizione degli standard dei pubblici servizi*, in E. BALBONI (a cura di), *Gli standard nella pubblica amministrazione*, Milano, 37 ss.; ;

SARACINO, *"In house providing": margini di una scelta tra libera concorrenza e cooptazione (nota a T.A.R. Puglia, sez. Bari III, 8 settembre 2004 n. 885, A. c. Com. Bari e altro)*. - *Servizi pubbl. e appalti* 2005, 631

SCIULLO, *Profili della direttiva 27 gennaio 1994 ("Principi sull'erogazione dei servizi pubblici")*. - *Dir. economia* 1996, II, 47

SCIULLO, *Profili della direttiva 27 gennaio 1994 ("Principi sull'erogazione dei servizi pubblici")*, in *Dir. ec.*, 1996, 47

SCOCA, *La s.p.a. mista tra soggetto privato ed organismo pubblico*, in G. DI GIANDOMENICO, FAGNANO, G. RUTA (a cura di), *Le società miste locali per la gestione di servizi pubblici*, Napoli, 1997.

SCOTTI *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, "in house providing" e partenariato pubblico-privato*. - *Dir. amm.* 2005 fasc. 4, 915

SCOTTI, *Le società miste tra in house providing e partenariato pubblico privato; osservazioni a margine di una recente pronuncia della Corte di giustizia*, in *Foro It.*, 2005, 671.

SONCINI A. *Gli affidamenti in house : rassegna della giurisprudenza comunitaria sino alla sentenza TRAGSA II del 2007*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, 292

SORACE *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo* - *Dir. amm.* 2010 fasc. 1, 1 (Domenico)

SORACE Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilita'. -
Dir. pubbl. 1999, 371

SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle
amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 212

SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata neld iritto
pubblico, Napoli 1959*, oggi anche in *opere giuridiche*, vol. I, Napoli,
2001

STAIANO S., *I servizi locali nel decreto legge 138/2011. Esigenze di
stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in
www.federalismi.it, n. 16 del 24/08/2011

STEFANELLI *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, 1995

STEFANELLI, *La tutela dell'utente di servizi pubblici*, Padova, 1994, 163
SS.;

TASSONE, *Il contratto di servizio*. - *Dir. trasporti* 1998, 613

TELESE *Servizio di interesse economico generale e servizio universale
nella giurisprudenza e nella normativa comunitaria*. - *Jus* 1999, 947

TRIMARCHI BANFI *La responsabilità del gestore di pubblici servizi nella
prospettiva delle privatizzazioni. Considerazioni sulla giurisprudenza
costituzionale*. - *Dir. amm.* 1995, II, 143

TROPEA, *L'"ibrido fiore della conciliazione": i nuovi poteri del giudice amministrativo tra giurisdizione e amministrazione*, Dir. proc. amm. 2011, 03, 965

TUBERTINI, *La prima applicazione della class action amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 862.

TUCCI M., *Appalto e concessione di pubblici servizi*, Padova, 1997

URSI R., *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179

VACCA A., *Ricostruzione ontologica dell'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *-Tar*, 2006, 1844.

VESPERINI – A. BATTINI *La carta dei servizi pubblici. Erogazione delle prestazioni e diritti degli utenti*, Rimini, 1999,06,1337ss

VESPERINI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.1, 1998, pag. 173

VESPERINI, *L'attuazione della carta dei servizi pubblici in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.1, 1998,173

VILLATA *Pubblici servizi (seconda ed.)*. Milano, 2001

VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 1999.

VISENTINI, *Lo Stato nell'economia liberale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 1109.

ZAMPETTI, *Class action pubblica ed effettività della tutela. Public class action and effectiveness of judicial protection*, *Foro amm. TAR* 2011, 12, 4104

ZANELLI *Servizio pubblico e sentenza Altmark: l'anello mancante? - Politica del diritto* 2004, 175

ZINGALES, *Una singolare forma di tutela del cittadino nei confronti della p.a.: la class action*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 246

ZONNO, *Class action pubblica: nuove forme di tutela dell'interesse diffuso?* *Giur. merito* 2010,10,2362