



**"UN DONO"**  
**di Mahatma Gandhi**

*Prendi un sorriso,  
regalalo a chi non l'ha mai avuto.*

*Prendi un raggio di sole,  
fallo volare là dove regna la notte.*

*Scopri una sorgente,  
fa bagnare chi vive nel fango.*

*Prendi una lacrima,  
posala sul volto di chi non ha pianto.*

*Prendi il coraggio,  
mettilo nell'animo di chi non sa lottare.*

*Scopri la vita,  
raccontala a chi non sa capirla.*

*Prendi la speranza,  
e vivi nella sua luce.*

*Prendi la bontà,  
e donala a chi non sa donare.*

*Scopri l'amore,  
e fallo conoscere al mondo.*

*a Cataldo,  
Uomo Giusto e sincero.*

*a Giovanna,  
mia unica Sorella.*

*ai miei Genitori che mi hanno dato coraggio.*

*al Sen. Avv. Michele Pinto,  
Maestro di vita e di legalità.*

*un ringraziamento particolare al mio Relatore  
Chiar.mo Prof. Enzo Maria Marenghi.*

## INDICE

*Introduzione* pag. VI

### *Capitolo primo*

#### **Il concetto di “servizio pubblico” ed il processo di privatizzazione in**

<b>Italia</b>	pag. 1
§1. Il concetto di servizio pubblico	pag. 2
§2. Lo sviluppo dei servizi pubblici nello Stato sociale: teoria soggettiva e oggettiva	pag. 4
§3. Il servizio pubblico privatizzato	pag. 8
§3.1. Le ragioni della privatizzazione dei servizi pubblici	pag. 9
§4. Il processo di privatizzazione nel settore pubblico	pag. 13
§4.1. Il sistema delle imprese pubbliche prima delle privatizzazioni: imprese-organo, imprese-enti, società a partecipazione pubblica	pag. 13
§ 4.2. La prima fase del processo di privatizzazione (1983-1989): la cessione di società a partecipazione pubblica	pag. 17
§ 4.3. La seconda fase del processo di privatizzazione (1990-1992): la trasformazione della forma giuridica di imprese-organo e di imprese enti	pag. 20
§ 4.4. La terza fase del processo di privatizzazione (1993-1994):	

i fattori di accelerazione e quelli di rallentamento pag. 26

## *Capitolo Secondo*

### **Il servizio pubblico locale e il principio di concorrenza nel diritto**

**comunitario** pag. 38.

§1. Il ritiro dello Stato dal settore “servizi pubblici”: il servizio pubblico locale pag. 39

§2. Il servizio pubblico locale prima della legge di riforma delle autonomie locali pag. 42

§3. Il servizio pubblico nell’ordinamento degli enti locali pag. 47

§4. Riforme amministrative, principio di sussidiarietà e ruolo degli enti locali nella definizione del servizio pubblico pag. 50

§5. Il servizio pubblico nel diritto comunitario: principio di concorrenza e interessi generali pag. 55

§6. Il superamento della contrapposizione pubblico-privato nella gestione dei servizi pubblici pag. 62

## *Capitolo terzo*

### **Il mercato dei servizi pubblici locali e le strategie di riorganizzazione**

**delle imprese nel settore** pag. 66

§1. La nascita di un mercato dei servizi pubblici locali	pag. 67
§2. L'evoluzione delle nuove società per azioni: il ruolo dell'ente locale	pag. 72
§3. Gli strumenti e i sistemi di gestione	pag. 77
§4. Il servizio di smaltimento rifiuti solidi urbani nel Cilento: il caso "Yele S.p.a."	pag. 84
§5. I rapporti tra l'ente territoriale conferente e l'organo di gestione del servizio	pag. 89

### *Capitolo quarto*

#### **I servizi pubblici locali e la giurisdizione esclusiva del giudice**

<b>amministrativo</b>	pag. 92
§1. Il problema della giurisdizione	pag. 93
§2. L'estensione e i limiti della giurisdizione in materia di servizi pubblici in generale: analisi per tipo di controversia	pag. 95
§3. L'estensione della giurisdizione esclusiva: i singoli servizi Pubblici	pag.108
§4. L'estensione della giurisdizione esclusiva con riguardo ai contratti pubblici	pag.113
§5. I procedimenti azionabili dinanzi al Giudice Amministrativo e	

le tipologie di sentenze	pag.119
§6. La soluzione della controversia per volontà delle parti: l'arbitrato	pag.124
§7. L'affidamento di lavori, servizi o forniture con procedure ad evidenza pubblica	pag.131
§8. La giurisdizione sul contenzioso in materia di servizi pubblici Locali	pag.134

### ***Capitolo quinto***

#### **La disciplina attuale dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario**

<b>e giudice delle leggi</b>	pag.139
§1 L'evoluzione del quadro normativo di riferimento	pag.140
§2. Servizi economici e servizi non economici alla luce del diritto comunitario	pag.143
§3. Competenze statali e regionali in materia di servizi pubblici Locali	pag.151
§4. I servizi economici: l'erogazione del servizio	pag.156
§4.1. Società a capitale interamente privato	pag.157
§4.2. Società a capitale misto pubblico-privato in cui il socio privato è selezionato con procedura ad evidenza pubblica	pag.158

§4.3. La gara per l'affidamento del servizio	pag.159
§4.4. Società a capitale intermante pubblico	pag.161
§4.5. La proprietà e la gestione delle reti	pag.166
§5. La disciplina dei servizi non economici alla luce della sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale	pag.168
§6. La disciplina dei servizi pubblici, il “Decreto Ronchi” e la privatizzazione del settore idrico	pag.172
§7. La nozione di servizio pubblico tra giudice della legge e diritto comunitario e la sentenza della Corte Costituzionale n. 325 del 17 novembre 2010	pag.196
 <i><b>Bibliografia</b></i>	pag.208
 <i><b>Giurisprudenza citata</b></i>	pag.221
 <i><b>Siti internet consultati</b></i>	pag.223

## ***INTRODUZIONE***

La disciplina relativa ai servizi pubblici presenta molteplici risvolti giuridici, contrattuali e di responsabilità che in passato hanno dato luogo a numerosi dubbi interpretativi anche in giurisprudenza, oltre che a soluzioni assai controverse.

Tale normativa ha subito nel tempo una lunga evoluzione a partire dalla Legge n. 142/90, passando poi rispettivamente attraverso la Legge n. 205/2000 e la 448/2001, per poi approdare al Decreto legge n. 269/2003 convertito con Legge n. 326/03. Peraltro il disegno normativo è stato interessato da un recente ennesimo intervento ad opera della finanziaria del 2004 (Legge n. 350/03) che ha provveduto a completare ed integrare la riforma del settore.

Come è facile notare la disciplina in oggetto abbraccia una normativa corposa che, inevitabilmente, ha risentito dell'introduzione di norme più volte modificate che non hanno offerto certezza di comportamenti giuridici lasciando, tra l'altro, agli enti locali grossi margini di discrezionalità, spesso non utilizzati in modo giuridicamente corretto.

E' evidente che il profondo mutamento della concezione di tali servizi, si è sostanziato, nel passato più o meno recente, in una sempre più incidente diminuzione dell'intervento pubblico a fronte di una presenza massiccia del privato nell'espletamento di quelle attività che caratterizzano il settore.

E bene questo lavoro, se da un lato nasce dall'esigenza di comprendere quali siano state le cause del fenomeno cosiddetto di "*privatizzazione*" dei servizi pubblici,

dall'altro è stimolato dalla necessità di indagare sugli effetti dell'esercizio di tali servizi da parte degli enti territoriali, a scapito del ruolo tradizionalmente assegnato in materia alla potestà statale.

Al fine di fare chiarezza, in primis, sull'affermarsi del fenomeno da un punto di vista storico, e poi, sulla ricognizione della normativa attualmente in vigore, l'analisi qui svolta è suddivisa in cinque sezioni.

La prima di esse, muovendo da un succinto esame del concetto stesso di “*servizio pubblico*” e delle posizioni dottrinarie che ne hanno preso in esame gli aspetti strutturali, pone la sua attenzione sullo sviluppo e sulle ragioni della privatizzazione del settore, attraverso una schematizzazione temporale per fasi.

La seconda parte del lavoro è intesa invece a fornire un quadro, sintetico ma necessario, di come il diritto comunitario abbia spinto fortemente verso la diminuzione dell'intervento pubblico nel settore, caldeggiando una maggiore presenza del soggetto privato nella fornitura dei servizi.

La terza sezione di conseguenza, entrando nel vivo dell'analisi che maggiormente interessa, svolge una attenta indagine relativamente all'effettivo ruolo svolto dagli enti territoriali nella gestione e nella fornitura dei servizi, proponendone, tra l'altro, un esempio concreto, con l'esame del sistema vigente per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani nella realtà cilentana. In tal senso assai rilevante è il quadro prospettato in chiusura della sezione relativo ai rapporti intercorrenti tra l'ente territoriale conferente la gestione del servizio (nel caso di specie il comune

di Gioi Cilento) e l'organo di gestione del servizio medesimo (un soggetto privato in forma di s.p.a).

La quarta parte del lavoro affronta, poi, un aspetto imprescindibile di ogni indagine giuridica, e cioè l'individuazione dell'autorità giudiziaria competente a conoscere le controversie della materia in esame. Ed, attesa la notevole varietà di tipologie di controversie nel settore dei servizi pubblici, l'analisi proposta parte dalla estensione della giurisdizione in materia, per poi fornire un quadro dettagliato dei diversi procedimenti azionabili, con un breve accenno anche alla soluzione mediante *arbitrato*.

Infine, il lavoro si conclude con una sezione che fornisce un excursus esaustivo della normativa dettata in tema di servizi pubblici, che partendo dalla disciplina sancita dal Testo Unico sugli Enti Locali (Decreto legislativo n. 267/2000), e passando attraverso le nuove fattispecie normative introdotte dalla legge finanziaria del 2002 (L. n. 448/01), non trascurando il "Decreto Ronchi", giunge poi all'analisi ed al commento delle novità introdotte nella disciplina di settore dalla sentenza numero 325 del 2010 della Consulta, con particolare attenzione agli effetti che tale pronuncia ha avuto sul corpus della normativa in oggetto.

E' appena il caso di sottolineare che, l'indagine proposta nasce da uno studio della disciplina di settore alla luce dei più recenti indirizzi adottati dal legislatore e sottoposti al controllo di costituzionalità, e che, inevitabilmente, gli scenari giuridici prospettati soffrono la difficoltà tipica di una analisi in una materia continuamente in evoluzione.

## **CAPITOLO PRIMO**

*Il concetto di “servizio pubblico” ed il  
processo di privatizzazione in Italia*

### ***§ 1. Il concetto di servizio pubblico.***

In principio di analisi è opportuno sottolineare che è difficile individuare nel nostro ordinamento una ratio di fondo che consenta di stabilire se un servizio sia pubblico o meno. Né vi è una tassonomia esaustiva relativa alle varie tipologie di servizio pubblico.

Da un punto di vista prettamente economico, ed in prima approssimazione, si potrebbe affermare, che laddove vi sia una domanda che rimane insoddisfatta a causa di investimenti massicci e “ritorni” lenti, oppure dove si verificano “fallimenti di mercato”, i pubblici poteri si fanno carico dell’erogazione dei servizi che i privati spontaneamente non offrirebbero.

Questa impostazione, avente una rilevanza soprattutto storica, pone direttamente l’accento sul soggetto erogatore del servizio, laddove, però la qualificazione propria di servizio pubblico, non può essere solo di tipo soggettivo ma necessariamente, anche oggettiva; ed infatti, la soddisfazione di interessi pubblici generali a cui l’attività dei pubblici poteri intende far fronte, contribuisce a spostare l’accento della questione dall’analisi del soggetto erogatore a quella dell’oggetto del servizio pubblico.

La stessa Carta Costituzionale prefigura un’impostazione che supera la mera visione soggettiva nel momento in cui, all’art. 43, sottolinea l’importanza della

natura dei servizi prevedendo che anche soggetti privati possano erogare “servizi pubblici essenziali”<sup>1</sup>.

Su questa falsariga, anche il diritto comunitario all’art. 86 del trattato CE, inserendo nell’ambito della disciplina della concorrenza le imprese che si occupano di “servizi di interesse economico generale”, riconosce, implicitamente, che di servizi pubblici possano occuparsi anche imprese private.

---

<sup>1</sup> Art. 43 Cost. : *“Ai fini di 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 di 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”*.

**§ 2. Lo sviluppo dei servizi pubblici nello Stato sociale: teoria soggettiva ed oggettiva.**

Alla luce dell'amplificazione dei compiti dello Stato e degli interessi affidatigli, l'amministrazione sostanziale, rivolta alla cura di interessi pubblici, si estrinseca sempre più, oltre che nell'emanazione di atti pubblici o privati, anche in attività materiali, quali fatti od operazioni, ovvero prestazioni in senso tecnico, oggetto di obbligazioni assunte nei confronti di determinati destinatari (art. 1174 c.c.).

Questa distinzione tra atti giuridici e non, operante anche per i settori tradizionali dell'amministrazione statale<sup>2</sup>, trova la sua massima espressione nell'attività sviluppatasi negli ultimi decenni, con l'avvento dello stato del benessere nell'ambito degli interventi statali rivolti alla cura degli interessi economici e sociali.<sup>3</sup> Con l'affermarsi dello Stato sociale, infatti, il rapporto tra Stato e cittadino è sempre più caratterizzato da posizioni paritetiche. Lo Stato sociale si manifesta difatti come la risultante di un diverso atteggiarsi dello Stato nei confronti dei cittadini, secondo scelte ben precise, cristallizzate nella Carta Costituzionale (art. 3 Cost.).

Nell'ambito di questo nuovo modo di "servire" il cittadino da parte dello Stato si attestano quelle attività quali l'istruzione pubblica, i trasporti, l'assistenza sanitaria, settori nei quali la cura degli interessi pubblici si concreta, oltre che

---

<sup>2</sup> Esempi paradigmatici in tal senso sono l'amministrazione della Difesa e quella dell'Interno.

<sup>3</sup> Quello che con espressione anglosassone viene definito il *Welfare State*.

nell’emanazione di atti giuridici (di carattere pubblico o anche privato), nello svolgimento di attività materiali<sup>4</sup>.

Ed è proprio con riferimento a detti settori, caratterizzati dalla prevalenza di attività materiali su quelle prettamente giuridiche, che si è sviluppata in dottrina la nozione di servizio pubblico in senso soggettivo, utilizzata ora per contrassegnare i settori pubblici connotati dalla preminenza dell’attività materiale su quella giuridica, ora quelli non caratterizzati dall’esercizio del potere di imperio della Pubblica Amministrazione, o, ancora, più genericamente, le attività sociali dell’amministrazione non proprie ed originarie dello Stato.

Comune a tutte queste accezioni di tale teoria, si rivela, la considerazione che un servizio, in tanto può considerarsi pubblico, in quanto venga gestito dalla mano pubblica, ossia da un soggetto qualificabile come ente pubblico (di qui la espressione “servizio pubblico in senso soggettivo”).

Ma questa nozione di servizio pubblico in senso soggettivo entra in crisi con la sempre crescente necessità (nella prospettiva dell’ottimizzazione dei risultati gestionali) di affidare la cura dei servizi a soggetti esterni alla struttura pubblica, ossia a concessionari privati, con l’obiettivo di raggiungere standard qualitativi sempre più elevati.

E’ allora emersa l’accezione tipicamente oggettiva di servizio pubblico secondo la quale, assumerebbe rilievo non tanto la possibilità di considerare un servizio pubblico di pertinenza dell’amministrazione pubblica, quanto invece il fatto di

---

<sup>4</sup> Si pensi ad esempio alla lezione tenuta dall’insegnante, la somministrazione di un medicinale o al trasporto da un luogo all’altro del territorio.

essere assoggettato ad una disciplina di settore diretta al conseguimento di fini sociali.

In base alla teoria “oggettiva”, non solo l’attività relativa al pubblico servizio risulta sottoposta a controllo o vigilanza da parte dei poteri pubblici, ma la medesima attività viene espletata nel rispetto del principio di imparzialità, conseguente al principio di uguaglianza degli utenti. Ed ancora, in questa prospettiva, l’individuazione di particolari obblighi, quali standard di erogazione del servizio, tariffe prestabilite, continuità dell’attività ecc., in capo al soggetto gestore, consente di considerare un determinato servizio come “pubblico” e contribuisce a differenziarlo da una attività imprenditoriale ordinaria.<sup>5</sup>

La contrapposizione tra teoria soggettiva ed oggettiva è destinata, come si vedrà<sup>6</sup>, a riproporsi nell’ambito della attuale disciplina positiva relativa a quel segmento di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo che fa riferimento ai servizi pubblici, ai loro gestori ed ai rapporti di questi ultimi con gli utenti finali.

Va inoltre sottolineato come recentemente il legislatore, in riferimento ai servizi pubblici locali, abbia decisamente e chiaramente optato per un impostazione che prescinde dalla titolarità del servizio. Infatti l’art. 35 della legge n. 448/2001<sup>7</sup> nel modificare l’art. 113 Dlgs n. 276/2000 (il cd. Testo Unico delle Leggi

---

<sup>5</sup> La Suprema Corte ha fatto propria tale impostazione postulando un ulteriore connotato del servizio pubblico e cioè “*l’idoneità a soddisfare in modo diretto esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti*” (Cass. Sezioni Unite n. 71 del 30.03.2000).

<sup>6</sup> *Infra* cap. 5.

<sup>7</sup> Legge Finanziaria per l’anno 2002. Su cui diffusamente *infra*.

sull'Ordinamento degli Enti Locali<sup>8</sup>), parla esplicitamente di “conferimento della titolarità del servizio a società di capitali”.

---

<sup>8</sup> Di seguito indicato per brevità T.U.EE.LL.

### **§ 3. Il servizio pubblico privatizzato.**

Le attuali tendenze evolutive, con i connessi processi di privatizzazione di attività un tempo espletate da enti pubblici, contribuiscono a far emergere la criticità dell'impostazione soggettiva.

Ed infatti, sia la modalità di azione della pubblica amministrazione, sempre più orientata ad operare nei servizi pubblici mediante autorità indipendenti con compiti di controllo, indirizzo e vigilanza, e con attribuzione della gestione, e a volte della titolarità stessa dell'attività, a soggetti privati, sia i processi di privatizzazione dei servizi pubblici locali che interessano le ex municipalizzate e le aziende speciali, contribuiscono a far propendere, la dottrina maggioritaria, per l'impostazione oggettiva.<sup>9</sup>

Già la Legge n. 474/1994<sup>10</sup> prevedeva, nell'ambito delle c.d. "privatizzazioni" riguardanti servizi pubblici, la riserva di titolarità, in capo ai pubblici poteri, di particolari strumenti di tutela che garantissero il permanere del controllo pubblico in campi di estremo interesse per la collettività. Ma il processo di privatizzazione, con la conseguente modifica della natura giuridica dell'ente, da pubblica a privata, non determina il decadimento della connotazione pubblicistica dell'attività, che continua a configurarsi come servizio pubblico, comportando il permanere in capo alla Pubblica Amministrazione, di ampi poteri di intervento e di controllo.

---

<sup>9</sup> Si consulti [www.filodiritto.com/diritto/pubblico/amministrativo/giurisdervpubblicibelfiori.html](http://www.filodiritto.com/diritto/pubblico/amministrativo/giurisdervpubblicibelfiori.html).

<sup>10</sup> Su cui *Infra* capp. 1 e 2.

E tale discorso può ripetersi per le società che gestiscono servizi pubblici locali che, ormai, totalmente privatizzate da un punto di vista giuridico, gestiscono e spesso assumono la titolarità del servizio pubblico, senza che si possa ricondurre la titolarità del servizio stesso ai poteri pubblici, così come teorizzata dalla concezione soggettiva.

Prescindendo, poi, da considerazioni relative all'attualità amministrativa, e facendo riferimento da un lato al dettato costituzionale e, dall'altro, al diritto comunitario, è possibile constatare l'acuirsi della crisi dell'impostazione soggettiva nel momento in cui viene riconosciuta la possibilità del trasferimento della titolarità dei servizi pubblici essenziali in capo a soggetti privati, con la conseguente privatizzazione di tali servizi.<sup>11</sup>

Ma, ai fini dell'analisi da svolgere è essenziale a questo punto indagare sulle congiunture economiche e politiche che hanno determinato il fenomeno della privatizzazione.

### ***§ 3.1. Le ragioni della privatizzazione dei servizi pubblici.***

Nel corso dell'ultimo decennio la consapevolezza del sostanziale fallimento del tradizionale modello dell'impresa pubblica, in ordine sia alla qualità dei servizi erogati e sia al basso livello di redditività degli stessi, ha determinato un

---

<sup>11</sup> Sul tema diffusamente, L. De Grassi, *La razionalizzazione dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano 2004.

progressivo smantellamento delle partecipazioni pubbliche nelle imprese economiche e, nel contempo, ha avviato un massiccio processo di trasformazione degli enti e delle imprese pubbliche.

La filosofia ispiratrice di tale rivoluzione, però, lungi dal concretarsi in un disinteressamento dello Stato per il settore economico, si estrinseca nel passaggio (come già accennato) da un modello di gestione diretta ad uno incentrato sul controllo pubblico dell'economia. In altri termini la Pubblica Amministrazione, pur continuando a rivestire un ruolo di primo piano nella dinamica delle interazioni economiche, non è più operatrice di mercato in prima persona, ma diviene l'autorità deputata, attraverso la formulazione di regole e l'enucleazione di meccanismi di controllo, all'assicurazione della regolarità e della correttezza dei rapporti economici.

Da un punto di vista propriamente storico, le ragioni che hanno spinto in tale direzione trovano il loro fondamento sia nell'inadeguatezza strutturale ed organizzativa dei modelli prescelti in passato, e nella conseguente scadente resa dei servizi erogati, sia nella necessità di reprimere i sistematici abusi perpetrati dai vertici politici ai danni di una gestione trasparente, efficiente ed economica dei servizi.

D'altro canto, ha svolto un ruolo propulsivo di fondamentale importanza il fallimento del principio di economicità di gestione (da intendere come pareggio tra costi e ricavi aziendali) che ha coinvolto quasi tutte le imprese pubbliche. Se in parte tale gestione inefficiente era ascrivibile (come detto) alla inadeguatezza

organizzativa e strutturale, ancora di carattere marcatamente burocratico, l'imposizione da parte degli organi ministeriali di prezzi politici rovinosi per l'erogazione di beni e servizi al pubblico, qualitativamente piuttosto scadenti e di strategie economiche asservite a fini di partito più che a criteri materiali ed aziendalistici ha determinato un indebitamento pubblico sproporzionato, che giocoforza ha imposto allo stato un ritiro massiccio dall'economia e la successiva dismissione delle strutture pubbliche.<sup>12</sup>

Come si è accennato, ne è derivato anche un mutamento di strategia pubblica consistente nel graduale abbandono dell'interventismo statale all'interno di settori economici nevralgici e nella sua sostituzione con una politica di regolazione esterna. La necessità di contemperare diverse esigenze, la libertà dei mercati, le pari opportunità di accesso ad essi ed il pieno soddisfacimento dei bisogni dell'utenza, ha dato il via all'inaugurazione di un sistema incentrato su nuove figure organizzative, le ccdd. Autorità amministrative indipendenti, figure istituzionali indipendenti sia dal potere politico che dai forti gruppi economici. La piena operatività del regime di privatizzazione di enti deputati all'erogazione di servizi pubblici è stata infatti, normativamente subordinata all'istituzione di apposite *Authorities* al fine di evitare che settori economici nevralgici fossero lasciati privi di regole e controlli.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Cfr. P. Rossi., *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 19.

<sup>13</sup> Sul tema approfonditamente G. Caia., *I servizi pubblici locali, Evoluzione e prospettive*, Maggioli Editori, Rimini, 1995.

Queste nuove figure sono chiamate a razionalizzare e controllare il sistema degli affidamenti e delle revoche delle concessioni, a concorrere a definire gli standard di qualità dei servizi e i livelli di efficienza e di efficacia della loro erogazione, a determinare, l'entità delle tariffe da praticare all'utenza e ad assicurare il più ampio soddisfacimento delle esigenze degli utenti attraverso la previsione di efficaci strumenti di tutela per contrastare i ritardi e le inesattezze nell'erogazione del servizio.

queste previsioni attinenti alle modalità di erogazione, agli standard di qualità, ai livelli di efficienza e alle tariffe imposte, confluiscono nelle *carte di servizi pubblici* che ciascun gestore, pubblico e privato, è tenuto ad adottare, autovincolandosi alla loro osservanza.<sup>14</sup>

Esistono poi ragioni più spiccatamente politiche che hanno spinto verso la progressiva privatizzazione di alcuni settori pubblici<sup>15</sup>: prima fra tutte la necessità di adeguamento alle prescrizioni del Trattato di Maastricht e di Roma e alle direttive CEE sulla libertà di accesso e sulle garanzie di pari opportunità delle imprese pubbliche e private nell'ambito del mercato comunitario.<sup>16</sup>

E proprio per esaminare le ragioni propriamente politiche dell'iter di privatizzazione nel settore pubblico è opportuno schematizzare temporalmente la trattazione.

---

<sup>14</sup> I contratti di utenza individuale sono di massima riprodotivi delle previsioni della carta dei servizi, oltre che delle clausole predisposte dallo stesso erogatore. Nell'ipotesi in cui il singolo contratto non le richiami, queste potrebbero essere ugualmente richiamate dall'utente in considerazione dell'autovincolo al loro rispetto imposto dalle suddette carte.

<sup>15</sup> Soprattutto il Settore Industriale Pubblico.

<sup>16</sup> R. Galli., *Corso di diritto amministrativo, III ed.*, Cedam, Padova, 2000, pp. 298-300.

#### ***§ 4. Il processo di privatizzazione nel settore pubblico.***

Il moto delle privatizzazioni ha subito un'accelerazione in Italia negli ultimi venti anni. Prima di allora, cessioni di imprese in pubblico comando in misura consistente si erano avute nel periodo intercorrente tra il 1933<sup>17</sup> e la fine degli anni '50, mentre nel ventennio successivo gli smobilizzi avevano riguardato solo aziende minori.

Tale processo di privatizzazione non presenta caratteristiche uniformi nel tempo, ed infatti, si possono individuare, tre fasi di tale politica, cronologicamente ben definite e distinte tra loro quanto al contenuto e all'oggetto, ai soggetti pubblici che hanno adottato le relative scelte, alle finalità perseguite e alle conseguenze prodotte.

##### ***§ 4.1. Il sistema delle imprese pubbliche prima delle privatizzazioni: imprese-organo, imprese-enti, società a partecipazione pubblica.***

Fino agli anni '80, in Italia, esistevano tre tipi di imprese pubbliche: l'impresa-organo (o azienda autonoma), l'impresa-ente pubblico (o ente pubblico economico) e l'impresa-società per azioni a partecipazione pubblica.

---

<sup>17</sup> E' l'anno in cui viene costituito l'Istituto per la ricostruzione industriale – Iri – proprio allo scopo di vendere le imprese cadute in proprietà dello Stato in esito ad una serie di operazioni di salvataggio).

Le tre figure descrivevano, quanto ai profili organizzativi, differenti gradi di autonomia dell'impresa pubblica rispetto all'autorità politica e, quanto all'attività, livelli crescenti di assoggettamento dell'impresa pubblica al diritto privato.<sup>18</sup>

Così, innanzi tutto, il condizionamento pubblicistico si manifestava in misura molto accentuata nelle imprese-organo.

Tali imprese erano gestite da organi di enti pubblici di natura territoriale, quali lo Stato, le province e i comuni. La titolarità dell'impresa spettava all'organo stesso, il quale disponeva, all'uopo, di una particolare autonomia, limitata tuttavia, dalla soggezione agli indirizzi economici generali impartiti dall'autorità politica. L'attività di impresa, inoltre, era assoggettata alle norme sulla contabilità pubblica che imponevano, tra l'altro, che i contratti stipulati dall'impresa fossero accompagnati da un'attività preparatoria o successiva che si esprimeva attraverso atti amministrativi.

Esempi importanti di tali forme di azienda si rinvenivano sia a livello statale<sup>19</sup> che a livello comunale, dove si registrava la presenza di aziende incaricate, tra l'altro, della somministrazione di acqua, di gas e della gestione dei trasporti urbani.

Le imprese-enti, dal canto loro, erano quelle gestite da enti pubblici (enti pubblici economici), appositamente costituiti per il loro esercizio, muniti di una propria distinta personalità ed individualità giuridica. Nell'esercizio dell'impresa, questi enti disponevano di un'autonomia contrattuale, arbitraria ed incensurabile come

---

<sup>18</sup> Per le caratteristiche del sistema delle imprese pubbliche e la descrizione della sua formazione storica, si veda, A. Massera, *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1978.

<sup>19</sup> Tra le altre l'Azienda autonoma delle Ferrovie dello Stato, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato, l'Amministrazione delle Poste e delle Telecomunicazioni.

quella di un privato cittadino: ed infatti il codice civile del 1942 li assoggettava alla disciplina degli imprenditori privati, i rapporti con il loro dipendenti erano retti dal diritto privato e la cognizione delle eventuali controversie di lavoro era affidata alla giurisdizione ordinaria.

Norme di diritto pubblico regolavano, invece, il rapporto degli enti pubblici economici con lo Stato, al quale era affidato il compito di nominare e revocare i preposti all'ente, oltre a formulare le direttive per l'attuazione del proprio indirizzo politico. Gli esempi più importanti di enti pubblici economici si manifestavano nel settore creditizio, in quello assicurativo (Istituto nazionale per le assicurazioni – Ina) e in quello elettrico (Ente nazionale per l'energia elettrica – Enel).<sup>20</sup>

Il terzo modello organizzativo dell'impresa in pubblico comando era costituito dalla società per azioni a partecipazione pubblica.

Tali forme societarie erano strutturate su tre livelli<sup>21</sup>: al primo, trovavano collocazione le società per azioni di diritto privato con partecipazione pubblica, assoggettate nell'organizzazione e nell'attività alle regole proprie delle società per azioni di diritto privato. Ad esse si affiancavano, però, società *vincolate* per legge ad una prevalente partecipazione pubblica. Si trattava di società che agivano come concessionarie in settori di attività sottoposti a riserva totale o parziale (telefonia, radiotelecomunicazioni, trasporti marittimi e aerei, ricerca e coltivazione di

---

<sup>20</sup> G. Regonini, *Capire le politiche pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 26-27.

<sup>21</sup> Si tratta del cd. sistema delle “*partecipazioni statali*”.

idrocarburi ecc.), o in settori disciplinati come pubblici servizi (costruzione ed esercizio di autostrade e di opere infrastrutturali in genere).

Al secondo livello si attestavano gli enti di gestione, e cioè enti pubblici economici con compiti di direzione e coordinamento dell'azione imprenditoriale e finanziaria dei gruppi ad essi facenti capo e di mediazione tra istanze imprenditoriali ed istanze politiche. Essi esercitavano le suddette funzioni avvalendosi esclusivamente dei diritti loro derivanti dalla qualità di azionista.

All'inizio degli anni '80 gli enti di gestione costituiti erano quattro, di cui due principali, l'Istituto per la ricostruzione industriale (Iri) e l'Ente nazionale idrocarburi (Eni), e due secondari, l'Ente per i finanziamenti dell'industria manifatturiera (Efim) e l'Ente autonomo gestione cinema (Eagc). Altri due enti, l'Ente autonomo di gestione per le aziende minerarie (Egam) e l'Ente autonomo di gestione per le aziende termali (Eagat), costituiti nel 1958, sono stati soppressi alla fine degli anni '70.

Al terzo livello, infine, con funzioni di indirizzo e di controllo, si posizionavano il Ministro delle partecipazioni statali e due comitati interministeriali: quello per la programmazione economica (Cipe) e quello per la politica industriale (Cipi).<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> M. Carabba, *Impresa pubblica*, in "Digesto discipline pubblicistiche", IV ed., Utet, Torino 1993, pag. 175.

***§ 4.2. La prima fase del processo di privatizzazione (1983-1989): la cessione di società a partecipazione pubblica.***

La prima fase del processo di privatizzazione si registra nell'arco di tempo tra il 1983 e il 1989.

In questo periodo il fenomeno di privatizzazione si concretizzava, principalmente, nel trasferimento ai privati di quote di partecipazione al capitale di una società per azioni in pubblico comando e avevano ad oggetto, pertanto, il terzo tipo di impresa pubblica analizzata. Vediamone di seguito le caratteristiche essenziali.

a) In alcuni casi, la cessione riguardava l'intero pacchetto azionario (come, per esempio, nei casi delle società Lanerossi e Alfa Romeo), ma più spesso (nel 75% dei casi di privatizzazione) venivano alienate a privati solo quote di minoranza.

b) Quanto alle dimensioni, le privatizzazioni realizzate in Italia negli anni '80, erano pari al 25% di quelle attuate in Francia e al 43% di quelle del Regno Unito nello stesso periodo.

c) Rispetto ai due paesi citati furono, diversi, anche gli esiti. Ed infatti, mentre nel Regno Unito, le privatizzazioni determinavano la partecipazione di circa otto milioni di nuovi azionisti ed in Francia di circa quattro milioni, in Italia, viceversa, se da un lato aumentava la partecipazione di minoranza dei privati nel capitale delle società in pubblico comando (dal 3,7% al 6,5% nella prima metà degli anni '80), dall'altro i casi di cessione integrale erano rari e si risolvevano

sempre nel trasferimento del controllo dal gruppo pubblico ad un gruppo privato (al gruppo Marzotto fu trasferita la Lanerossi, alla Fiat l'Alfa Romeo ecc.).<sup>23</sup>

d) Le privatizzazioni di questo periodo erano, inoltre, stabilite dagli enti pubblici proprietari e non dal Governo. Essi infatti, determinavano le società da privatizzare, stabilivano le procedure da seguire e realizzavano direttamente le relative vendite. Il Governo, da parte sua, interveniva solo nei casi di maggiore rilevanza, per lo più approvando le operazioni già progettate dagli enti.

e) Per effetto delle dismissioni operate nel periodo in esame, si verificarono una serie di importanti mutamenti di ordine funzionale, organizzativo e gestionale, nei tre principali gruppi pubblici.

Viceversa, proprio perché disposte dagli enti di gestione, il motto delle privatizzazioni non determinò una correlativa espansione delle funzioni regolative dello Stato.

Una tale correlazione si era registrata, invece, nel Regno Unito, laddove la privatizzazione aveva riguardato imprese operanti nei servizi di pubblica utilità. In questi casi, infatti, la privatizzazione dell'impresa pubblica veniva preceduta dall'assoggettamento dell'attività alle regole proprie della concorrenza, e seguita dalla costituzione di apposite *regulatory agencies* con compiti di controllo sull'attività imprenditoriale.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> Sul punto diffusamente AA.VV., *Enciclopedia della Finanza (edizione MF)*, Garzanti Editore, Milano, 2002.

<sup>24</sup> Cfr. N. ACOCELLA., *Politica economica e strategie aziendali*, Carocci Editore, Roma 1999, pag. 112.

Le privatizzazioni realizzate in Italia, invece, non toccarono il settore dei servizi pubblici, il quale pertanto, continuava ad essere fondato su un regime di riserva originaria, sulla quale si innestava una gestione pubblica diretta, affidata ad un ente pubblico o ad una società con partecipazione pubblica di maggioranza legislativamente imposta.<sup>25</sup>

f) In questa fase, infine, gli enti di gestione erano i beneficiari esclusivi dei proventi, pertanto, a differenza di quanto avvenuto in Francia e in Gran Bretagna, dove le privatizzazioni conseguirono anche il fine di “disindebitare” lo Stato, in Italia le cessioni delle imprese a partecipazione statale erano disposte principalmente al fine di alleggerire la dipendenza finanziaria degli enti di gestione dal potere politico.

La ragione di ciò va rinvenuta in quanto accaduto nel decennio precedente, allorquando, la crisi registrata in quel periodo, aveva posto gli enti di gestione nella condizione di dover far ricorso, di frequente, per il loro finanziamento, ai fondi dello Stato. Il Governo, di contro, aveva utilizzato questa situazione per aumentare i controlli sugli enti ed imporre loro lo svolgimento di attività economicamente poco lucrative o addirittura in perdita. In questo modo, peraltro, si erano poste le condizioni per un aggravamento ulteriore della dipendenza finanziaria dell'ente rispetto allo Stato.<sup>26</sup>

---

<sup>25</sup> Sul sistema di gestione anteriore agli anni 80' si vedano, tra gli altri, P. Saraceno, *il sistema delle imprese a pubblici servizi nell'esperienza italiana*, Giuffrè, Milano 1975 e F. Merusi, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffrè, Milano, 1977.

<sup>26</sup> F. Merusi, *ult. cit.*, pp.156 e ss.

Da ciò è facile dedurre che, in quella fase il processo di privatizzazione fosse utilizzato (per non dire strumentalizzato) dagli enti di gestione proprio al fine di rompere questo circolo vizioso ed affrancarsi, perlomeno parzialmente, dai condizionamenti governativi.

***§ 4.3. La seconda fase del processo di privatizzazione (1990-1992): la trasformazione della forma giuridica di imprese-organo e di imprese-enti.***

La seconda fase del processo di privatizzazione ha registrato una durata molto breve. Essa, infatti, si è concentrata nel biennio 1990-1992.

Le privatizzazioni di questo periodo hanno avuto un contenuto diverso da quelle delle fasi precedenti; ed invero, in questo arco temporale il fenomeno si è caratterizzato essenzialmente per la trasformazione della forma giuridica in senso privatistico di imprese che rimanevano, tuttavia (in seguito alla trasformazione stessa) soggette al pubblico comando.

Pertanto, al contrario delle privatizzazioni degli anni 80', che avevano riguardato le imprese pubbliche organizzate in forma di società per azioni, quelle dell'inizio degli anni 90' hanno avuto, di converso, ad oggetto gli altri due tipi di impresa pubblica conosciuti: le aziende autonome e gli enti pubblici economici.<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> In merito A. Rupeni., *Chi vuole e chi non vuole il cambiamento*, in *L'impresa Pubblica*, n. 7.

Ed a seconda dei casi, dalla trasformazione scaturirono nuovi enti pubblici economici ovvero nuove società per azioni.

Tra gli esempi del primo tipo, possono ricordarsi la costituzione dell'Ente autonomo delle Ferrovie dello Stato<sup>28</sup>, nonché l'assoggettamento delle aziende autonome dei comuni e delle province ad un regime che ne garantisse una maggiore autonomia rispetto all'ente politico di pertinenza.<sup>29</sup>

E', però, il secondo tipo di trasformazione delle forme giuridiche dell'impresa pubblica, quello cioè che condusse alla nascita di nuove imprese in forma societaria, al quale deve attribuirsi un rilievo preminente, tanto da doverlo considerare caratteristico dei processi di privatizzazione dell'inizio degli anni 90'. La prima importante manifestazione di questo tipo di privatizzazione si è avuta nel settore creditizio.

La legge n. 218/1990<sup>30</sup> aveva disposto la trasformazione, in società per azioni, degli istituti di credito di diritto pubblico, delle casse di risparmio e degli istituti di credito a medio e a lungo termine.

Successivamente, nell'estate del 1992, un ulteriore intervento del legislatore<sup>31</sup> aveva trasformato in società per azioni quattro enti pubblici economici di rilievo nazionale: Iri, Eni, Enel, Ina.

---

<sup>28</sup> Con la legge n. 210/1985.

<sup>29</sup> Tale risultato fu la conseguenza dell'introduzione della legge n. 142/1990.

<sup>30</sup> Ed il D.lgs. n. 356/1990.

<sup>31</sup> La trasformazione si concretizzò con l'entrata in vigore del D.L. n. 333/1992.

E questo ultimo strumento normativo, consentiva, tra l'altro, che ulteriori trasformazioni potessero essere disposte, in via amministrativa, con una delibera del Cipe.

Nei mesi successivi con questa procedura, venne, infatti, trasformato un altro ente pubblico economico (l'Ente Ferrovie dello Stato), ed un'azienda autonoma (l'Amministrazione Autonoma dei monopoli di Stato).

La stessa tecnica venne, infine, adottata anche con riferimento alle imprese pubbliche locali. In tale ottica un apposito intervento legislativo dispose la trasformazione degli enti comunali di consumo in società per azioni.<sup>32</sup>

Le caratteristiche di contenuto del motto di privatizzazione in questo periodo ebbero due importanti implicazioni: da un lato i soggetti titolari delle scelte (esclusivamente Governo e Parlamento) e, dall'altro, le conseguenze prodotte.

Soffermandoci, in particolare, sulle trasformazioni aventi ad oggetto il settore industriale pubblico, occorre innanzitutto rilevare come l'effetto immediato dei provvedimenti ricordati sia quello di determinare una riorganizzazione delle imprese in pubblico comando, sotto un duplice profilo.

In primo luogo, le disposizioni in questione condussero al superamento definitivo della precedente tripartizione delle imprese pubbliche in imprese-organo, imprese-ente ed imprese-società.

---

<sup>32</sup> Cfr. D. Donati, R. Fazioli, *La trasformazione in società per azioni delle aziende pubbliche locali: una riflessione sulle opportunità ed i rischi della privatizzazione formale*, Economia delle Fonti di energia e dell'ambiente n. 2, 1996.

La soppressione di enti pubblici economici e di aziende autonome, infatti, rese la società per azioni il modello organizzativo dominante dell'impresa in pubblico comando.

Questa tendenza risultò, poi, ulteriormente rafforzata dalla decisione di alcuni enti pubblici di costituire società per azioni, aperte alla collaborazione di partner privati, per la realizzazione di progetti di particolare complessità tecnologica o per la gestione del proprio patrimonio immobiliare.

La tipologia delle società per azioni in pubblico comando, divenuto modello organizzativo ordinario della presenza pubblica nell'economia, subì, tuttavia, importanti modifiche rispetto al passato.

Ed infatti, da un lato divenne più stringente l'assoggettamento al diritto comune, in quanto, le società derivanti dalle trasformazioni erano soggette alla normativa generale vigente per le società per azioni, e nei loro riguardi non trovavano più applicazione le disposizioni prescrittive di specifiche direttive gestionali.

Dall'altro, venne meno definitivamente il "sistema delle partecipazioni statali".

Innanzitutto, in questa prospettiva, scomparì la figura dell'ente di gestione, che di quel sistema aveva costituito elemento caratterizzante<sup>33</sup>. In secondo luogo, con il referendum dell'aprile del 1993 venne disposta la soppressione del Ministero delle partecipazioni statali.

---

<sup>33</sup> La trasformazione dell'Iri e dell'Eni fece da prologo alla messa in liquidazione dell'Efim, disposta nell'autunno del 1992 per fronteggiare la pesante situazione debitoria dell'istituto.

Il secondo ordine di mutamenti organizzativi derivanti dalle indicate trasformazioni riguardò il rapporto tra potere politico ed impresa pubblica.<sup>34</sup> La novità più rilevante, al riguardo, consisté nell'attribuzione al Ministro del tesoro della titolarità dell'intero pacchetto azionario delle società di nuova costituzione.

E questo nuovo assetto comportò notevoli implicazioni, prima fra tutela dislocazione dei poteri di comando sulle imprese pubbliche.

Ed infatti, prima delle successive innovazioni, il controllo di singole imprese o gruppi di imprese era affidato a complessi organizzativi diversi: così, per esempio, il Cipe, il Cipi, il ministro delle partecipazioni statali nei confronti del "sistema delle partecipazioni statali", Cipe e Ministro dell'industria nei confronti dell'Enel, i Ministri del Tesoro e dell'Industria nei confronti dell'Ina e così via.

Ad un assetto tendenzialmente pluriorganizzativo, seguì uno fondato sull'accentramento dei poteri di comando nel Ministro del Tesoro. Tale posizione venne temperata parzialmente dalle norme che imponevano al medesimo Ministro di raggiungere intese con altri Ministri per l'esercizio dei diritti di azionista.<sup>35</sup>

In secondo luogo, il Ministro del Tesoro, in qualità di azionista, assumeva il potere di interferire puntualmente nella gestione dell'impresa.

Tale possibilità, era stata, fino ad allora, espressamente negata all'autorità governativa da una normativa che tendeva a concentrare nelle sue competenze i

---

<sup>34</sup> Per un approfondimento dei caratteri delle nuove teorie giuridiche in merito a tali trasformazioni si veda M. Roversi Monaco, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni Critiche*, Giappichelli, Torino 2004.

<sup>35</sup> Si consulti [www.amministrazioneincammino.luiss.it](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it).

soli poteri di indirizzo e di controllo e a riservare, di converso, al management una piena autonomia nella gestione dell'impresa pubblica.

I poteri dell'Esecutivo vennero ulteriormente ampliati dagli statuti delle nuove società che attribuivano all'assemblea ordinaria, nel cui ambito il socio pubblico poteva far valere direttamente le proprie pretese, una serie molto estesa di competenze relative alla gestione dell'impresa.

Sotto questo profilo, di conseguenza, la privatizzazione delle forme giuridiche e delle relative regole di gestione registrò di contrappeso l'attenuazione delle linee di separazione tra istanze politiche ed istanze imprenditoriali.<sup>36</sup>

In fine, si poneva il problema dei controlli sui nuovi soggetti giuridici.

Fino ad allora la gestione finanziaria degli enti pubblici economici era stata assoggettata al controllo della Corte dei Conti. Tale controllo si era di norma concretizzato, mediante la partecipazione di un magistrato alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione, e, in pochi casi, tramite il riscontro degli atti e dei documenti inviati dall'ente stesso.

Con la trasformazione degli enti stessi in società per azioni, e il conseguente assoggettamento alla disciplina privatistica, il potere esecutivo ritenne che tale controllo dovesse venire meno.

La Corte dei Conti, però, in una determinazione del 1994, contestò tale soluzione e rivendicò la propria competenza di fronte alla Corte Costituzionale, rilevando tra l'altro che l'interruzione del rapporto di controllo comportava uno stato di

---

<sup>36</sup> S. Cassese, C. Franchini, a cura di, *L'amministrazione pubblica Italiana, un profilo*, Il Mulino Torino, 1994, pag. 159.

fatto contrastante con la legislazione vigente all'epoca, a sua volta attuativa dell'art. 100 della Costituzione.

Successivamente, la Corte Costituzionale accolse il ricorso, introducendo così, una contraddizione nell'assetto delle nuove società: esse, infatti, da un lato risultavano assoggettate al diritto privato, e, dall'altro, sottoposte agli stessi controlli previsti per gli enti pubblici.

#### ***§ 4.4. La terza fase del processo di privatizzazione (1993-1994): i fattori di accelerazione e quelli di rallentamento.***

La ricostruzione temporale fin qui svolta ha portato ad osservare come nel decennio dal 1983 al 1993, in Italia, i casi di passaggio ai privati di imprese in pubblico comando siano stati in numero relativamente ridotto: ancora nel 1998, il numero degli occupanti delle imprese pubbliche italiane era il più elevato nell'area della Comunità europea. Le privatizzazioni di questo tipo, inoltre, come detto, non hanno formato oggetto dei programmi del Governo, ma decise dagli enti pubblici proprietari, hanno soddisfatto esigenze di conservazione e di rafforzamento dello stesso sistema delle imprese pubbliche.

Viceversa, le privatizzazioni di derivazione governativa si sono rivelate di tipo formale: esse, infatti, hanno riguardato le regole dell'attività dell'impresa pubblica, lasciando inalterato l'assetto di comando della stessa.

Infine, proprio perché realizzate con queste caratteristiche, le privatizzazioni in Italia non hanno prodotto alcune tra le conseguenze più significative, avutesi, invece, in altri paesi, tra le quali in particolare l'espansione delle funzioni di regolazione, il rafforzamento del mercato mobiliare, il disindebitamento dello Stato.<sup>37</sup>

Il Governo Amato, in realtà, nel novembre 1992 aveva presentato un programma di riordino di Iri, Eni, Enel, Imi, Bnl ed Ina con il quale venivano tracciati gli indirizzi per una nuova fase di dismissioni delle società in pubblico comando.

Il documento prefigurava alcune significative innovazioni nella politica delle privatizzazioni, concernenti, tra l'altro, la possibilità di una ampia dismissione delle società in pubblico comando; la connessione, nei settori di *public utilities*, tra cessione dell'impresa ai privati, apertura del settore alla concorrenza e assoggettamento dello stesso a discipline regolative; la previsione dell'attribuzione allo Stato, in alcuni casi, di particolari diritti di partecipazione alla gestione della società, modellati sull'istituto britannico delle *golden shares*; l'intendimento di promuovere un'ampia diffusione tra i risparmiatori delle azioni delle società da privatizzare.<sup>38</sup>

Ma tale programma era rimasto sostanzialmente inattuato per due ordini di ragioni.

---

<sup>37</sup> Per la descrizione delle privatizzazioni in Italia, con particolare attenzione ad una valutazione di tipo comparatistico veda fra gli altri G.D. Magone, A. La Spina, *Deregulation e privatizzazione: differenze e convergenze*, in "Stato e mercato", 1992, pag. 249.

<sup>38</sup> S. Cassese, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in "Stato e mercato", 1992, pag. 235.

Innanzitutto, esso soffriva di una debolezza intrinseca, come dimostrano, tra l'altro, la contraddittorietà di alcune formulazioni, la scarsa chiarezza circa i tempi di attuazione delle scelte programmate, la descrizione, talvolta, delle soluzioni da adottare in termini meramente ipotetici.

In secondo luogo, il piano aveva incontrato forti opposizioni negli ambienti sociali e politici.

In particolare, una forte resistenza fu portata avanti dai sindacati, preoccupati per le ripercussioni sull'occupazione, e da alcuni settori della stessa maggioranza di governo, particolarmente sensibili alle istanze di conservazione del sistema delle imprese pubbliche.

Di converso, alcuni mutamenti importanti in materia si produssero tra il 1993 ed il 1994, per impulso del Governo Ciampi e, solo parzialmente, del successivo Governo Berlusconi. L'aspetto di maggior rilievo di tale periodo fu rappresentato dalla realizzazione di alcuni importanti processi di privatizzazione.

In secondo luogo, vennero adottate misure per la riduzione del debito pubblico attraverso le dismissioni, oltre che regole per l'accelerazione delle procedure di dismissione.

Ed ancora fu portato avanti il disegno di riorganizzazione delle imprese pubbliche, già avviato in precedenza, e venne snellito l'apparato pubblico di comando del sistema; Infine, vennero poste le basi di una disciplina di tipo regolativa dei servizi pubblici.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> S. Cassese, *op. ult. cit*, pag. 161..

Nell'arco temporale in esame il primo importante caso di privatizzazione riguardò la Sme, finanziaria alimentare del gruppo Iri.

Il patrimonio di questa finanziaria venne, dapprima, scisso in tre distinte società la Sme s.p.a., la Finanziaria Itlagel s.p.a. e la Finanziaria Cirio Bertolli De Rica.

Successivamente, l'Iri trasferì ai privati la finanziaria Italgel<sup>40</sup> e la finanziaria Cirio Bertolli De Rica<sup>41</sup>, mentre l'effettiva dismissione della Sme s.p.a. ebbe un iter più complesso, concludendosi solo dopo diversi anni.<sup>42</sup>

Tra la fine del 1993 e i primi mesi del 1994, vennero, poi privatizzati tre enti creditizi, il Credito italiano, la Banca commerciale italiana e l'Istituto mobiliare italiano-Imi, una azienda metalmeccanica, il Nuovo Pignone e l'Ina.

Le dismissioni degli enti creditizi indicati ebbero luogo tramite un'offerta pubblica di vendita<sup>43</sup> rivolta, in particolare, ai dipendenti ed alla clientela della banca, nonché agli investitori istituzionali ed esteri. Per la privatizzazione del Nuovo Pignone si seguì, invece, il metodo dell'incanto, per mezzo del quale tre gruppi industriali statunitensi acquisirono il 49% del pacchetto azionario e un diritto di opzione<sup>44</sup> sul pacchetto di azioni di titolarità di alcune banche, da esercitarsi entro il 1997.

A sua volta il collocamento sul mercato delle azioni dell'Ina venne preceduto dalla determinazione definitiva del patrimonio netto dell'Istituto e dalla

---

<sup>40</sup> Ceduta, poi, nell'agosto 1993 alla Nestlé.

<sup>41</sup> Ceduta all'Istituto finanziario per la Cooperazione-Fis.vi nell'ottobre del 1993.

<sup>42</sup> P.G. Jaeger, *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in "Giur. Comm.", I, 1992, pp. 989 ss.

<sup>43</sup> Comunemente detta Opa.

<sup>44</sup> Tecnicamente questa forma di prelazione viene definita "call".

separazione delle funzioni pubbliche o di interesse pubblico, attribuite ad una società di nuova costituzione<sup>45</sup>, dall'attività di impresa assicurativa che restò nell'attribuzione dell'Ina e che formò successivamente oggetto delle operazioni di dismissione.

Il Governo Ciampi dal canto suo, approntò un calendario delle ulteriori e più importanti operazioni di privatizzazione prevedendo entro la fine del 1994 il collocamento sul mercato delle azioni dell'Enel, e tra la fine dello stesso anno e l'inizio del 1995 quello delle azioni della Stet e dell'Agip.<sup>46</sup>

Nell'arco temporale oggetto di indagine i processi di privatizzazione realizzati conseguirono notevoli risultati, sia sul piano finanziario, che su quello della diffusione delle azioni sul mercato.

In particolare, occorre sottolineare che, il provento lordo delle quattro principali privatizzazioni (Credito Italiano, Imi, Banca commerciale italiana e Ina) fu quantificato in circa 12.000 miliardi di lire; nello stesso periodo, inoltre, l'Eni concluse altre ventisette operazioni di dismissione di partecipazioni azionarie, complessi aziendali e beni immobili, per un importo di 883 miliardi. Per quanto concerne poi, la diffusione sul mercato delle azioni delle società in questione, la privatizzazione del Credito italiano diede luogo alla partecipazione di 190.000 nuovi azionisti, tra i quali 200 investitori istituzionali, i nuovi azionisti della

---

<sup>45</sup> La C.o.n.s.a.p. - Concessionaria servizi assicurativi pubblici s.p.a.

<sup>46</sup> Per un panorama di insieme si veda Mediocredito Centrale, *Il mercato dell'energia elettrica verso la liberalizzazione*, Roma, 1998.

Banca commerciale si attestarono sulle 280.000 unità, e quelli dell'Imi sulle 335.000 (tra i quali 2.000 investitori istituzionali).<sup>47</sup>

In questo periodo, inoltre, vennero adottate misure per consentire l'utilizzazione dei proventi delle dismissioni al fine della riduzione del debito pubblico. A tale scopo, la legge n. 432/1993 istituì il Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato, sul quale affluirono, tra l'altro, i proventi derivanti dall'alienazione delle partecipazioni dirette dello Stato.

Con decreto del Ministro del Tesoro del novembre del 1993, venne, quindi istituito nello stato di previsione dell'entrata per l'anno finanziario 1993 un apposito capitolo (denominato "Versamenti relativi al controvalore dei titoli di Stato, ai proventi delle dismissioni di cui al comma 1 dell'art. 1 della legge n. 432/1993, nonché ad entrate straordinarie dello Stato nei limiti stabiliti dalla legge, da destinare al Fondo per l'ammortamento dei titoli di Stato") restituito successivamente nello stato di previsione dell'entrata per l'anno finanziario 1994, con una previsione di competenza e di cassa di 1.593,1 miliardi di lire.<sup>48</sup>

Un terzo elemento caratteristico di questa fase fu rappresentato dalla disciplina delle procedure per la cessione delle azioni in mano pubblica.

Per la realizzazione delle operazioni di privatizzazione, il Governo si avvale di un comitato permanente di consulenza globale e di garanzia, istituito dal Presidente del Consiglio nel giugno del 1993. Il Comitato era presieduto dal direttore generale del Tesoro ed era composto da quattro esperti di riconosciuta

---

<sup>47</sup> N. Acocella, *La privatizzazione in Italia*, in "Economia. Pubblica.", 1989, p. 615.

<sup>48</sup> P.G. Marchetti, *Le privatizzazioni in Italia*, in "Rivista delle società", 1994, p.186.

indipendenza e di notoria esperienza nei mercati nazionali ed internazionali; ad esso erano assegnati, essenzialmente, il compito di assicurare alle autorità preposte alla attuazione del programma di privatizzazione un'assistenza tecnica avente carattere di unitarietà per le varie operazioni del programma e per tutto il periodo necessario alla loro realizzazione, oltre che comunque quello di garantire la trasparenza e la congruità delle procedure poste in essere dal Governo.

Tra le competenze tecniche, inoltre, al comitato di predisporre un calendario delle operazioni, indicare i criteri da seguire nelle procedure di dismissione, nominare, per ciascuna impresa da privatizzare, i consulenti e i coordinatori delle operazioni di collocamento.<sup>49</sup>

Ed ancora, è proprio in questa fase, che viene data una spinta decisiva all'accelerazione delle procedure di dismissione anche da un punto di vista legislativo con l'adozione di tre provvedimenti normativi di assoluto rilievo.

Il primo (adottato al quinto tentativo con d.l. n. 332/1994, convertito in legge n. 474/1994) eliminò, dalle materie oggetto delle leggi sulla contabilità dello Stato, le procedure di alienazioni di azioni in mano pubblica.

Con l'intervento de quo, il legislatore stabilì che, di norma, la cessione di azioni dovesse avvenire tramite un'offerta pubblica di vendita, prevedendo, come mera alternativa l'ipotesi che essa si realizzasse ricorrendo alla trattativa diretta, o in ipotesi assolutamente residuale, ricorrendo congiuntamente ad entrambe le due procedure. Infine, la medesima legge n. 474/1994, predispose gli strumenti per la

---

<sup>49</sup> P.G. Marchetti, *op. ult. cit.*, pag. 188.

promozione dell'azionario diffuso, stabilendo che, nelle società operanti nel settore della difesa, dei servizi pubblici, del credito e delle assicurazioni, potessero essere fissati, con apposita previsione statutaria, limiti massimi al possesso azionario di ciascun socio. In questo stesso tipo di società fu garantito la rappresentanza degli azionisti di minoranza degli organi sociali e si accordò al singolo socio la facoltà di esercitare per corrispondenza il diritto di voto in assemblea.<sup>50</sup>

Un secondo provvedimento (il d.l. n. 301/1994, convertito in legge n. 403/1994) regolò la procedura di dismissione delle azioni dell'Ina, ribadendo per essa quanto disposto in via generale circa la sottrazione alle regole della contabilità dello Stato e il ricorso all'offerta pubblica di vendita.

Infine, un provvedimento del novembre del 1993 (l. n. 442/1993), introdusse, per le operazioni di fusione e di scissione delle società controllate dallo Stato, una disciplina derogatoria rispetto a quella dettata dal codice civile: in primo luogo, l'eventuale opposizione dei creditori non avrebbe più ostacolata l'attuazione delle operazioni di scissione delle società controllate dallo Stato; in secondo luogo, relativamente alle medesime società, venne dimezzato il termine previsto dal codice civile per l'attuazione dell'operazione dopo la iscrizione della deliberazione societaria.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Per un esame approfondito della norma in commento si veda fra gli altri G. Giorgetti, *Imprenditorialità e regolazione: le politiche di privatizzazione nei mercati locali*, in "Economia e diritto del terziario" n. 2, 1996.

<sup>51</sup> Per un commento a tali modifiche si rinvia a P. Schlesinger, *La legge sulle privatizzazione degli enti pubblici economici*, in "Riv. Soc.", 1992.

In questo periodo fu, poi, portato avanti il disegno di riorganizzazione delle imprese pubbliche avviato in precedenza; ed infatti, nel 1993 venne trasformato in società per azioni anche l'ultimo degli enti di gestione, l'Eagc.

Proseguì, inoltre, l'opera di semplificazione dell'assetto di comando pubblico del sistema e, dopo la soppressione del Ministero delle partecipazioni statali, venne soppresso<sup>52</sup> anche il Cipi, titolare in precedenza, tra l'altro, del potere di approvazione dei programmi degli enti di gestione.

Infine, aspetto che interessa particolarmente il presente lavoro, è in questa fase che furono gettate le basi per una disciplina regolativa dei servizi pubblici, laddove la legge n. 537/1993 delegò il Governo ad istituire entro nove mesi appositi organismi indipendenti per la regolazione dei servizi di rilevante interesse pubblico. In rapida conseguenza, la citata legge n. 474/1994 subordinò alla creazione di organismi indipendenti per la regolarizzazione delle tariffe e il controllo della qualità dei servizi di interesse pubblico la stessa dismissione delle società operanti nel settore.

Ma una analisi obiettiva del biennio 1993-1994 non può non portarci a sottolineare come, tuttavia, accanto ai segnalati fattori di accelerazione, si manifestarono alcuni rilevanti fattori di rallentamento del fenomeno di privatizzazione.

In primo luogo, il Governo Berlusconi, in contraddizione con i propositi inizialmente manifestati dallo stesso Presidente del Consiglio nelle dichiarazioni

---

<sup>52</sup> Con la legge n. 537/1993.

programmatiche, e dopo aver provveduto con sollecitudine alla dismissione dell'Ina (giugno 1994), rallentò l'esecuzione delle altre importanti operazioni di privatizzazione in programma (Enel, Agip e Stet).

D'altro canto, gli ampi poteri di ingerenza riservati allo Stato nelle società operanti nei settori della difesa e dei servizi pubblici<sup>53</sup> suscitarono una reazione negativa dei privati al momento in cui furono collocati sul mercato i titoli di queste società.

In secondo luogo, il proposito di attuare una disciplina regolativa nel campo dei servizi pubblici venne contraddetto, da un lato, dal disegno di legge governativo del luglio 1994, con il quale, tra l'altro si differirono al 31 ottobre 1995 i termini di esercizio di delega, conferita al Governo dalla legge n. 537/1993, per la costituzione delle autorità di regolazione dei servizi; dall'altro, dallo schema di decreto legislativo concernente l'istituzione dell'autorità per i servizi energetici (settembre 1994), quanto meno nella parte che conferiva alla istituendo autorità una limitata indipendenza rispetto al Governo.<sup>54</sup>

In terzo luogo nell'ambito dei provvedimenti di privatizzazione formale, la progettata trasformazione dell'Amministrazione delle poste in società per azioni venne differita alla fine del 1996: nell'immediato venne costituito l'Ente Poste italiano, ente pubblico economico soggetto alla vigilanza del Ministro delle poste e delle telecomunicazioni.<sup>55</sup> La ragione della gradualità del passaggio fu

---

<sup>53</sup> Poteri statuiti dalle norme della legge n. 474/1994.

<sup>54</sup> Per un approfondimento sul tema dell'*autorihy* in argomento si rinvia a Enea, *conferenza nazionale energia e ambiente – Atti del convegno*, Roma, 1998.

<sup>55</sup> L'Ente Poste Italiano venne istituito con d.l. n. 487/1994 convertito in legge n. 71/1994.

individuata nella grave situazione patrimoniale in cui versava l'Amministrazione delle poste al momento della trasformazione, che avrebbe reso impossibile a breve termine il rispetto dell'ordinamento societario.

Infine, alcune disposizioni della stessa legge n. 474/1994, in contraddizione con la tendenza alla semplificazione dell'apparato di comando del sistema delle società a partecipazione statale e, più in generale, con le linee direttive di riforma dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione contenute nella legge n. 537/1993, configurarono procedimenti assai complessi per l'adozione delle decisioni relative alle procedure di dismissione, alla scelta dell'acquirente, al contenuto ed all'ambito di applicazione dei poteri speciali, di cui si è detto.

In tal senso un esempio significativo era costituito proprio dal procedimento per la determinazione dei poteri speciali regolati dall'art. 2 della legge. Esso, infatti, comprendeva tre diverse fasi.

La prima diretta alla individuazione delle società nei cui statuti si sarebbe dovuto introdurre la relativa clausola, prevedeva la proposta del Ministro del tesoro, l'acquisizione dell'intesa dei Ministeri del Bilancio e dell'Industria e di tutti gli altri dicasteri competenti per settore, la comunicazione del testo alle commissioni parlamentari e, infine, il decreto del Presidente del consiglio.

Successivamente, il Ministro del tesoro, di intesa con i Ministri del Bilancio e dell'Industria, aveva il compito di determinare il contenuto della clausola attributiva dei suddetti poteri speciali.

Ed ancora, la modifica statutaria veniva disposta con deliberazione dell'assemblea straordinaria della società stessa.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> Cfr. A. Garlatti, *L'impresa pubblica e il controllo del gruppo locale*, Egea S.p.a., Milano, 1994, pp. 122 ess.

## **CAPITOLO SECONDO**

*Il servizio pubblico locale e il principio di  
concorrenza nel diritto comunitario*

**§ 1. Il ritiro dello Stato dal settore “servizi pubblici”: il servizio pubblico locale.**

La tematica dei servizi pubblici locali ha costituito da sempre oggetto di impegnati dibattiti dottrinali e legislativi in quanto su tale terreno si incrociano, spesso scontrandosi, interessi eterogenei e contrapposti: esigenze di governo pubblico del mercato e di sviluppo dell’iniziativa privata, istanze sociali ed economicità della gestione.

In tale contesto la stessa definizione di servizio pubblico, appare, come detto, “tra quelle più tormentate”<sup>1</sup> rappresentando una variabile socioeconomica più che un assioma indiscusso.

Le prime teorie del diritto amministrativo<sup>2</sup> distinguevano tra “funzione” e “servizio” di un pubblico potere, intendendosi per funzione l’attività giuridica autoritativa posta in essere nell’esercizio di una potestà giuridica e, per servizio, il risultato dell’ingerenza dello Stato in settori a prevalente carattere economico e produttivo, senza estrinsecazione di un potere sovrano.<sup>3</sup>

Oggi tale distinzione può ritenersi superata e ricercare l’essenza del pubblico servizio significa porre un problema di carattere storico e istituzionale oltre che giuridico.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> M.S.Giannini, *Il pubblico potere*, Il Mulino, Bologna, 1986, pag. 69.

<sup>2</sup> Si veda *infra cap. 1, parr. 1-2*.

<sup>3</sup> Sull’elaborazione della nozione di pubblico servizio si vedano tra gli altri U. Pototshing, *I servizi pubblici*, Cedam, Padova, 1964, R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Giuffrè, Milano, 1956; F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1976; S. Cattaneo, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990.

<sup>4</sup> A. Pioggia, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, pagg. 175 e ss.

Infatti, come è stato giustamente evidenziato, la questione investe, da un lato, le motivazioni dell'intervento pubblico nell'economia e, dall'altro, le trasformazioni dello Stato e dell'Amministrazione nei rapporti con la società civile.<sup>5</sup> In un contesto in cui si assiste ad un "ritiro dello Stato dal settore dei servizi pubblici"<sup>6</sup>, con vicende non sempre conformi al modello recepito dalla nostra Costituzione che ha accolto un sistema di economia misto, diventa, pertanto, opportuna una riflessione che affronti la trasformazione del significato di servizio pubblico e il nuovo rapporto tra questo ultimo e l'ente locale anche alla luce del processo di privatizzazione della pubblica amministrazione.<sup>7</sup>

Sul piano più strettamente giuridico, poi, la necessità di una riflessione sulla tematica si impone sia per l'incertezza che pesa sulla nozione, utilizzata in modo nuovo e non sempre univoco dal legislatore più recente sia per i riflessi che il diritto comunitario ed il principio di sussidiarietà producono sui concetti tradizionali.

D'altro canto, l'individuazione dei confini del pubblico servizio costituisce un problema di indubbio interesse ed attualità per gli enti locali, che sono chiamati a

---

<sup>5</sup> A. Pajno, *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 1995, pag. 554. Parla di giudizio di valore G. Rossi, *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in *AA.VV.*, *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 223.

<sup>6</sup> G. Corso, *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in *AA.VV.*, *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1997, pagg. 24 e ss.

<sup>7</sup> S. Cassese, *Le privatizzazioni in Italia*, in "Stato e mercato", 1996, pag. 323; si veda in merito anche, G. Amorelli, *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità economica europea*, Cedam, Padova, 1992.

svolgere un ruolo di primo piano proprio nell'individuazione e nell'assunzione del servizio pubblico.<sup>8</sup>

Nell'ambito delle numerose e complesse tematiche che l'argomento offre, queste brevi notazioni, lungi dal ripercorrere le teorie che si sono succedute nel tempo in ordine al significato da attribuire all'espressione servizio pubblico, si propongono di fornire un back-ground conoscitivo utile allo svolgimento dei compiti e delle funzioni che spettano agli enti locali in tale materia, anche in considerazione del fatto che, nell'attuale quadro normativo, proprio a questi ultimi compete la concreta individuazione delle attività che costituiscono pubblico servizio.

Tale profilo, inoltre, risulta confermato ed anzi valorizzato, come vedremo, proprio alla luce del principio di sussidiarietà e del diritto comunitario che impongono di rivedere le concezioni tradizionali al fine di procedere ad una trattazione congiunta che leghi definizione astratta e individuazione concreta del servizio.

---

<sup>8</sup> Per una attenta e completa disamina della tematica si vedano gli atti del XXXXI convegno di Varenna del 1995 ed in particolare la relazione introduttiva di G. Pastori, *Servizi pubblici e nuove forme di amministrazione*, G. Corso, *La gestione dei servizi pubblici locali tra pubblico e privato*, M. Cammelli, *Le società per azioni a partecipazione pubblica locale*, Giuffrè, Milano, 1996.

## ***§ 2. Il servizio pubblico locale prima della legge di riforma delle autonomie locali.***

Poiché manca, come detto, una definizione legislativa generale di servizio pubblico che valga per l'intero ordinamento giuridico, ed in particolare per il diritto amministrativo, la nozione in questione è stata essenzialmente il frutto dell'opera interpretativa di dottrina e giurisprudenza che hanno elaborato concezioni teoriche differenziate in relazione al quadro normativo e istituzionale di riferimento.

Storicamente, la nozione di servizio pubblico diventa un problema di carattere giuridico con l'inizio di questo secolo, in corrispondenza dei processi di nazionalizzazione e municipalizzazione di attività che fino a quel momento erano state svolte dai soggetti privati in forma di impresa.

Il fenomeno della municipalizzazione, intesa come esigenza ed espressione dello Stato moderno di intervenire nella sfera dell'impresa privata, stante la necessità di soddisfare attraverso i pubblici servizi i bisogni collettivi, affonda le sue radici nel cd. socialismo municipale e si afferma come manifestazione dell'autonomia comunale che vuole gestiti, i servizi pubblici di maggior rilievo economico sociale, attraverso attività di natura economica, ma sottratte all'economia di mercato.<sup>9</sup>

In adesione a tale orientamento, dopo un travagliato iter legislativo, fu emanata la legge 29 marzo 1903, n. 103 (cd. legge Giolitti) istitutiva delle aziende

---

<sup>9</sup> L. Castellani, *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in *Rivista Anci*, 1996, pagg. 25 e ss.

municipalizzate: è questo il primo provvedimento legislativo di carattere generale in materia di servizi pubblici locali, le cui norme furono integrate con le disposizioni contenute nel regolamento approvato con R.D. n. 108 del 10.03.1904. Detta normativa nacque sotto il segno dell'ambiguità; ed infatti, nelle sue somme linee fu animata soprattutto dalla propaganda ideologica del partito socialista, che ravvisava nelle municipalizzazioni il primo avvio delle collettivizzazioni, ma ben presto trovò un alleato nell'ala più aperta dei liberali, che non erano favorevoli ai monopoli esercitati di fatto nei singoli Comuni dalle imprese private assuntrici di servizi di generale necessità, ritenendo preferibile che, questi ultimi, fossero in mano ai pubblici poteri.<sup>10</sup>

Come è stato giustamente osservato<sup>11</sup>, sarebbe peraltro vano cercare, nella legge del 1903, un criterio ispiratore, dal momento che essa fu commentata come legge socialista dagli uni e, come legge che aveva imbrigliato la spinta socialista dagli altri, ma contenendo, in realtà, ambedue le posizioni un profilo di verità.

La legge del 1903, sottoposta ad una speciale riforma attuata con il R.D. n. 253, del 04.02.1923, sfociò nel Testo Unico n. 2578 del 15 ottobre 1925 che conteneva l'elencazione dei servizi pubblici riuniti in ben 19 categorie (cui non fece seguito il regolamento di esecuzione fino al 1986, quando venne emanato il D.P.R. n. 902, del 04.10.1986) la cui elencazione fu ritenuta meramente esemplificativa e non tassativa, sia in dottrina che in giurisprudenza.

---

<sup>10</sup> G. Bozzi, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in Enc. Dir., XXVIII, Milano, 1977, pagg. 25 e ss.

<sup>11</sup> M.S.Giannini, *op. ult. cit.*, pag. 112.

Da queste norme emergeva l'idea del servizio come attività esercitata direttamente dal soggetto pubblico territorialmente localizzato, in virtù di uno specifico atto di assunzione secondo modalità indicate dalla legge: servizio che veniva gestito essenzialmente nelle forme dirette dell'azienda speciale e della gestione in economia, o anche, attraverso la forma della concessione.

Per alcuni specifici servizi (trasporti urbani, trasporti funebri, mattatoi) veniva, poi, riconosciuto uno specifico diritto di privativa, intesa come la specifica possibilità per il Comune di escludere le imprese private dalla gestione di tali servizi (ciò nel senso che la gestione dei servizi da parte dei privati sarebbe potuta avvenire soltanto previa apposita "concessione" dell'Amministrazione interessata).

In questo periodo, caratterizzato dall'assunzione da parte degli enti locali della gestione di determinate attività (cui si è affiancata l'esperienza dei servizi pubblici di carattere nazionale assunti dallo Stato) il problema della nozione di servizio pubblico locale, così come il concetto stesso di "servizio pubblico",<sup>12</sup> ha trovato una adeguata soluzione nella *concezione soggettiva*.

Le elaborazioni teoriche hanno, infatti, focalizzato l'attenzione sull'aspetto soggettivo dell'imputazione del servizio all'amministrazione locale, ritenendo elemento qualificante della nozione l'assunzione e la gestione, da parte di un

---

<sup>12</sup> In merito si veda diffusamente *infra cap. 1*.

pubblico potere, di una determinata attività produttiva (servizio pubblico in senso soggettivo).<sup>13</sup>

Tale impostazione, che individua il servizio pubblico come categoria essenzialmente descrittiva di una realtà contingente, ha subito prestato il fianco a numerose critiche.

Infatti, come già accennato nella prima parte del lavoro, a contraddire la nozione soggettiva ci sono, da un lato, le attività di impresa che l'amministrazione pone in essere nei settori più vari, ma che spesso non hanno alcuna connessione con le finalità proprie dei pubblici servizi, e, dall'altro, le attività che hanno caratteristiche materiali perfettamente simili ai servizi pubblici, ma che sono gestite dai privati e non da un'amministrazione. E' emersa, dunque sempre più, anche per il servizio pubblico localizzato, una definizione oggettiva che comprendesse le attività economiche in senso lato, caratterizzate dalla soggezione ad un particolare regime per la rilevanza sociale degli interessi perseguiti, prescindendo dall'imputazione soggettiva ai pubblici poteri.

All'impostazione originaria si è venuta, quindi, a contrapporre una ricostruzione oggettiva della nozione di pubblico servizio locale con l'intento di qualificare un'attività in base alla sua rispondenza alla pubblica utilità ed al pubblico interesse, a prescindere dal soggetto al quale è istituzionalmente collegata.

---

<sup>13</sup> In questa fase per servizio pubblico localizzato si intendeva pertanto l'esercizio da parte di un soggetto pubblico, in modo diretto o attraverso specifiche articolazioni quali le aziende autonome o ancora mediante affidamento in concessione, di un'attività imprenditoriale offerta in modo indifferenziata al pubblico.

In tal senso sembra potersi individuare nel pubblico servizio l'attività che si riferisce ai fini assunti in prima battuta dalla Stato e, successivamente, dagli enti locali territoriali, in quanto rispondenti a esigenze di pubblica utilità (servizio pubblico in senso oggettivo).

Pertanto, sia a livello statale, che a livello locale, ciò che rileva è l'attività e la sua attitudine a soddisfare un interesse di carattere generale, indipendentemente dalla natura pubblica o meno del soggetto titolare della medesima attività.

Tale impostazione, che ha trovato conferma nella giurisprudenza della Corte di Cassazione<sup>14</sup>, pare essere stata accolta anche dal moderno legislatore che, in sede penale ha qualificato come incaricato di un pubblico servizio anche il soggetto estraneo all'amministrazione (ad esempio il concessionario) e, in particolare, nella legge di riforma delle autonomie locali ha definito servizio pubblico locale *“la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”*.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Cass. Sez. V, 6 giugno 1991, Cass. Sez. Un. 24 luglio 1989.

<sup>15</sup> Tale definizione è fornita direttamente dalla legge n. 267/2000 (Testo Unico sulle Autonomie Locali).

### **§ 3. Il servizio pubblico nell'ordinamento degli Enti Locali.**

Come accennato, la concezione oggettiva del pubblico servizio è da tempo prevalsa nel dibattito dottrinario e giurisprudenziale, tanto è vero che, il Consiglio di Stato, anche di recente, ha statuito che la sua nozione non può essere fornita in astratto, in relazione al tipo di attività cui esso si riferisce ed a prescindere da un contesto normativo qualificante, ma deve ritenersi sufficiente *“l'elemento teleologico della sua capacità di rispondere ad una utilità generale e collettiva”*<sup>16</sup>.

In linea con questa ricostruzione, l'art. 22 della legge 8 giugno 1990 n. 142, recepito dall'art. 112 della legge n. 267/2000 (Testo Unico sulle Autonomie Locali), ha ribadito che *“gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni e attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo delle comunità locali”*.

In tal modo viene evidenziata la stretta connessione tra quello che è stato definito il “Comune economico” e cioè l'insieme delle organizzazioni, dei servizi e comunque delle attività imprenditoriali degli enti locali con il “Comune amministrativo o politico” e cioè l'insieme delle funzioni amministrative ordinariamente esercitate.<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Consiglio di Stato, Sez. V, 3 aprile 1990, n. 319.

<sup>17</sup> In tal senso si veda C. Pinelli, *Privatizzazione dei servizi pubblici locali in Italia e in Francia*, in *Mercati, amministrazione e autonomie territoriali*, Torino, 1999, pag. 141.

Viene così definitivamente superata la concezione secondo cui erano da ritenersi pubblici solo quei servizi locali che erano correlati ad attività economiche, sì che nell'ottica della normativa citata assumono dignità e rilievo anche un insieme di servizi che vanno rapportati alle nuove esigenze espresse dalle collettività locali.

Rispetto al testo unico del 1925 numerosi sono gli aspetti di differenziazione e novità.<sup>18</sup>

Anzitutto viene superata la vecchia logica dell'elencazione delle attività municipalizzabili, in quanto la normativa sulle autonomie locali descrive in termini generali il contenuto dell'attività che può essere considerata come servizio pubblico.

Inoltre viene ampliata la categoria dei servizi pubblici fino a ricomprendervi anche quelle attività tese a realizzare fini sociali o a promuovere lo sviluppo civile, che invece fino agli anni novanta si ritenevano estranee alla nozione di servizio pubblico. In altri termini la normativa richiamata consente di ricondurre alla nozione di servizio pubblico attività non soltanto imprenditoriali, ma che abbracciano tutti i campi in cui può anche solo potenzialmente estrinsecarsi l'attività della pubblica amministrazione.

In proposito, è stato osservato che la legge sulle autonomie, accanto alla dilatazione della nozione di pubblico servizio, "ha eliminato la marcata distinzione tra questo e la pubblica funzione, rilevando invece una sorta di compenetrazione tra i due istituti": sotto il nome di servizi pubblici la legge

---

<sup>18</sup> Cfr. in tal senso L. Castellani, *op. ult. cit.*, pag. 39 e ss.

definisce infatti anche ciò che in realtà costituisce funzione amministrativa, in modo tale che le funzioni, inglobando l'intero arco dell'attività amministrativa nei diversi settori, possano tradursi in servizi pubblici, in un rapporto di *genus a species*<sup>19</sup>.

Un'ulteriore novità della legge del 1990 rispetto al precedente testo unico è costituita dall'enfasi assegnata al momento organizzativo, al punto che potrebbe sostenersi che è servizio pubblico esclusivamente quello gestito secondo le forme previste dalla legge, ed in particolare: 1) in economia, 2) in concessione a terzi, 3) a mezzo di azienda speciale, 4) a mezzo di istituzione, 5) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, 6) a mezzo di società per azioni a partecipazione minoritaria<sup>20</sup>.

Tali moduli non sono solo tassativi, ma sono tra loro, anche, reciprocamente alternativi, per cui l'Ente, ed in particolare il Consiglio Comunale, cui spetta la competenza in materia, dovrà scegliere la formula di gestione ritenuta più adeguata allo svolgimento del servizio non potendo poi la scelta essere contraddetta nel corso degli eventi successivi<sup>21</sup>, salva la possibilità di trasformazione della gestione consentita dal legislatore medesimo.

---

<sup>19</sup> U. Pototshing, *I servizi pubblici*, op. cit., pag. 113.

<sup>20</sup> Sulle forme di gestione dei servizi pubblici esiste copiosa dottrina. Tra i molti scritti si vedano G. Caia, *La municipalizzazione dei servizi pubblici locali*, op. cit.; M. Cammelli, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, n. 3, 1992; G. Rossi, *I servizi pubblici locali. Tipologie delle formule organizzative e analisi delle problematiche*, op. cit.; A. Cannada, P. Bartoli, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 1996, 483.

<sup>21</sup> Ad esempio se un Comune ha deciso di gestire un servizio pubblico tramite azienda speciale sarà a questo inibito spendere la sua capacità di diritto privato per contravvenire a siffatta scelta. In caso contrario, infatti, si violerebbe la volontà espressa dall'unico organo legittimato alla scelta.

Già da tali brevi cenni emerge con chiarezza l'importanza del rapporto che intercorre tra l'individuazione del servizio e la sua organizzazione, tanto è vero che secondo taluni si è in presenza di un pubblico servizio locale ogni qualvolta le attività economiche assunte siano la necessaria risultanza di un procedimento normativamente disciplinato, avente per finalità di garantire i cittadini attraverso modalità di organizzazione e di gestione tipizzate, volte a perseguire un interesse pubblico che non può essere garantito dall'impresa privata.

Dalla ricostruzione normativa effettuata discendono alcune importanti conseguenze sul versante della nozione di servizio pubblico locale: a) dal punto di vista oggettivo, ciò che caratterizza il servizio non è il solo carattere imprenditoriale della gestione, ma anche il soddisfacimento di bisogni di carattere sociale, senza rilevanza imprenditoriale, ritenuti dalla collettività meritevoli di tutela; ne consegue che il concetto in esame è per sua natura relativo e modificabile a seconda dei singoli contesti e del livello di maturità delle comunità locali<sup>22</sup>; b) poiché sussiste uno stretto collegamento tra il concetto di servizio pubblico e le competenze assegnate a Comuni e Province, per individuare le attività che possono rientrare in tale categoria, occorre rifarsi alla individuazione delle funzioni e dei compiti attribuiti agli enti locali, nel quadro del principio di sussidiarietà.

---

<sup>22</sup> L. Castellani, *op. ult. cit.*, pag. 58.

#### ***§ 4. Riforme amministrative, principio di sussidiarietà e ruolo degli enti locali nella definizione del servizio pubblico.***

Dal combinato disposto degli artt. 3, 4, 13 e 112 del testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali è lecito concludere che il legislatore, conscio dell'impossibilità di potere elencare le innumerevoli attività che l'ente locale è chiamato a svolgere, ha individuato solo i precipui, ma non esclusivi, settori organici di intervento<sup>23</sup>, riconoscendo al Comune la possibilità di assumere altre funzioni.

Infatti, ai sensi dell'art. 3 comma 5 del testo unico citato *“i Comuni e le Province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà”*, e più specificatamente, ai sensi dell'art. 13 comma 1, spettano al Comune tutte le *“funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, assetto e utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze”*.

In altri termini, nel quadro autonomistico delineato dalla costituzione e recepito dalla legge, emerge chiaramente che il Comune esercita le funzioni che lo stesso qualifica di interesse locale, salvo che per espressa previsione legislativa non rientrino nella competenza di altri soggetti.

---

<sup>23</sup> Servizi sociali, assetto ed utilizzazione del territorio, sviluppo economico.

Tale principio risulta ribadito dall'art. 4 della legge Bassanini I<sup>24</sup>, in base al quale, il conferimento di compiti e funzioni agli enti locali deve avvenire nel rispetto del principio di sussidiarietà, secondo cui restano attribuite ai Comuni la generalità dei compiti e delle funzioni amministrative, con esclusione delle sole funzioni incompatibili con le dimensioni dell'ente e, quindi, da conferire (solo in tal caso) al livello superiore (cd. sussidiarietà verticale).

Si può dunque concludere che nei settori organici individuati (servizi sociali, assetto e utilizzazione del territorio, sviluppo economico) al Comune è attribuita una competenza amministrativa generale e residuale nel senso che tutto ciò che la legge non assegna ad altri soggetti è funzione esclusiva del Comune che rappresenta l'istituzione più vicina al cittadino, mentre in altri settori non individuati, l'ente locale conserva un potere di autoassunzione che trova i propri limiti, nella popolazione, nel territorio e nell'adeguato svolgimento a livello comunale.

Tale scelta è conforme all'art. 4 della Carta Europea dell'autonomia locale, secondo il quale *“l'esercizio delle responsabilità pubbliche deve, in linea di massima, incombere sulle autorità più vicine ai cittadini”*. E' di tutta evidenza che l'esigenza di attivare la competenza di livello istituzionale più vicino al cittadino si coniuga necessariamente con una valutazione di efficienza e con una

---

<sup>24</sup> Viene, normalmente, individuata così la legge n. 59/1997.

valutazione di compatibilità delle funzioni affidate con le dimensioni territoriali ed organizzative dell'Ente.<sup>25</sup>

La medesima impostazione si rinviene a livello comunitario, ove l'art. 3B del trattato di Maastricht dispone che *“nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono, dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario”*.

L'applicazione del principio di sussidiarietà verticale comporta necessariamente degli effetti anche sulla definizione ed assunzione del servizio pubblico locale.

Alla luce di tale principio, infatti, non è percorribile la scelta per cui il legislatore individua, attraverso la loro enumerazione, le singole categorie di attività che possono costituire servizi pubblici, piuttosto, compete alla legislazione nazionale fornire una generale indicazione della nozione di servizio pubblico<sup>26</sup>, mentre

---

<sup>25</sup> F. Roversi Monaco (a cura di) *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 1997; F. Merloni, *Privatizzazioni e sussidiarietà: quale amministrazione locale?* Ivi, pag. 235.

<sup>26</sup> Un chiaro contributo normativo per una definizione aggiornata ed attuale di servizio pubblico è scaturita, dalla direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994 che ha dettato i principi sull'erogazione dei servizi pubblici. In riferimento a tale direttiva sono considerati servizi pubblici, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli tesi a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla salute, alla assistenza e previdenza sociale, alla istruzione e libertà di comunicazione, alla libertà e alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione, e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas. Successivamente con l. 11 luglio 1995 n. 273 all'art. 2, comma 1, sono stati individuati i seguenti servizi pubblici: sanità, assistenza, istruzione, comunicazioni e trasporti, energia elettrica, acqua e gas. Il D.P.C.M. 19 maggio 1995 ha così individuato i settori di servizi pubblici ai fini dell'emanazione degli schemi di riferimento delle Carte dei servizi pubblici. Sanità, Assistenza, Previdenza Sociale, Istruzione, Comunicazioni, Taspoti, e energia elettrica, acqua, gas. Successivamente il D.P.C.M. 2 dicembre 1997 ha individuato, come ulteriore settore, il Fisco.

spetta agli enti locali individuare, nell'ambito delle proprie competenze, i servizi da assumere per la cura e lo sviluppo della comunità locale.

L'attuale quadro normativo di riferimento presenta ulteriori novità utili a precisare la nozione di servizio pubblico e a giustificare l'assunzione e la gestione dell'attività da parte dell'ente locale.

Infatti, in base alla nuova formulazione dell'art. 3, comma 5, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, non solo "i Comuni e le Province sono titolari di funzioni proprie e conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà", ma "*...svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali*".

In altri termini, secondo una logica opposta a quella che sottende le origini della pubblica funzione e del pubblico servizio, nel sistema vigente gli obiettivi della pubblica amministrazione possono essere efficacemente perseguiti anche senza intervenire direttamente sul mercato, attraverso lo svolgimento di una azione regolatrice che renda l'esercizio dell'impresa privata compatibile con gli interessi della collettività.<sup>27</sup>

Ne consegue, dunque, che a fronte del normale esplicarsi delle regole di mercato, l'ente locale deve intervenire soltanto laddove l'autonomia privata non consenta di soddisfare "adeguatamente" gli interessi della collettività e gli obiettivi che l'amministrazione intende perseguire (cd. principio di sussidiarietà orizzontale).

---

<sup>27</sup> In merito si veda diffusamente B. Antonioli, R. Fazioli, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Il Sole 24-ore, Milano, 2002.

In tale nuova ottica, in cui pubblico e privato appaiono complementari, più che antagonisti, l'assunzione e la gestione di un servizio da parte dell'ente locale non può, pertanto, giustificarsi solo con il perseguimento di finalità di interesse generale, ma deve piuttosto trovare il suo fondamento in un giudizio di inadeguatezza del mercato e delle regole della libera concorrenza a fornire una determinata prestazione con le caratteristiche richieste dall'amministrazione.

Più precisamente, in questa prospettiva, l'ente locale dovrà provvedere a organizzare il servizio, solo nel caso in cui lo svolgimento dello stesso in regime di concorrenza non garantisca la regolarità, la continuità, l'accessibilità, l'economicità e la qualità dell'erogazione in condizioni di uguaglianza.<sup>28</sup>

Sotto il profilo più strettamente operativo, ciò significa che in fase di qualificazione e assunzione del servizio, l'ente locale non solo dovrà tener conto delle esigenze della collettività e dei pubblici interessi, ma dovrà altresì rilevare l'insufficienza o l'inefficienza di certi servizi erogati dai privati ovvero la necessità di garantire tariffe o finalità sociali che l'impresa non potrebbe assicurare, motivando le ragioni che giustificano la gestione dell'attività da parte dell'ente.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> R. Villata, *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 1999, pagg. 18 e ss.

<sup>29</sup> Sulla proporzionalità e sussidiarietà nella motivazione dell'assunzione del pubblico servizio da parte dell'ente locale, si veda A. Pioggia, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, op. cit., pag. 25.

**§ 5. Il servizio pubblico nel diritto comunitario: principio di concorrenza e interessi generali.**

Una moderna nozione di servizio pubblico locale deve oggi confrontarsi anche con i principi che si evincono in materia dal diritto comunitario: in primis perché l'ente locale, in quanto parte integrante dello Stato, è tenuto al rispetto degli obblighi comunitari (dei quali può essere ad esso direttamente contestata l'inadempienza) e, in secondo luogo, poiché in ambito comunitario trova spazio l'affermazione della libertà di concorrenza, che costituisce l'aspetto che maggiormente rischia di essere compromesso dall'assunzione di un pubblico servizio.<sup>30</sup>

In proposito due aspetti meritano di essere evidenziati: da un lato, la nozione di servizio affermata nel diritto comunitario, in parte diversa da quella degli Stati membri, e dall'altro i rapporti tra concorrenza e controllo pubblico.

Va anzitutto precisato che la regolamentazione comunitaria non conosce la figura del servizio pubblico o di interesse pubblico o comunque a rilevanza pubblica, ma quella del "servizio", ove con tale termine si intende una realtà concettualmente diversa da quella utilizzata dagli Stati membri.

Infatti, in base alla direttiva Cee n. 92/50 del 18 giugno 1992 i servizi sono intesi come attività a contenuto economico svolte dalla Pubblica Amministrazione e, più precisamente, ai sensi dell'art. 60 del trattato Cee *"sono considerate come servizi le prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione, in quanto non siano*

---

<sup>30</sup> D. Sorace, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Rivista Italiana Diritto Pubblico Comunitario*, 1992, pag. 357.

*regolate dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone*". La norma in esame si chiude poi statuendo che *"I servizi comprendono in particolare: attività di carattere industriale, attività di carattere commerciale, attività artigiane e le attività delle libere professioni"*.<sup>31</sup>

Se dunque con il termine "servizio", secondo la Unione Europea, può essere astrattamente definita "l'attività economica fornita in modo imprenditoriale nel settore dell'artigianato, del commercio, dell'industria, delle libere professioni, dietro il pagamento di una retribuzione che trae di norma fondamento in un negozio giuridico bilaterale redatto in forma scritta", ciò significa che le relative attività non sono soggette a formule organizzatorie tipizzate e possono essere prestate sia in concorrenza che in monopolio, sia da imprese private che, da imprese pubbliche.

Contrariamente all'opinione più diffusa, pertanto, il Trattato sembra mantenere una sorta di posizione neutrale in ordine al modello di organizzazione del servizio, fermi restando gli obiettivi della competitività del mercato e della qualità della vita dei cittadini che in ogni caso devono essere perseguiti.

Occorre poi evidenziare che il Trattato, pur non prevedendo specificatamente la figura del servizio pubblico, ammette che per specifiche finalità di interesse generale assegnate ai servizi, possono essere riconosciuti diritti e prerogative speciali, in grado di influenzare le condizioni di fornitura delle prestazioni da esse

---

<sup>31</sup> Per una esaustiva analisi del fenomeno delle privatizzazioni in una prospettiva comparatistica nell'ambito della Comunità Europea si veda, C. Pinelli, *Privatizzazione dei servizi pubblici locali in Italia e in Francia*, in "Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali", Torino, 1999 pag. 141 e ss.

offerte sul mercato (art. 90). L'elemento rilevante, che giustifica la deroga al regime concorrenziale risulta dunque la finalità del servizio, la cosiddetta *mission*<sup>32</sup>, consistente nel perseguimento di quegli obiettivi di interesse generale che negli Stati membri caratterizzano i servizi pubblici.

Rispetto a siffatte attività, che il trattato qualifica come “servizi di interesse economico generale”, l'azione dell'Unione appare sicuramente ispirata ad una progressiva, ma costante, opera di demolizione dei condizionamenti pubblicistici per favorire la più ampia concorrenza. In tale ottica si possono ricordare i principi di non discriminazione, di liberalizzazione, il divieto agli Stati membri di emanare o mantenere condizioni di privilegio nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui essi stessi riconoscono diritti speciali ed esclusivi<sup>33</sup>.

Non si tratta peraltro, di ostilità comunitaria a qualsiasi forma di limitazione del mercato; ed infatti, come è stato giustamente sottolineato, la tradizionale lettura dell'art. 90 del Trattato potrebbe essere rovesciata, potendosi trovare in esso non tanto, o meglio, non solo il divieto a qualsiasi limitazione della concorrenza, ma anche la legittimazione per un intervento pubblico alla luce del più generale principio di sussidiarietà: più precisamente l'azione pubblica deve intervenire con propri strumenti solamente laddove le regole della concorrenza e del mercato non

---

<sup>32</sup> Le missioni assegnate ai servizi di interesse generale e i diritti speciali che ne possono derivare, discendono da considerazioni di interesse generale, quali, segnatamente, la sicurezza dell'approvvigionamento, la tutela dell'ambiente, la solidarietà economica e sociale, la sistemazione generale del territorio, la promozione degli interessi dei consumatori (punto n. 7 della comunicazione).

<sup>33</sup> Art. 90 Trattato C.E. (attualmente U.E.).

sono sufficienti al perseguimento degli obiettivi di interesse generale che esso si propone.<sup>34</sup>

In altri termini l'Unione non nega il concetto di pubblico servizio negli stati membri, ma, come ha riconosciuto la Commissione, lo sviluppo dei servizi di interesse generale e il mantenimento di aree di attività economica in forma di pubblici servizi *“sono essenziali al progresso della competitività europea, della solidarietà sociale e della qualità della vita dei cittadini”*<sup>35</sup>.

Dal tenore di detta comunicazione emerge la convinzione che gli obiettivi perseguiti dagli Stati membri attraverso lo sviluppo e il mantenimento di aree di attività economica in forma di servizi pubblici sono al centro del modello europeo di società i cui valori non incontrano ostacoli nell'eterogeneità dei modelli di organizzazione dei servizi di interesse generale nei diversi paesi membri.

Le attività, pertanto, possono essere prestate in regime di concorrenza o di monopolio, sia da imprese private che pubbliche ed essere controllate da autorità nazionali, regionali, locali. In tale ottica la commissione non ha esitato ad ammettere che dalle specifiche finalità di interesse generale assegnate ai servizi possano derivare diritti e prerogative speciali, in grado di influenzare le condizioni di fornitura delle prestazioni da esse offerte sul mercato.<sup>36</sup>

La deroga al regime della concorrenza si giustifica tuttavia solamente per le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale e

---

<sup>34</sup> Per tale interpretazione cfr. A. Pioggia, *op. cit.*

<sup>35</sup> Comunicazione della Commissione del 11 settembre 1996, in G.U.C.E. , n. 281 del 26 settembre 1996. Per un'illustrazione dei contenuti si veda il commento di N. Rangone, in *Giornale di dir. Amm.*, 1997, n. 4, 386.

<sup>36</sup> A. Pioggia, *op. cit.*

quando tale deroga sia effettivamente indispensabile ad assicurare il funzionamento del servizio e le sue finalità: la cd. specifica missione.

In proposito è opportuno precisare che l'ordinamento comunitario assunse un atteggiamento di non ingerenza sui contenuti delle missioni affidate ai servizi, lasciando le amministrazioni pubbliche libere nella individuazione degli obiettivi da assicurare ai cittadini e quindi nella definizione del pubblico servizio.

Infine, si deve evidenziare che, in sede comunitaria è stata elaborata la figura del cd. *servizio universale* la cui definizione risulta ancora abbastanza controversa ma che appare identificabile in quelle prestazioni che devono essere rese a tutti, in qualsiasi parte del territorio e a prezzi abbordabili. Da ciò sembrerebbe, pertanto, emergere un concetto minimalista di servizio pubblico, una sorta di nocciolo duro dell'interesse generale che deve tener conto delle diverse realtà nazionali e che costituisce una sorta di limite di tolleranza alle deroghe alla concorrenza introdotte a garanzia di una specifica missione di pubblico servizio.

In definitiva il diritto comunitario non nega il concetto di servizio pubblico, ma lo supera, distinguendo una componente di base (servizio universale) che legittima eventuali deroghe al regime della concorrenza, e, una componente ulteriore (servizio o valore aggiunto) cui si applica la disciplina generale e quindi le regole di mercato.<sup>37</sup>

Peraltro, la stessa commissione ha espressamente ammesso che gli Stati membri restano comunque liberi di definire delle missioni di interesse generale

---

<sup>37</sup> Cfr. sul punto M. Boiteau, *Il concetto comunitario di servizio pubblico e i servizi pubblici locali*, in *Probl. Amm. Pubbl.*, 1997, 347.

supplementare rispetto al servizio universale, definendo in senso più esteso l'obiettivo che intendono perseguire e di conseguenza la loro nozione di pubblico servizio.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> A. Pioggia, *op. cit.* , pag. 76.

## **§ 6. Il superamento della contrapposizione pubblico-privato nella gestione dei servizi pubblici.**

Dal punto di vista dell'ordinamento interno, un rilevante punto di rottura con la superata concezione del servizio pubblico è, senz'altro, rappresentato *“dall'abbandono della previgente dicotomia tra riserva e mercato, e conseguentemente, dal superamento del dualismo gestione diretta e gestione indiretta come modalità di affidamento del servizio con il conseguente venire meno della contrapposizione tra pubblico e privato”*<sup>39</sup>.

Ed invero, nella nuova concezione il servizio pubblico non è più considerato una attività economica sottratta al regime di mercato e retta da una disciplina speciale fondata su di una riserva di legge. La normativa vigente <sup>40</sup>, è, infatti piuttosto chiara sul punto, laddove, abrogando la precedente disposizione dell'art. 22 della legge 142/1990, che affermava che *“i servizi riservati in via esclusiva ai Comuni e alle Province sono stabiliti dalla legge”*, precisa, esplicitamente, che i Comuni e le Province *“non provvedono più alla gestione”* ma *“disciplinano l'assunzione dei servizi pubblici”*. In proposito si è parlato di una sorta di delegittimazione di quelle attività in precedenza trasferite da monopolio legale a monopolio di fatto, con la inevitabile conseguenza che questo ultimo, debba essere (laddove possibile) intaccato e ridimensionato, in modo da far prevalere la concorrenza.

---

<sup>39</sup> G. Di Gaspare, *I servizi pubblici verso il mercato*, in Dir. Pubbl., 1999, n. 3, pag. 801.

<sup>40</sup> La legge n. 448/2001, cd. legge finanziaria dell'anno 2002 su cui si veda diffusamente *infra cap.* 3.

Il dissolversi della riserva comporta, inoltre, il superamento della distinzione tra gestione diretta e indiretta che si collocava al suo interno, determinando altresì il superamento del diritto speciale derogatorio rispetto alle regole della concorrenza. In tale prospettive sono venute meno alcune delle forme di gestione diretta dei servizi: le aziende speciali (anche di natura consortile) sono state, infatti, gradualmente trasformate in società di capitali o cooperative a responsabilità limitata, mentre la gestione in economia è, attualmente, consentita solo in casi eccezionali.

In particolare dall'articolato normativo emerge una distinzione organizzativa tra due distinte tipologie di servizi:

a) *i servizi in esclusiva* (erogazione di energia, con esclusione di quella elettrica, erogazione del gas, gestione del ciclo dell'acqua, gestione dei rifiuti solidi urbani<sup>41</sup> e trasporto collettivo) per i quali sono stabiliti una serie di principi non derogabili, finalizzati ad attivare i meccanismi di concorrenza per il mercato (ad esempio l'obbligatorio affidamento tramite gara, cui possono partecipare esclusivamente società di capitali, senza vincoli territoriali con limiti predefiniti di durata massima per gli affidamenti). Così, tramite, l'obbligatorietà del sistema della gara si afferma il principio generale della contendibilità del mercato per l'affidamento dei servizi in esclusiva. Questi ultimi si sostanziano in quella tipologia di servizi a rete, il cui svolgimento comporta spesso una intrinseca esigenza di perequazione finanziaria dei costi tra gli utenti per assicurare quello

---

<sup>41</sup> Per un esempio pratico di assegnazione della gestione dei rifiuti urbani, si veda l'analisi della convenzione stipulata tra la Yele S.p.a. e i Comuni cilentani, *infra cap. 3*.

che il legislatore comunitario ha definito il *servizio universale*<sup>42</sup>, e cioè la disponibilità di servizi uniformi a tariffe abbordabili da qualsiasi utente,

b) *gli altri servizi*, per i quali viene lasciata all'ente locale la scelta tra l'affidamento tramite gara e l'affidamento diretto ad una società controllata. Per questa tipologia di servizi è consentita, inoltre, la gestione a mezzo di istituzione per servizi a contenuto sociale nonché, eccezionalmente, la gestione in economia.

Dal punto di vista del soggetto gestore, inoltre, non ha più ragione di essere la distinzione tra pubblico e privato, in quanto detta terminologia non indica più alcuna differenziazione di regime giuridico. Ed anzi, la normativa vigente, esplicitamente vieta ogni forma di discriminazione tra i gestori di pubblico servizio in ordine al trattamento tributario, all'accesso al credito, alla concessione di contributi o di agevolazioni.

Se infatti (come detto) l'affidamento del servizio consegue esclusivamente alla gara, quale sistema generale, non c'è più differenza, anche dal punto di vista dell'ente locale affidante, tra imprese private e pubbliche, anche eventualmente di proprietà dell'ente. Nel nuovo assetto concorrenziale, infatti, i gestori sono imprese che operano secondo il diritto comune senza discriminazioni o privilegi.

Questa indifferenza del regime giuridico della proprietà delle imprese che gestiscono servizi conferma l'interpretazione secondo cui il servizio pubblico, nella prospettiva attuale e futura, trova fondamento e disciplina non più

---

<sup>42</sup> Per il concetto di servizio pubblico universale si veda *par. 5, infra*.

nell'ambito dell'art. 43 della Costituzione<sup>43</sup>, ma nell'ambito dell'art. 41, in base al quale l'attività economica pubblica e privata è sottoposta ad un identico regime conformativo.<sup>44</sup>

Al contempo, il superamento della dicotomia pubblico-privato colloca la disciplina dei servizi pubblici nella visione comunitaria delle imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale previste dall'art. 87 del Trattato U.E., che, nell'applicazione o nelle deroghe alla concorrenza, non discrimina tra natura pubblica o privata dell'impresa.

---

<sup>43</sup> L'art. 43 Cost. esplicitamente prevede: *“Ai fini di 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 di 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.*

<sup>44</sup> Sul Punto si consulti [www.diritto.it/articoli/enti\\_locali/cesarini.html](http://www.diritto.it/articoli/enti_locali/cesarini.html).

## **CAPITOLO TERZO**

*Il mercato dei servizi pubblici locali e le  
strategie di riorganizzazione delle imprese  
nel settore*

### ***§ 1. La nascita di un mercato dei servizi pubblici locali.***

La lunga evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali e la complessiva revisione degli assetti regolativi nazionali è dovuta alla necessità di porre mano alla difficoltà economica degli enti concessionari ed alle nette prescrizioni comunitarie.<sup>1</sup>

Tali fattori hanno imposto una generale e più severa riconsiderazione dell'estensione oggettiva e temporale dei regimi di riserva esclusiva esistenti e dei loro margini di compatibilità con i principi e le finalità del Trattato e gli interessi dell'Unione.

La legge n. 142/1990 prevedeva, per la prima volta, fra le forme di gestione possibili dei pubblici servizi la società per azioni, ed è proprio agli inizi degli anni 90' che va riportato (come abbiamo visto)<sup>2</sup> l'avvio dei processi di privatizzazione. Infatti, nel nostro paese, pur essendosi registrate cessioni di imprese pubbliche a privati anche negli anni 80' (si pensi alle esaminate dismissioni dell'IRI, ENI, EFIM), soltanto a partire dagli anni 90' l'iniziativa singola viene sostituita da un programmato intervento dell'esecutivo che inizierà con la privatizzazione delle banche pubbliche.

Il punto di riferimento di questo nuovo cammino è stato rappresentato dal Decreto legge n. 386/1991 convertito dalla legge n. 35/1992 contenente norme per la

---

<sup>1</sup> Si tratta in particolare dei principi di concorrenza, trasparenza nell'affidamento e parità di trattamento (art. 86 Trattato U.E., su cui si veda *infra cap. 2*) a cui si aggiungono poi, una serie di provvedimenti riguardanti gli appalti di servizi e la possibilità di ricorso allo strumento della concessione (Comunicazione del 20.04.2000 della Commissione sulle concessioni, direttiva n. 93/38 CE in materia di appalti, direttiva n. 92/59/CE relativa agli appalti di pubblici servizi).

<sup>2</sup> Si veda *infra cap. 1*.

trasformazione in s.p.a. degli enti pubblici economici, delle aziende autonome e degli enti di gestione, per la dismissione delle partecipazioni delle società derivanti dalla suddetta trasformazione, e per la gestione economica dei beni patrimoniali dello Stato.<sup>3</sup>

E' opportuno sottolineare che la normativa espressa dal legislatore dell'epoca ha disegnato un iter evolutivo della disciplina in materia. Infatti, va ricordato che, mentre nella legge n. 142/1990 veniva previsto un unico modello di società per azioni, e cioè quello a capitale maggioritario, il Decreto legislativo n. 157/1995 consentiva l'ingresso in tali società anche alle Regioni ed allo Stato, e, da parte sua, la legge n. 498/1992 ha dato vita alla forma di società per azione a capitale pubblico minoritario.

Ed ancora, il Decreto legislativo n. 127/1997, ha permesso agli enti locali di procedere, in seguito a delibera consiliare, alla trasformazione delle aziende speciali in s.p.a., attribuendo agli enti stessi la possibilità di detenerne l'intero pacchetto azionario per non più di due anni. Tali disposizioni sono poi state recepite nel corpo dello stesso Testo Unico n. 267 del 2000.<sup>4</sup>

L'evoluzione normativa è poi proseguita fino alle disposizioni dell'articolo 35 della legge n. 448/2001<sup>5</sup> (legge finanziaria 2002) che ha stabilito l'impossibilità di ricorrere ad un modello diverso dalla s.p.a. per la gestione dei servizi pubblici

---

<sup>3</sup> Sul passaggio ad un nuovo regime dei servizi pubblici si veda tra gli altri N. Rangone, *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1999, pagg. 167 e ss.

<sup>4</sup> Per un excursus cronologico della normativa di settore si veda, F. Spiezia, P. Monea, E. Iorio, *I servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>5</sup> Prima dell'art. 35, nella XIII legislatura, c'era stato un altro tentativo di riforma dei servizi pubblici locali attraverso il disegno di legge D.D.L. n. 7014 che non era però stato convertito in legge prima della fine della legislatura.

di rilevanza industriale<sup>6</sup> e la necessità di assegnazione esclusivamente mediante meccanismo di gara.<sup>7</sup>

La liberalizzazione ha, poi, comportato il superamento dei monopoli pubblici esistenti e l'apertura alla concorrenza come richiesto dalle direttive europee; a questo processo si è aggiunta, come già detto, la privatizzazione realizzata attraverso la disciplina della legge n. 474/1994, che ha stabilito la cessione delle partecipazioni azionarie detenute dallo Stato, o dagli enti locali da esso costituiti, nelle società operanti in svariati settori.<sup>8</sup>

Le disposizioni contenute nella legge n. 474/1994, assumono, in questo ambito, notevole rilievo in quanto hanno subordinato il processo di dismissione delle quote pubbliche alla contemporanea realizzazione di organismi indipendenti per la regolazione delle tariffe ed il controllo della qualità; in tal modo si è assistito alla nascita di un sistema di regolazione che ha affiancato quello di privatizzazione vero e proprio.<sup>9</sup>

La creazione di un mercato dei servizi pubblici, basato su di un sistema concorrenziale nel quale le ex aziende municipalizzate si trasformano in società di

---

<sup>6</sup> Tale distinzione basata sulla presenza o meno della rilevanza industriale è una novità inserita dall'art. 35; la dizione precedente si basava, invece, sulla natura imprenditoriale o meno dell'attività. Sui problemi interpretativi che anche questa nuova classificazione comporta si veda A. Vigneri, *I processi di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità dalla XIII alla XIV legislatura*, in *Le Regioni*, n. 6/2002.

<sup>7</sup> Di recente, in seguito all'esercizio della delega al Governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale, l'art. 35 ha subito modifiche inerenti vari aspetti fra i quali i tempi del transitorio e la qualificazione dei servizi.

<sup>8</sup> Sull'argomento E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2002.

<sup>9</sup> Si veda l'art. 1 bis della legge n. 474/1994. E' interessante rilevare che tale previsione deriva da un'indicazione formulata in proposito dalla autorità Garante della Concorrenza e del Mercato che è stata poi recepita con un emendamento in sede di conversione del decreto legge n. 332/1994 poi divenuto, appunto, la legge n. 474/1994. Si veda in proposito la "Relazione su concorrenza e regolamentazione nei servizi di pubblica utilità" del 1 luglio 1994 dell'Agcm.

capitali e partecipano insieme ad altri soggetti alla gara per l'affidamento del servizio, ha fatto sorgere il problema della qualificazione di tali società in riferimento al loro regime giuridico, alle modalità di costituzione ed agli strumenti utilizzati per l'affidamento del servizio.<sup>10</sup>

Di conseguenza la Corte di Giustizia dell'Unione<sup>11</sup> si è pronunciata individuando i caratteri di un organismo di diritto pubblico nell'esistenza di personalità giuridica, nell'istituzione al fine di perseguire interessi generali e, nello svolgimento di attività finanziata in modo maggioritario dallo Stato. Ma nonostante la presenza di tutti questi requisiti nella struttura delle s.p.a. nate dalla privatizzazione del settore dei servizi pubblici, la giurisprudenza italiana si è divisa sul punto.

Infatti, mentre la Corte di Cassazione<sup>12</sup> ha riconosciuto a tali società, sia a capitale pubblico minoritario che maggioritario, la qualificazione di soggetti di diritto privato distinti dall'amministrazione pubblica, il Consiglio di Stato<sup>13</sup>, invece, si è pronunciato in maniera opposta, ritenendo che si trattasse di organismi di diritto pubblico. Superato, però, il contrasto iniziale dottrina e giurisprudenza si sono orientate nel senso di escludere che, la semplice veste formale di s.p.a sia idonea a trasformare la natura pubblicistica di soggetti che continuano ad essere affidatari

---

<sup>10</sup> Sull'argomento fra gli altri, G. Cortese, *Le società miste locali con partecipazione minoritaria dell'ente pubblico: profili particolari della disciplina*, in "Servizi pubblici, concorrenza diritti", Giuffrè, Milano, 2001, pagg. 105 e ss.; A. Orecchio, *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano 2001, pagg. 64 e ss.

<sup>11</sup> Si tratta di due pronunce della Corte di Giustizia in materia di appalti pubblici in cui vengono enucleati i caratteri peculiari di un organismo di diritto pubblico: sentenza 15 gennaio 1998, causa C-44/96 e sentenza 10 maggio 2001, cause riunite C-223/99 e C-260/99.

<sup>12</sup> Cass. Sez. Unite n. 4989 del 06.05.1995, confermata da Cass. Civ. n. 2738/1997.

<sup>13</sup> Cons. di Stato, sez. VI, n. 498/95.

di rilevanti interessi pubblici, atteso che, la tutela di questi ultimi, non può subire restrizioni per il mero mutamento della veste formale del soggetto giuridico, che, per il resto, mantiene inalterate le proprie funzioni e quindi la propria connotazione pubblicistica.<sup>14</sup>

Tali società vengono però qualificate di “diritto speciale”<sup>15</sup> proprio per la loro natura differente rispetto alle regole proprie del diritto societario: esse presentano infatti notevoli diversità sotto il profilo genetico, funzionale e di rapporti con l’interesse generale. Si pensi, ad esempio, che presentano un oggetto sociale non individuato dai soci ma predeterminato nel perseguimento di interessi generali.

---

<sup>14</sup> Cons. di Stato, sez. VI, n. 1206/2001. Seppure al diverso fine di giustificare la permanenza del controllo della Corte dei Conti sulle s.p.a., soggette a privatizzazione solo formale ed a controllo dello Stato, anche la Corte Costituzionale era in precedenza intervenuta sottolineando la neutralizzazione della veste societaria rispetto alla natura sostanzialmente pubblicistica dei soggetti in questione (Corte Cost. n. 466/1993).

<sup>15</sup> Sentenza Corte Cost. n. 466/1993. Sull’argomento si veda anche fra gli altri A. De Rosa, *la privatizzazione formale degli enti pubblici economici nel contesto delle società per azioni in mano pubblica*, in L. Ammannati, “Le privatizzazioni delle imprese pubbliche in Italia”, Giuffrè, Milano, 1995.

## ***§ 2. L'evoluzione delle nuove società per azioni: il ruolo dell'ente locale.***

Il nuovo scenario che si è andato delineando con l'introduzione dell'art. 35 della legge n. 448/2001, prevede una netta separazione fra le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, esercitate dalle nuove s.p.a., ed il relativo controllo che rimane una prerogativa dell'ente locale.

Indagando tale aspetto all'interno del quadro legislativo vigente, un punto di riferimento è il Decreto legislativo n. 286/1999, il quale, all'art. 1 prevede i principi generali del controllo interno disponendo, esplicitamente, che *“le pubbliche amministrazioni, nell'ambito della rispettiva autonomia, si dotano di strumenti adeguati a: 1) garantire la legittimità, regolarità e correttezza dell'azione amministrativa<sup>16</sup>; 2) verificare l'efficacia, l'efficienza ed economicità dell'azione amministrativa al fine di ottimizzare, anche mediante tempestivi interventi di correzione, il rapporto tra costi e risultati<sup>17</sup>; 3) valutare le prestazioni del personale con qualifica dirigenziale<sup>18</sup>; 4) valutare l'adeguatezza delle scelte compiute in sede di attuazione dei piani, programmi ed altri strumenti di determinazione dell'indirizzo politico, in termini di congruenza tra risultati conseguiti ed obiettivi predefiniti<sup>19</sup>”*.

E' chiaro, pertanto, l'obiettivo della norma in commento di disciplinare, in modo organico e settoriale, il sistema di controllo interno alle pubbliche

---

<sup>16</sup> Controllo di regolarità amministrativa e contabile.

<sup>17</sup> Controllo di gestione.

<sup>18</sup> Controllo e valutazione della dirigenza.

<sup>19</sup> Controllo e valutazione strategica.

amministrazioni, in modo da poter, eventualmente, porre in essere adeguati interventi correttivi.

Il controllo, inoltre, non deve essere orientato soltanto ad una verifica del rispetto dei criteri caratterizzanti l'azione amministrativa, ma anche, alla congruenza fra gli obiettivi prefissati ed i risultati raggiunti: esso infatti è teso a verificare *“l'effettiva attuazione delle scelte contenute nelle direttive e negli altri atti di indirizzo politico”<sup>20</sup>. L'attività stessa consiste nell'analisi, preventiva e successiva, della congruenza e/o degli eventuali scostamenti tra le missioni affidate dalle norme, gli obiettivi prescelti, le scelte effettuate e le risorse umane finanziarie e materiali (...).<sup>21</sup>*

Proprio la nuova situazione determinata dalle modifiche legislative fa sì che tali meccanismi e procedure siano sviluppati, non più soltanto all'interno delle pubbliche amministrazioni, ma anche all'esterno, ed in particolare nei confronti delle società di capitali appena costituite; ed infatti, l'obiettivo perseguito dalla pubblica amministrazione è divenuto quello di porre in essere un controllo efficace in grado di dirigere i processi ed ottimizzare i risultati.

Tale percorso acquista un'importanza notevole anche in prospettiva visto che le nuove società, in un lasso di tempo non troppo ampio, perderanno la

---

<sup>20</sup> L'art. 1 al comma 2 lett. a) prevede che l'insieme dei controlli deve rispettare fra gli altri il principio generale in base al quale *“l'attività di valutazione e controllo strategico supporta l'attività di programmazione strategica (...).”*

<sup>21</sup> Decreto legislativo n. 286/1999 art. 6, punto 1.

configurazione di società controllata o partecipata dall'ente locale<sup>22</sup> in conseguenza dell'apertura ai privati e del suo avanzamento.

Tale iter trova la sua realizzazione in un processo caratterizzato da due fasi differenti, la prima delle quali concernente la trasformazione dell'ente pubblico in società di capitali con azioni interamente possedute dallo Stato (privatizzazione formale), e la seconda riguardante la dismissione della quota pubblica mediante apposito bando di gara (privatizzazione sostanziale).

Proprio in relazione a questo secondo segmento del processo è fondamentale lo svilupparsi di un sistema di controllo articolato ed efficace in grado di verificare la piena rispondenza degli indirizzi "politici" espressi dagli enti locali nel contratto di servizio.

Un primo, ed irrinunciabile, elemento utilizzabile a questo fine è la programmazione<sup>23</sup> effettuata dall'ente in quanto "*indica il complesso di atti mediante i quali l'amministrazione (...) individua le misure coordinate – modalità di azione dei soggetti, anche privati, coinvolti; risorse destinate a tali interventi; tempi per la realizzazione- per intervenire in un dato settore*"<sup>24</sup>.

In relazione ad essa si assiste ad una sorta di sdoppiamento con un incremento delle informazioni da esaminare: a ben vedere, infatti, accanto agli strumenti già esistenti in capo agli enti locali, si sta sviluppando una programmazione anche

---

<sup>22</sup> Fenomeno che, tra l'altro, è già avviato in alcuni settori di pubblica utilità.

<sup>23</sup> Per avere un quadro della nascita e dell'evoluzione del concetto di programmazione negli anni precedenti a quelli trattati, si veda AA.VV., *Enciclopedia di urbanistica e pianificazione territoriale*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1985, pagg. 469 e ss.

<sup>24</sup> Definizione fornita da E. Casetta, *op. cit.*, pag. 310.

nelle aziende ex-municipalizzate, che sta determinando la nascita di veri e propri uffici interni funzionali ad essa.

Tali strutture organizzative permettono di definire meglio anche i rapporti fra ente locale e società facilitando lo scambio di informazioni, e proprio la presenza di questi nuovi uffici nelle s.p.a. può portare alla realizzazione di strutture specializzate all'interno dell'ente locale, deputate ad occuparsi dei rapporti con le società controllate o partecipate.

Un altro aspetto della funzione programmatica da prendere in esame in relazione al controllo, riguarda uno degli strumenti attraverso i quali esso si esplica e cioè il bilancio<sup>25</sup>: questo ultimo, infatti, nella sua veste annuale ed in quella pluriennale, permette di fornire un prospetto dei mezzi finanziari che verranno destinati agli investimenti previsti, consentendo di verificare l'entità delle risorse disponibili e la gamma di prestazioni che sarà, conseguentemente, possibile offrire.<sup>26</sup> Tale strumento risulta fondamentale non solo nell'ottica di realizzare un controllo direzionale, cioè un'azione tesa a verificare l'erogazione del servizio in modo da

---

<sup>25</sup> Non si deve dimenticare che anche lo Stato dispone di strumenti di programmazione, ad esempio, la legge di bilancio, la legge finanziaria in uno al documento di programmazione economica e finanziaria (D.P.E.F.), il bilancio pluriennale, la relazione revisionale e programmatica, il programma nazionale per la ricerca. Sono, inoltre, dotati di strumenti di programmazione anche altri soggetti operanti nel settore dei servizi pubblici, quali le A.s.l. e le Università. Per le prime si ricordano il piano attuativo (programmazione anno per anno della attività da svolgere in conformità al piano sanitario regionale), il bilancio preventivo economico annuale ed il bilancio di previsione pluriennale; per le seconde il piano pluriennale di sviluppo, il bilancio di previsione ed il piano edilizio di ateneo.

<sup>26</sup> Ad esempio, nel campo dei servizi sociali, in relazione ai fondi disponibili, si possono fornire prestazioni più o meno articolate e dirette ad un maggior o minor numero di categorie di soggetti bisognosi di assistenza. In proposito, allo stato, sono molteplici i piani di servizi realizzati o in fase di realizzazione da parte degli enti locali dislocati sul territorio nazionale.

raggiungere gli obiettivi previsti in relazione alla disponibilità finanziaria, ma soprattutto per poter intervenire correggendo eventuali disfunzioni.

Fondamentale risulta perciò lo stretto collegamento esistente tra la programmazione strategica e quella finanziaria, come dimostrano anche le ultime previsioni stabilite a livello nazionale: infatti fino ad ora tutto il processo di fissazione degli obiettivi, la loro traduzione in programmi di azione e la costruzione dei connessi indicatori, veniva effettuato dopo l'approvazione del bilancio dello Stato, cosicché la ripartizione delle risorse non teneva conto degli obiettivi e dei programmi dell'amministrazione. Adesso, l'importanza cruciale di questo tema ha fatto sì che il Governo, con il "Documento di Programmazione Economica e Finanziaria" per gli anni 2003-2006, abbia deciso di dare indicazione di ampliare le note preliminari<sup>27</sup> relative agli obiettivi che i Ministeri intendono realizzare, in modo che esse vengano discusse e valutate in sede di bilancio e si crei così un raccordo con le risorse finanziarie che lo stato destinerà poi a ciascun Ministero.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> La legge n. 468/1978 all'art. 2 comma 4quater, prevede le note preliminari stabilendo che in esse i Ministeri debbano indicare gli obiettivi che intendono perseguire in termini di servizi e di interventi con menzione anche degli indicatori di efficacia e di efficienza che intendono utilizzare per valutare i risultati.

<sup>28</sup> Si veda in proposito il secondo rapporto del Comitato tecnico scientifico per il coordinamento in materia di valutazione e controllo strategico nelle amministrazioni dello Stato, a cura della Presidenza del Consiglio dei Ministri, *Processi di programmazione strategica e controlli interni nei Ministeri, Stato e prospettive*, gennaio 2003.

### ***§ 3. Gli Strumenti e i sistemi di gestione.***

Andando poi ad esaminare la ricaduta del modello della società per azioni sui criteri di gestione si assiste ad un'evoluzione legata soprattutto all'esigenza di diventare competitive<sup>29</sup>: ciò sta determinando l'affermarsi sempre più autorevole di un modello organizzativo basato sulla responsabilità manageriale, a cui si accompagna l'introduzione di sistemi di gestione orientati agli obiettivi.

Le ex-municipalizzate cercano infatti di offrire un servizio che sia maggiormente rispondente alle esigenze dell'utenza e soprattutto che fornisca loro maggiori informazioni sui soggetti che ne usufruiscono e sulle loro aspettative, in modo da compiere poi scelte strategiche valide nel lungo periodo.

Proprio per questo acquistano rilievo sempre maggiore strumenti quali le indagini di mercato da commissionare a soggetti specializzati in grado di segmentare la domanda (ad esempio per classi di età, per fasce di reddito, per tipologie di utenza, etc.), di evidenziare le diverse esigenze degli utenti<sup>30</sup>, di individuare le modalità e i tempi di utilizzo del servizio affinché siano investite in modo proficuo le risorse finanziarie ed umane.

In tal senso, ad esempio, il settore dei trasporti pubblici è, sicuramente, fra quelli nei quali tali forme di indagini o inchieste risultano maggiormente utili al fine di predisporre una forma di servizio più efficiente: infatti, è di tutta evidenza che un

---

<sup>29</sup> Le considerazioni che seguono sono il frutto di un esame della documentazione e del materiale diffuso in rete da diverse aziende ex-municipalizzate, o come nel caso della Yele S.p.a. (su cui *infra par. 4*) di quello raccolto direttamente presso i Comuni convenzionati.

<sup>30</sup> Ad esempio nel settore dei trasporti sono diverse le motivazioni che determinano il singolo all'utilizzo del servizio: il pendolarismo lavorativo, il pendolarismo economico, esigenze turistiche etc.

diagramma dei flussi di utilizzo delle varie linee, riveste notevole importanza al fine di capire sia quali debbano essere potenziate e sia quali invece possono essere attenuate, e soprattutto individuare le fasce orarie che richiedono un numero maggiore di corse e conseguentemente di mezzi.

Attraverso questi studi analitici, già in uso da diversi anni nelle aziende private anche al di fuori dei servizi pubblici, le ex-municipalizzate stanno procedendo ad un rapido e continuo aggiornamento<sup>31</sup> delle caratteristiche peculiari del servizio da fornire.

Ma in questo ambito, trattandosi, come più volte sottolineato, di servizi “essenziali” le eventuali variazioni, le scelte adottate ed i possibili cambiamenti non possono che tenere conto del dovere di garanzia che su di essi grava, rappresentando, necessariamente, un deciso passo avanti nel rispetto dei principi di efficacia, economicità, efficienza ed, in generale, di buon andamento; tutti principi che, oltre a trovare espressa affermazione nella previsione dell’art. 97 Costituzione<sup>32</sup>, sono stati ribaditi con forza dalla Legge n. 481/1995, recante, per l’appunto, “Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità”.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Continuando ad usare come settore esemplificativo quello dei trasporti, si può pensare alla ridefinizione delle tratte coperte dal servizio (in alcuni casi esse sono rimaste invariate negli anni perché rimaneva invariato il budget fornito all’azienda e di conseguenza essa non modificava neppure i percorsi da garantire.

<sup>32</sup> Il comma della norma in commento dispone testualmente: “*I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione*”.

<sup>33</sup> Da ricordare che tali principi sono stati riaffermati anche da apposito intervento governativo con la direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri del 27 gennaio 1994.

I mutamenti orientati secondo tali principi, determinano potenzialità enormi per un salto di qualità delle amministrazioni, anche se queste, non devono mirare unicamente al raggiungimento di risultati commerciali, ma a differenza di una impresa privata (il cui unico scopo è il perseguimento di utili) debbono, necessariamente provvedere al soddisfacimento degli interessi della collettività (per il cui raggiungimento, difatti, utilizzano risorse pubbliche).

E sempre partendo da una lettura aggiornata dell'art. 97 Costituzione è stato necessario procedere alla predisposizione di controlli sull'andamento della gestione realizzata dalla Pubblica Amministrazione.

Con la nascita di un vero e proprio “mercato dei servizi pubblici” è sorta anche la necessità di raggiungere livelli qualitativi elevati nelle prestazioni erogate, a differenza di quanto avveniva in passato, laddove, i pubblici poteri si preoccupavano principalmente della continuità e regolarità del servizio.<sup>34</sup>

E proprio in tale ottica l'art. 35 della Legge n. 448/2001 ha fissato principi rilevanti rispetto alla prassi vigente in precedenza: questa norma, infatti, oltre alla già menzionata previsione della gara come unico strumento percorribile per l'affidamento dei servizi, impone, anche, una serie di parametri che devono essere inseriti nei bandi di gara e che devono essere rispettati dal soggetto che risulterà vincitore. In particolare il comma 5 stabilisce che *“l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuate*

---

<sup>34</sup> A livello legislativo tali indicazioni vengono fissate dall'art 11 del Decreto legislativo n. 286/1999 e dall'art. 1 comma 2 lettera g della Legge n. 281/1998.

*attraverso l'espletamento di gare con procedure di evidenza pubblica", e il comma 7, esplicitamente aggiunge che "la gara (...) è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente autorità di settore, o in mancanza di essa dagli enti locali. La gara è aggiudicata sulla base del miglior livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo ed il potenziamento delle reti e degli impianti (...) nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale".*

E' di tutta evidenza come, con la normativa richiamata, acquistino rilievo proprio gli aspetti prettamente qualitativi del servizio, oltre a quelli di carattere economico-finanziario già da tempo perseguiti.

Tale indicazione, come detto, risponde alla crescente domanda dei cittadini-utenti di fruire di un servizio efficiente ed articolato nell'offerta. Conseguentemente gli operatori (in particolar modo quelli locali), in relazione ai caratteri ed alla natura della prestazione si trovano a dover garantire servizi *personalizzati*, sempre più vicini alle domande dei consumatori perché sempre più su questo terreno si misura l'esito del processo concorrenziale. E' evidente, infatti, che in assenza di quote di mercato garantite e protette<sup>35</sup>, la possibilità di vincere le gare bandite per i nuovi cicli di gestione si lega inevitabilmente alla capacità delle nuove società di fornire risposte, non solo economicamente convenienti, ma anche qualitativamente adeguate e vicine ai bisogni specifici degli utenti.

---

<sup>35</sup> Come, invece, avveniva con il sistema degli affidamenti diretti.

Un passo avanti deciso, sotto questo profilo, è, inoltre, rappresentato dall'utilizzo di consulenze, collaborazioni e, soprattutto, da una attenzione maggiore rivolta all'aspetto comunicativo<sup>36</sup>, in modo da permettere la massima diffusione alle informazioni essenziali relative ai servizi.

Nella regione Toscana, un esempio dello sviluppo della comunicazione è rappresentato dalle carte dei servizi che sono divenute uno strumento molto utile ai fini di un rapporto diretto con l'utenza e di miglioramento delle prestazioni offerte. L'azienda trasporti pisana, ad esempio, ha realizzato un sito internet che permette di accedere a tutte le notizie relative al servizio, ed ha pubblicato la Carta dei Servizi (confrontandola prima con le principali associazioni dei consumatori) ma ha anche iniziato a svolgere indagini e sondaggi attraverso i quali raccogliere l'opinione dell'utenza, ed avere così importanti strumenti di riflessione per migliorare il servizio.<sup>37</sup>

Un altro esempio della necessità di concentrarsi sulla qualità del servizio offerto si ha poi, sempre nel settore dei trasporti, dall'Emilia Romagna dove la A.T.C.<sup>38</sup> di Bologna (la più avanzata in questo campo nella regione) nella sua Carta dei Servizi, ha infatti previsto, oltre allo strumento del sondaggio, la sperimentazione

---

<sup>36</sup> La Legge n. 86/2001 all'art. 4 prevede che per migliorare la qualità dei servizi possano essere stipulati contratti di sponsorizzazione, accordi di collaborazione ed anche convenzioni con soggetti pubblici o privati diretti a fornire consulenze o servizi aggiuntivi.

<sup>37</sup> In materia si consulti [www.cpt.pisa.it](http://www.cpt.pisa.it). La compagnia pisana trasporti ha attivato, inoltre, fin dall'anno 2000 una funzione di ascolto sulla qualità del servizio mentre a partire dall'anno 2002 sono stati svolti sondaggi da tutte le aziende di trasporto della Toscana facenti parte del C.T.T. (Consorzio Toscano Trasporti). In particolare i fattori di qualità rispetto ai quali sono stati effettuati i sondaggi sono la sicurezza, la regolarità del servizio, la pulizia e condizioni igieniche dei mezzi e delle stazioni, il confort del viaggio, i servizi a bordo. Per ognuno di essi è stata rilevata la percentuale del livello di soddisfazione attraverso indicatori, stabilendo lo standard per l'anno in corso e gli obiettivi per quello successivo.

<sup>38</sup> Azienda Trasporti Comunali.

di indagini integrative per avere informazioni ancora più esaurienti sulla soddisfazione dei suoi utenti. A tal fine è stata attivata una forma di indagine sperimentale, a mezzo della quale, la raccolta dei dati avviene annualmente tramite osservazione diretta da parte di un gruppo di operatori esterni all'azienda ed appositamente preparati.<sup>39</sup>

Infine è opportuno segnalare che, la volontà delle aziende di raggiungere livelli qualitativi superiori rispetto al passato, emerge anche dall'impegno per il conseguimento delle relative certificazioni che possono rappresentare un elemento determinante al momento del rinnovo dell'affidamento della gestione; ed infatti, i bandi delle gare a cui prenderanno parte anche i soggetti privati richiedono precisi standard rispetto ai quali esistono tali attestazioni.<sup>40</sup>

La possibilità di conseguire il riconoscimento di quella ambientale è il risultato delle trasformazioni giuridiche determinato dal passaggio a società per azioni e dalla necessità di rispettare certi parametri per poter essere ammessi alle gare: infatti i sistemi di gestione ambientali attuabili secondo la norma UNI EN ISO 14001, oppure conformemente al regolamento europeo EMAS, (n. 76/2001 del 19.03.2001) erano stati applicati da anni in ambito industriale privato,

---

<sup>39</sup> Tale indagine è stata attivata nell'ambito del progetto "cliente misterioso". Nello svolgimento di essa gli operatori, in veste anonima e simulando comportamenti abituali dei clienti, rilevano aspetti connessi alla qualità dei servizi attribuendogli una valutazione: l'analisi avviene sulla base di una griglia dettagliata ed un campione statistico predefinito ed è effettuata a bordo dei mezzi, durante il controllo dei titoli di viaggio, rivolgendosi ai centri servizi per la mobilità ed acquistando titoli di viaggio nei diversi punti vendita (in merito si consulti la Carta dei Servizi pubblicata su [www.ctc.bo.it](http://www.ctc.bo.it)).

<sup>40</sup> Articolo 35 Legge n. 448/2001. Si veda in proposito il testo della norma *infra* pagg. 79-80.

dimostrando efficacia ed efficienza nel controllo degli impianti ambientali ma non erano previsti per il settore pubblico, ed in particolari per i servizi pubblici locali.

La Comunità Europea, in seguito alla liberalizzazione, ha però deciso di estendere il campo di applicazione del regolamento EMAS attualmente in vigore in modo da renderlo applicabile a tutte le attività ed ha inserito, in sede di orientamenti per l'attuazione di esso, una parte appositamente dedicata alle autorità locali.<sup>41</sup>

I sistemi di gestione ambientali così previsti si configurano anche come strumento utile ai fini della gestione degli adempimenti obbligatori per gli enti locali quali quelli previsti dalla direttiva 2001/42/CE<sup>42</sup>, entrata in vigore nell'anno 2004 e applicata a tutti i piani e programmi dell'ente locale, con effetti significativi sull'ambiente.

---

<sup>41</sup> Decisione della Commissione Europea del 07.09.2001.

<sup>42</sup> Relativa alla valutazione ambientale strategica.

**§ 4. Il servizio di smaltimento rifiuti solidi urbani nel Cilento: il caso “YELE S.p.A.”.**

Nell’ambito del ruolo conferito agli enti territoriali dal susseguirsi delle riforme legislative analizzate nei paragrafi precedenti, ed in particolare, in relazione alla indicata netta separazione fra le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, esercitate (come detto) dalle s.p.a. di nuova costituzione, ed il relativo controllo quale prerogativa esclusiva dell’ente locale, è quanto mai opportuno, in questa sede, indagare la realtà territoriale della nostra regione, per individuare esempi del modello di affidamento di taluni tra i servizi pubblici di maggior rilievo.

E bene, nell’ambito territoriale di indagine, particolarmente significativa è stata l’esperienza in materia di smaltimento di rifiuti solidi urbani.<sup>43</sup>

In particolare, nell’area del Cilento e del Vallo di Diano, è stato costituito tra 49 comuni aderenti, ai sensi dell’art. 25 della Legge 8 giugno 1990 n. 142 e della Legge Regionale n. 10 del 10 febbraio 1993, il “Consorzio Smaltimento R.S.U.-Ambito Bacino SA/4” per l’attività di gestione del servizio pubblico in forma associata degli impianti di smaltimento dei rifiuti solidi urbani.<sup>44</sup> E proprio con questo ultimo, il comune di Gioi Cilento, giusta delibera della Giunta Municipale n. 44/2001,<sup>45</sup> ha stipulato il 3 luglio 2003, apposita convenzione avente ad oggetto

---

<sup>43</sup> E’ noto che a causa della sempre più pressante emergenza rifiuti segnalata sul territorio locale, la Regione Campania ha dovuto subire apposita operazione di commissariamento (il Presidente della Giunta Regionale della Campania, Commissario di Governo per l’Emergenza Rifiuti, con Ordinanza n. 81/ 2000 ha esplicitamente disposto l’obbligo della gestione unitaria ed integrata dei servizi sia della raccolta che della gestione dei rifiuti).

<sup>44</sup> Nel corso degli anni, la forma di associazione consortile, si è rilevata particolarmente proficua per il soddisfacimento degli interessi pubblici di realtà territoriali finite.

<sup>45</sup> La delibera è riprodotta nella *sezione allegati*, n. 3.

il conferimento della gestione dei servizi di igiene urbana all'interno del territorio comunale.<sup>46</sup>

Il Consorzio nel corso del 1998, ha quindi promosso, unitamente al Consorzio "Azienda Multiservizi Intercomunale"(A.M.I.)<sup>47</sup>, la costituzione di una società per azioni a prevalente partecipazione pubblica denominata "YELE S.p.A."<sup>48</sup>, il cui oggetto sociale è costituito essenzialmente dalla gestione di impianti per il trattamento e la collocazione temporanea e definitiva di rifiuti e di inerti, dall'esercizio di servizi di raccolta, trasporto, recupero, riciclaggio e smaltimento di rifiuti solidi urbani pericolosi e non pericolosi, e dalla bonifica di siti contaminati da attività di smaltimento dei rifiuti.

Con le modifiche legislative intervenute nel settore negli anni successivi, si è poi provveduto all'allargamento dell'oggetto sociale ad una serie di attività connesse a quelle già comprese nell'atto costitutivo della società, come ad esempio l'esercizio dell'attività di impresa di pulizia industriale, disinfestazione e sanificazione, la manutenzione e gestione del verde pubblico, la riscossione della tariffa rifiuti e la relativa bollettazione.<sup>49</sup>

Nel rispetto della normativa di settore, ed al fine di regolamentare i rapporti tra la YELE S.p.A. e il Consorzio Smaltimento R.S.U., in data 2 novembre 2002 è stata stipulata tra le parti apposita convenzione di servizio per la "gestione del sistema

---

<sup>46</sup> Si veda la convenzione in commento riportata nella *sezione allegati, n. 2*.

<sup>47</sup> Nel 2004, al momento della rinnovazione dello statuto della YELE, la partecipazione azionaria dell'A.M.I. veniva rilevata dalla "HERA S.p.a.", società privata sorta in luogo del vecchio consorzio intercomunale.

<sup>48</sup> Si veda l'atto costitutivo del 26.11.1998 riprodotto in copia nella *sezione allegati, n. 1*.

<sup>49</sup> Tali nuove attività furono inserite nel nuovo testo dello statuto societario approvato con assemblea straordinaria del 07.10.2004.

raccolta, selezione e smaltimento rifiuti” sul territorio di competenza del Consorzio medesimo.<sup>50</sup>

In particolare all’art. 2 della sottoscritta convenzione, il Consorzio espressamente affida “in esclusiva” alla YELE S.p.A. la gestione operativa di tutte le fasi del ciclo rifiuti ovvero spezzamento, raccolta, selezione, smaltimento ed ogni altra operazione attinente o collegata<sup>51</sup>, riservando, contestualmente per sé, la progettazione, la programmazione e i piani di attuazione dei servizi, compresa la funzione generale di coordinamento, e soprattutto il controllo di economicità ed efficienza dei servizi forniti dalla società convenzionata.

In ossequio alla normativa vigente, ed in particolare al ruolo di controllo di gestione affidato all’ente territoriale<sup>52</sup>, la convenzione prescrive che i servizi stessi debbano essere gestiti secondo i richiamati criteri di economicità, efficienza ed efficacia, nonché nel pieno rispetto della proposta dei costi, determinati dalla società affidataria del servizio con “*apposita relazione tecnico finanziaria da concordare con il Consorzio per l’accettazione, e del contratto di servizi stipulato fra Consorzio e Comuni per le diverse tipologie di servizi*”.<sup>53</sup>

La YELE S.p.A., da parte sua, si è impegnata ad osservare tutte le norme vigenti in materia di contratti collettivi di lavoro e obblighi previdenziali, ed a realizzare un’organizzazione imprenditoriale capace di fornire direttamente ai Comuni

---

<sup>50</sup> Si consulti *sezione allegati, n. 4*.

<sup>51</sup> L’elencazione analitica delle attività comprese nel servizio è contenuta nella premessa della convenzione al punto 2.

<sup>52</sup> Si veda in tal senso *infra par. 2*.

<sup>53</sup> Art. 4 Convenzione di Servizio.

conferenti, i servizi richiesti e le eventuali attrezzature necessarie, con apposita previsione di costi da concordarsi con il Consorzio.

Proprio in relazione alle spese da sostenersi per la gestione del servizio, l'articolo 6 della stipulazione, espressamente prevede che il Consorzio versi alla YELE i costi determinati e preventivati nei disciplinari di servizio, con canoni mensili.

Inoltre, ed in considerazione della mutevolezza delle esigenze connesse con il servizio da prestare, la convenzione lascia aperta la possibilità che il Consorzio affidi alla società ulteriori attività collaterali (quali ad esempio lo svuotamento dei cassonetti per la raccolta differenziata o la raccolta porta a porta) da svolgersi per un periodo non superiore ad un anno solare, e previa accordo sui costi aggiuntivi.

Per tutelare gli effettivi interessi pubblici dei comuni convenzionati, la società di gestione si è impegnata, inoltre, a tenere sollevato ed indenne il Consorzio da qualsivoglia danno derivante a terzi in dipendenza o in conseguenza della convenzione, e comunque a risarcire il Consorzio degli eventuali danni che ad esso (e quindi, di riflesso ai comuni convenzionati) derivassero dalla gestione. A completamento delle disposizioni dettata in tema di autotutela delle parti, è stata inserita la previsione della facoltà del Consorzio di recedere dal servizio nel caso in cui la YELE S.p.A. si rendesse inadempiente, per colpa grave, nella fornitura dei servizi.<sup>54</sup>

Infine, e sempre nell'ambito del ruolo supremo di controllo attribuito all'ente locale dalla normativa di settore, è espressamente previsto che il Consorzio Sa/4

---

<sup>54</sup> Art. 9 Convenzione di Servizio.

provveda congiuntamente alla YELE S.p.A., alla sottoscrizione di un protocollo di intesa in materia di sicurezza in ambiente di lavoro e controllo del personale, ferma restando la facoltà riconosciuta alla società di servizio di gestire il personale L.S.U. (lavoratori socialmente utili) e L.T.D. (lavoratori a tempo determinato) già alle dipendenze del Consorzio.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> Tale facoltà, da concordarsi preventivamente, è espressamente prevista dall'art. 11 della Convenzione di Servizio, al primo capoverso.

## ***§ 5. I rapporti tra l'ente territoriale conferente e l'organo di gestione del servizio.***

Come già accennato nel paragrafo precedente, proprio al fine di regolare la gestione del servizio di igiene urbana sul territorio, l'Amministrazione Comunale di Gioi Cilento ha provveduto (così come altri 48 comuni della zona) alla stipula di una convenzione con il Consorzio Sa/4<sup>56</sup>, che a sua volta si è convenzionato con la YELE per la realizzazione del servizio.

E l'esame del testo di codesta convenzione è assai significativo per comprendere le facoltà riconosciute dalla normativa vigente all'ente locale, per la predisposizione degli strumenti idonei alla effettiva realizzazione del servizio.

In particolare, la capacità diretta dell'ente di indirizzare la gestione del servizio è esplicitata dall' "Ipotesi di gestione del servizio di igiene urbana", approvata dal Comune di Gioi quale ente gestore e dal Consorzio Sa/4 quale ente affidante, ed allegata a margine del testo della Convenzione stipulata tra le parti nel 2001.

La Convenzione, dal canto suo, nel prevedere che *"i servizi oggetto dell'affidamento sono considerati servizi pubblici indispensabili e che non potranno essere sospesi o abbandonati, salvo che ricorrano circostanze di forza maggiore"*, esplicita gli obblighi delle parti contraenti riconoscendo, espressamente, al Consorzio, l'impegno *"a raggiungere gli obiettivi fissati dalla vigente legislazione e dal piano territoriale"*, obbligandosi in particolare a dare attuazione ai servizi affidati a perfetta regola d'arte e secondo le modalità e i

---

<sup>56</sup> Convenzione riprodotta nella *sezione allegati, n. 2.*

tempi stabiliti, a porre in essere azioni volte ad estendere il recupero ed il riciclaggio di materia ed energia, a migliorare la qualità urbana, a comunicare all'ufficio tecnico del comune le violazioni di maggiore rilevanza e l'eventuale presenza di rifiuti speciali (tossici o nocivi); di riflesso l'accordo prevede che il Comune si obblighi a mettere a disposizione dell'ente gestore i propri automezzi, a garantire la collaborazione dei propri uffici amministrativi, ad individuare aree idonee per la realizzazione di eventuali strutture a supporto dei servizi.<sup>57</sup>

Inoltre di particolare rilievo, ai fini dell'indagine qui svolta, è l'esame delle disposizioni contenute negli articoli 7 e 11 della Convenzione.

Ed infatti, la prima di tali disposizioni stabilisce che il Consorzio debba adottare specifici indicatori per gli standard di qualità e quantità dei servizi erogati e concordati con il Comune, impegnandosi al loro rigoroso rispetto. Tali standard, tra l'altro, debbono essere rivisti ed aggiornati su base annuale, così da adeguarli alle nuove esigenze dell'utenza.<sup>58</sup>

Infine, e per completezza di analisi, appare opportuno sottolineare che l'articolo 11 della Convenzione enuclea i principi fondamentali secondo cui il Consorzio svolgerà i servizi<sup>59</sup>, affermando che *“l'erogazione del servizio pubblico deve essere ispirata al principio di uguaglianza dei diritti degli utenti, senza distinzione di razza, sesso, lingua, religione, opinione politica o condizione sociale”*, garantendo inoltre *“la parità di trattamento tra le diverse aree*

---

<sup>57</sup> L'elencazione degli obblighi ricadenti sulle parti contraenti sono ricomprese rispettivamente negli artt. 5 e 6 della Convenzione.

<sup>58</sup> Una possibilità di deroga agli standard prestabiliti è prevista solo nel caso in cui i risultati ottenuti siano più favorevoli agli utenti.

<sup>59</sup> Sono i principi enunciati nella Direttiva del presidente del Consiglio dei Ministri del 27.10.1994.

*geografiche di utenza, anche quando queste non siano facilmente raggiungibili”.*<sup>60</sup>

La medesima norma poi, a chiusura della disciplina pattizia, prevede espressamente che l'erogazione del servizio debba essere continua, regolare, e senza interruzioni (salvo cause di forza maggiore), garantendo la partecipazione del cittadino alla prestazione del servizio pubblico e, in ogni caso, riconoscendo all'utente il diritto di accedere alle informazioni che lo riguardano.

Una qualunque inosservanza dei principi stabiliti dalla normativa indicata, è inequivocabilmente individuata dalla Convenzione quale “*inadempimento degli obblighi assunti contrattualmente*”.<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> Questa ultima previsione è particolarmente opportuna, attesa l'impervia del territorio cilentano.

<sup>61</sup> Art. 11 Convenzione, *in fine*.

## **CAPITOLO QUARTO**

*I servizi pubblici locali e la giurisdizione  
esclusiva del giudice amministrativo*

### ***§ 1. Il problema della giurisdizione.***

La riforma dei servizi pubblici locali disposta, come abbiamo visto, con l'art. 35 della Legge 28 dicembre 2001 n. 448 mediante l'introduzione di incisive modifiche al Testo Unico degli Enti Locali (approvato con Decreto legislativo n. 267 del 18 agosto 2000) ha l'indiscutibile merito di aver reimpostato la materia sulla base delle direttive comunitarie emanate nel settore, ma allo stesso tempo appare inutilmente farraginoso ed ambiguo, dal momento che si è voluto realizzarla essenzialmente dal lato dei soggetti gestori, trascurando, di contro, in maniera palese la prospettiva degli utenti.

La disciplina di riforma del settore è densa di implicazioni, non sempre chiare sul piano del diritto sostanziale, ma presenta, senza dubbio, interessanti risvolti in tema di giurisdizione soprattutto per quanto attiene alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo (che nella materia dei servizi pubblici in generale appartiene a tale giudice in forza del disposto dell'art. 33 del Decreto legislativo n. 80/1998, nel testo modificato dall'art. 7 della legge n. 205/2000) e al riparto di giurisdizione rispetto al Giudice Ordinario.

La linea di demarcazione fra le due giurisdizioni, invero, non appare ben delineata<sup>1</sup>, e, proprio per questo motivo, nel prosieguo della trattazione occorrerà dedicare all'argomento un pò di attenzione.

Per tratteggiare l'assetto della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in materia di servizi pubblici locali (con l'illustrazione anche degli aspetti che

---

<sup>1</sup> Ciò, d'altra parte, accade anche nell'ambito dei servizi pubblici in generale.

rimangono inespliciti o problematici), conviene usare un approccio operante, essenzialmente su due versanti.

In primo luogo, invero, conviene tratteggiare il profilo della giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo nel settore dei pubblici servizi in generale, quale risultante dalle norme sopra richiamate, gettando uno sguardo anche alle possibilità di risoluzione delle liti, in via alternativa alla giurisdizione ufficiale, mediante lo strumento dell'arbitrato.

In secondo luogo, è quanto mai opportuno accennare all'estensione e alla delimitazione della giurisdizione esclusiva rispetto alla giurisdizione del Giudice Ordinario, con particolare riguardo ai contratti pubblici.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Questa tipologia di indagine è seguita da L. Tretola, *I servizi pubblici locali*, Esselibri, Napoli, 2004.

## ***§ 2. L'estensione e i limiti della giurisdizione in materia di "servizi pubblici" in generale: analisi per tipo di controversia.***

Per iniziare l'indagine che ci siamo prefissi, è opportuno riportare il testo integrale della disposizione posta con il menzionato art. 33 del Decreto legislativo n. 80/1998, precisando (per quanto la cosa non incida sulla sostanza del discorso) che, nella transizione dal decreto n. 80/1998 alla successiva legge n. 295/2000, qualcosa è cambiato circa l'individuazione delle singole materie, tanto che il contenuto sub lettera e), nella precedente versione normativa figurava sub lettera f).<sup>3</sup>

La lettera dei primi due commi dell'art. 33, esplicitamente, dispone che:

*"1. Sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo tutte le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995, n. 481."*<sup>4</sup>

*2. Tali controversie sono, in particolare, quelle:*

---

<sup>3</sup> Delle specifiche modifiche attuate con l'innovazione legislativa si darà conto nel prosieguo del lavoro, affrontando i singoli argomenti. In merito si veda diffusamente *infra*.

<sup>4</sup> Con riferimento al precedente testo la Corte Costituzionale, con sentenza 11-17 luglio 2000, n. 292 (in G.U. 19.07.2000 n. 30, serie speciale) aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma, nella parte in cui istituiva una giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo in materia di pubblici servizi, anziché limitarsi ad estendere in tale materia la giurisdizione del Giudice Amministrativo alle controversie aventi ad oggetto diritti patrimoniali consequenziali, ivi comprese quelle relative al risarcimento del danno. Con la medesima pronuncia, inoltre, la Consulta ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 33, comma 1, sollevate in riferimento agli artt. 76 e 77, primo comma della Costituzione, dichiarando, contestualmente, la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale degli artt. 34 e 35, sollevata in riferimento agli articoli 3, 103 e 113 della Costituzione.

- a) concernenti la istituzione, modificazione o estinzione di soggetti gestori di pubblici servizi, ivi comprese le aziende speciali, le istituzioni o le società di capitali anche di trasformazione urbana;*
- b) tra le amministrazioni pubbliche e i gestori, comunque denominati, di pubblici servizi;*
- c) in materia di vigilanza e di controllo nei confronti di gestori dei pubblici servizi;*
- d) aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, svolte da soggetti comunque tenuti all'applicazione delle norme comunitarie o della normativa nazionale o regionale;*
- e) riguardanti le attività o le prestazioni di ogni genere, anche di natura patrimoniale, rese nell'espletamento di pubblici servizi, ivi comprese quelle rese nell'ambito del Servizio Sanitario Nazionale e della Pubblica Istruzione, con esclusione dei rapporti individuali di utenza con soggetti privati, delle controversie meramente risarcitorie che riguardano il danno alla persona o a cose e delle controversie in materia di invalidità".<sup>5</sup>*

Orbene, è opportuno sottolineare che, non solo l'elencazione appena riportata, ma neanche la disposizione-guida di cui al primo comma, suscitano non poche perplessità, sotto il profilo contenutistico oltre che sistematico.

In effetti, è difficile sottrarsi all'impressione che il passo che il legislatore ha voluto, in principio, intraprendere venga di fatto sminuito e ridimensionato dalla

---

<sup>5</sup> Articolo così sostituito dall'articolo 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

preoccupazione del medesimo di delimitare su diversi piani e linee di confine la nuova giurisdizione, quasi fosse spaventato dall'imponenza numerica e dalla tipologia di controversie che andava ad attribuirsi al Giudice Amministrativo, di cui, di base, sembra volersi salvaguardare il tipo e la qualità della giurisdizione.

Ed invero, da un lato le precisazioni normative appaiono superflue in quanto inerenti a liti che, per loro stessa natura, appartenerebbero comunque alla giurisdizione amministrativa; dall'altro valgono a sottolineare la preoccupazione del legislatore di non inserire nel contenzioso oggetto della giurisdizione appena devoluta quelle liti, per così dire, "di massa", quali ad esempio le controversie individuali di utenza.

In secondo luogo, dal momento che non si comprende come possano farsi rientrare nella materia dei pubblici servizi, settori come la vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare (peraltro frutto di una variazione rispetto alla versione originaria dell'articolo 33, ove sembrava che anche i servizi relativi all'attività creditizia e assicurativa, in quanto tali, fossero interessati dalle modifiche legislative), le puntualizzazioni della norma in commento relativamente all'espressa inclusione delle liti relative, possono intendersi come l'intenzione di prevenire possibili conflitti di giurisdizione, dal momento che, né possono essere inclusi nella materia dei pubblici servizi l'attività creditizia, assicurativa e di intermediazione mobiliare (svolte, oltretutto da soggetti con veste

giuridica di privati), né l'attività di vigilanza e controllo su di esse può qualificarsi come un pubblico servizio (se non qualche forzatura).<sup>6</sup>

In tal senso non sembra dubitabile che, pur trattandosi di attività economiche svolte da privati (sulla scorta, però, di un regime autorizzatorio a cura degli organi pubblici preposti dalle discipline di settore), le eventuali liti che potessero insorgere fra soggetto controllato e organo di controllo, debbano ritenersi appartenere alla giurisdizione del Giudice Amministrativo, in quanto inerenti al potere di vigilanza e controllo, che si esplica, appunto, in forme pubblicistiche o latamente autoritative.

Pertanto la previsione normativa (ribadita, sul piano generale, subito dopo nella lettera c del comma secondo) vale, qui, specialmente per la precisazione che si tratta di giurisdizione esclusiva (o per meglio dire “piena”), e non di sola legittimità.

In ogni caso, non pare potersi dubitare che le controversie concernenti l'istituzione, modificazione o estensione dei soggetti gestori di pubblici servizi (comprese le società di capitali) di cui alla lettera a), possono attrarsi solo per estensione nella materia dei pubblici servizi, in ogni caso dovendo ritenersi attribuite alla giurisdizione del Giudice Amministrativo anche senza un'esplicita previsione (a parte, anche qui, la precisazione che la giurisdizione è divenuta esclusiva, o “piena”).

---

<sup>6</sup> Per una analisi attenta del sistema di legislazione in materia di pubblici servizi, non solo dal punto di vista strettamente giurisdizionale, si veda L. Perfetti, P. Polidori (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico*, Cedam, Padova, 2003.

Quanto alla previsione sub b), inoltre, parrebbe sostenibile l'assunto che, anche in assenza della stessa, simili controversie rientrerebbero nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, sul presupposto che necessariamente, nel caso, deve preesistere un accordo fra tali soggetti, in forza di una norma di portata generale quale l'art. 11 della legge n. 241 del 1990<sup>7</sup>, come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione.

Di contro, non appare giustificabile la previsione di cui alla lettera d), e non solo perché reiterativa di altra disposizione, ampliativa della nuova giurisdizione esclusiva, con il sommarsi al settore servizi pubblici, edilizia ed urbanistica, dell'intera materia degli appalti pubblici<sup>8</sup>; ed infatti, a parte la dovuta considerazione che nella norma in questione impropriamente si parla di appalti (oltre che di servizi) anche di lavori e forniture (il che appare oggettivamente in contrasto con la previsione contenuta nel medesimo articolo 33, comma 1, di una nuova giurisdizione esclusiva limitatamente alla materia dei servizi pubblici), è innegabile che, di fatto, la statuizione circa la spettanza al Giudice Amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva delle controversie relative alla materia (tutti gli appalti pubblici) figura integralmente nell'articolo 6 della medesima legge n. 205/2000. In effetti, questa ultima disposizione<sup>9</sup> interviene a sanare quello che si poneva palesemente come un eccesso di delega, riguardando

---

<sup>7</sup> L'articolo 11 della legge n. 241/1990 dispone proprio in materia di accordi e convenzioni fra e con organi della Pubblica Amministrazione.

<sup>8</sup> In merito si veda ampiamente *infra par. 6 e 7*.

<sup>9</sup> Sul contenuto normativo dell'articolo 6 della legge n. 205/2000 si ci soffermerà brevemente nel prosieguo del lavoro.

questa ultima (nel dettato della legge n. 59/1997) le sole materie dei servizi pubblici, edilizia ed urbanistica, e non finanche il settore degli appalti pubblici.<sup>10</sup>

Alla luce della novella legislativa apportata con la legge n. 205, dunque, la previsione della lettera d) si pone, essenzialmente, come una sorta di “doppione”, con effetti rafforzativi.

Infine, le previsioni di cui alla lettera e) mostrano, con qualche ambiguità, che, quanto alle liti attinenti in senso stretto alla prestazione del servizio e alle relative regole, l'intento devolutivo concerne non tutte le controversie potenziali fra utenti e gestori dei servizi pubblici, bensì solo quelle concernenti forme di esercizio di potere pubblico o di competenze pubbliche.

D'altro canto, tenendo conto dei diversi modi in cui può manifestarsi il *momento pubblicistico* nei rapporti fra organi della Pubblica Amministrazione e cittadini, e ricordando come l'esplicazione di competenze, appunto, di natura pubblicistica, possa avvenire sia mediante l'emissione di un provvedimento, di tipo concessorio<sup>11</sup> o autorizzatorio, sia attraverso forme di silenzio-assenso o il perfezionarsi di fattispecie relative alla così detta denuncia legittimante, o denuncia di inizio attività, ex articolo 19 della legge n. 241/1990 (genericamente, atto di assenso, esplicito o implicito), ovvero anche mediante l'esplicazione di

---

<sup>10</sup> Ciò è avvenuto attraverso la piena legificazione dell'articolo 33, mediante l'interpositio dell'articolo 7 della legge n. 205/2000 (come si è detto nel corpo del testo), peraltro con modifiche non irrilevanti rispetto al testo originario della norma nel decreto delegato.

<sup>11</sup> P. Marzuoli, C. Sorace, voce *Concessioni amministrative*, in *Digesto discipline pubbliche*, Torino, 1989, III, pagg. 280 ss., invece ritengono (nell'ambito di una concezione, per così dire paritetica delle concessioni amministrativa) che le stesse non configurino provvedimenti autoritativi o esecutori.

poteri di vigilanza e/o controllo<sup>12</sup>, a conti fatti, il singolo utente sporadicamente potrebbe trovarsi coinvolto in controversie siffatte (che investano, cioè, le regole dettate in via pubblicistica per lo svolgimento del servizio). Di conseguenza, le contestazioni mosse dal singolo destinatario delle prestazioni di “pubblico servizio” dovrebbero, dunque, continuare ad appartenere, in massima parte, alla giurisdizione propria del Giudice Ordinario.

Secondo una diversa linea interpretativa si potrebbe sostenere anche che, laddove in contratti singoli di utenza fosse ravvisabile una fase di evidenza pubblica, che preceda la stipulazione del contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi pubblici (a somiglianza di quanto accade nel settore degli appalti pubblici, presi in considerazione dalla successiva lettera d) ovvero dei contratti pubblici, su cui ci si soffermerà in seguito) il legislatore abbia inteso distinguere le controversie ad essa correlate dalle altre. In tal modo, mentre le controversie che si innestano su tale fase verrebbero attratte nell’orbita della nuova giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo (mentre prima si trattava di mera giurisdizione di legittimità), quelle attinenti a vertenze di ordine contrattuale o extracontrattuale, in riferimento specialmente all’esecuzione del contratto stipulato al termine di detta fase, rimarrebbero affidate alla giurisdizione del Giudice Ordinario (tesi che

---

<sup>12</sup> Il *momento pubblicistico*, inoltre, può esplicitarsi anche nella fase delle negoziazioni (si ricordino le forme dell’amministrazione negoziata o per accordi), e ancora mediante la sottoscrizione della convenzione, accordo o contratto fra la parte pubblica (concedente, secondo uno schema che un tempo costituiva la norma, e che ora pare piuttosto recessivo) e la parte privata (concessionario, sempre secondo il modello della concessione, o concessione-contratto).

viene tenuta ferma da parte della dottrina<sup>13</sup> anche in relazione alle cosiddette concessioni-contratto, le cui controversie figurano, peraltro, attribuite alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo fin dall'articolo 7 della legge n. 1034 del 1971)<sup>14</sup>.

Del resto è opportuno far notare che la tesi sopra esposta, non è esplicitata nella disposizione in esame, nella quale, in realtà sembra presa in considerazione la situazione di quei soggetti (gli utenti) che abbiano stipulato un contratto con il concessionario o gestore, inerente alla prestazione del servizio nei suoi confronti singolarmente (ad esempio l'erogazione o fornitura di acqua o energia elettrica per uso domestico, o di trasporto) che si innesta su di un diverso accordo concluso dall'ente pubblico con un soggetto affidatario del servizio (contratto di servizio tra Pubblica Amministrazione e soggetto gestore). Tuttavia, pare che siffatta conclusione debba ricavarsi, indirettamente, da diverse altre disposizioni più o meno criptiche, fra cui ad esempio l'articolo 6 comma 1 e la lettera d) dell'art. 33 comma 2.

Per quanto concerne, invece, le accennate controversie cui si riferisce la lettera b), se il riferimento normativo è alle liti che possono insorgere tra le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi, comunque denominati e a tutte le contestazioni che possono trarre origine o causa dalle determinazioni della Pubblica Amministrazione, concernenti l'istituzione, modificazione o estinzione

---

<sup>13</sup> Per una convinta e argomentata (anche se con ragioni in gran parte non condivise dalla dottrina maggioritaria) esposizione di siffatta posizione, si veda, per tutti, F. D'Alberti, voce *Concessioni amministrative*, in Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 2001.

<sup>14</sup> Per maggiori accenni sul punto, cfr. *par. successivo*.

dei soggetti gestori, di cui alla lettera a) subito precedente (come parrebbe preferibile, ad una lettura più meditata), la specificazione normativa appare come un corollario della precedente lettera a), per niente condivisibile.

Se, al contrario, il riferimento fosse alle liti e contestazioni inerenti al conseguente contratto (disciplinare o capitolato), inerente alla concessione o appalto, la finalità della disposizione (da leggere, in tale ipotesi, come attributiva al Giudice Amministrativo della giurisdizione anche delle liti inerenti all'esecuzione del contratto), si può dire meramente chiarificatrice, nel senso di prevenire possibili conflitti di giurisdizione. Ciò vale, infatti, caso mai si ritenesse che la previsione generale di cui all'articolo 11 della legge 241/1990 (attributiva alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo di tutte le vertenze in tema di accordi e convenzioni tra Pubblica Amministrazione, ivi comprese quelle inerenti l'interpretazione ed esecuzione degli stessi) non bastasse per giustificare la devoluzione al Giudice Amministrativo anche di dette controversie.

In verità, non sembra possano sussistere dubbi relativamente all'inclusione nella giurisdizione in discorso delle controversie eventualmente insorgenti in relazione ai cosiddetti "contratti di servizio pubblico" di cui parla l'art. 4 comma 4 della legge n. 59/1997, da annoverare tra i contratti ad oggetto pubblico.

Si tratta infatti di contratti stipulati dalle regioni e dagli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze che, sulla scia delle direttive comunitarie, sono destinati a regolare i rapporti fra le indicate pubbliche amministrazioni e il soggetto gestore di un servizio pubblico sotto qualsiasi forma (sia essa

concessione, appalto, costituzione di società a capitale misto, consorzio, o una delle altre forme già previste dall'articolo 22 della legge n. 142/1990) in ordine agli aspetti finanziari, al controllo dell'osservanza delle condizioni e modalità di espletamento del servizio, ed in particolare con riguardo ai trasporti di interesse regionale e locale.<sup>15</sup>

A questo punto, al fine di indicare criteri atti a fissare meglio la linea di demarcazione fra giurisdizione del Giudice Amministrativo e Ordinario, indicativa del senso globale del nuovo criterio di ripartizione (nella materia in esame), può apparire l'individuazione delle azioni instaurate (a fronte di manifestazioni di esercizio del potere, come sopra sottolineato) da associazioni o comitati che si facciano portatori di interessi collettivi o diffusi (come quelli dei consumatori o degli utenti di specifici servizi o di categorie degli stessi<sup>16</sup>), per contrastare decisioni dell'organo pubblico competente o del concessionario (che ne abbia il potere) relative alla fissazione di prezzi e tariffe, od alle condizioni, alle modalità, o agli aspetti qualitativi e quantitativi di espletamento del servizio pubblico stesso.

Alla stregua dell'interpretazione proposta, controversie di questo genere, rientrerebbero certamente, nella giurisdizione del Giudice amministrativo.

Di contro le contestazioni inerenti alla qualità del servizio, ovvero ad inadempimenti contrattuali, o a responsabilità per lesioni sofferte per effetto della

---

<sup>15</sup> Per una più puntuale previsione al riguardo vedasi, ora, il novellato articolo 113, comma 11 del T.U.E.L. di cui al Decreto legislativo n. 267/2000, nel testo sostituito dall'articolo 35 della menzionata legge n. 448/2001, su cui *infra*.

<sup>16</sup> E' il caso dei servizi finanziari di intermediazione mobiliare e del credito.

cattiva o mancata prestazione del servizio<sup>17</sup>, mosse da singoli utenti ed aventi contenuto risarcitorio o reintegrativo, con riferimento a contratti individuali o a specifiche obbligazioni sorte da illeciti extracontrattuali (danno alla persona o alle cose, invalidità civile, etc.) apparterrebbero al Giudice Ordinario.

Orbene, se questo è uno schema che pare corrispondere al disposto legislativo, sembrano potersi confermare le conclusioni poco prima rassegnate, nel senso che, da un lato, il Giudice Amministrativo è liberato da liti e contestazioni di scarso rilievo e, dall'altro che il medesimo giudice sembra vedere, in certa misura, ridimensionato il timore di essere sommerso da un gran numero di cause "di massa" (in tal modo, la sua giurisdizione, pur significativamente estesa e potenziata, conserverebbe i caratteri di sindacato sull'esercizio del potere pubblico, che le è connaturale).

Da ciò consegue che le azioni dirette a conseguire un risarcimento (alternativamente o congiuntamente alla reintegrazione in forma specifica) investirebbero, non tanto i singoli rapporti contrattuali o precontrattuali di utenza, quanto le relazioni, più ampie e presupposte, intercorrenti fra amministrazione concedente e soggetto concessionario, fra associazioni di consumatori e soggetti gestori di servizi pubblici, e quindi inerenti, in buona sostanza, ad una sorta di contrattazione-quadro.

---

<sup>17</sup> Con termine francese, *faute de service*.

D'altronde, assai fondato appare il timore del moltiplicarsi di dispute sulla giurisdizione, apparendo, di fatto, eccessivamente labile il confine tracciato.<sup>18</sup>

O forse, come prospetta parte della dottrina<sup>19</sup>, data anche la vastità della giurisdizione esclusiva potenziata, le innovazioni normative che stiamo analizzando nel presente lavoro, apriranno la strada, di questo passo, ad una inevitabile trasformazione di tutto il complesso di giurisdizione del Giudice Amministrativo in giurisdizione esclusiva, senza che si possa ulteriormente disquisire sulle materie da ricomprendere nella giurisdizione dell'una o dell'altra magistratura.

In un certo senso, paradigmatico del criterio di ripartizione della giurisdizione che poco prima abbiamo delineato in linea ipotetica, può apparire il criterio che sembra implicitamente adottato dalla sopravvenuta legge n. 281/1998<sup>20</sup> (recante la "*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*"). Secondo il dettato normativo de quo, le associazioni di consumatori e di utenti con requisiti predeterminati dall'articolo 5 della stessa legge, sono "*legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi...*" (art. 3), e competente a conoscere di tali controversie sarebbe necessariamente il Giudice Amministrativo.

Ed invero, la normativa in commento, non specifica quale sia il giudice effettivamente competente, lasciando, quindi alla giurisprudenza il compito di

---

<sup>18</sup> Deve rilevarsi, tuttavia, che fino ad oggi non appaiono numerosi i casi di ricorso al giudice Amministrativo in relazione a controversie appartenenti al Giudice Ordinario in forza dell'interpretazione più attendibile espressa nel testo. In merito, infatti, al momento, si sono segnalate poche sentenze declinatorie della giurisdizione.

<sup>19</sup> In tal senso si è espresso essenzialmente il Satta.

<sup>20</sup> La legge 30 luglio 1998, n. 281 ha convertito il Decreto legislativo n. 80 del 1998.

fissare i criteri di ripartizione di questa ulteriore tipologia di controversie fra Giudice Ordinario e Giudice Amministrativo.

Appare, tuttavia, pienamente coerente con il sistema introdotto dagli articoli 33-35 del Decreto legislativo n. 80/1998 ipotizzare che, ove la controversia instaurata contro il soggetto gestore di servizi pubblici da una associazione di utenti, riguardi le condizioni in base alle quali viene reso agli utenti o ai consumatori (non necessariamente individuati singolarmente) il servizio pubblico o la qualità del medesimo, tale lite debba essere instaurata dinanzi al Giudice Amministrativo, in quanto controversia compresa tra quelle espressamente elencate dall'art. 33.

Viceversa, alla stregua del menzionato criterio, le azioni instaurate da singoli consumatori o utenti<sup>21</sup>, cui parimenti fa cenno l'articolo 3 comma 7, andrebbero incardinate dinanzi al Giudice Ordinario.

---

<sup>21</sup> Tali controversie debbono necessariamente riguardare l'oggetto, la forma o la causa del contratto individuale.

### ***§ 3. L'estensione della giurisdizione esclusiva: i singoli servizi pubblici.***

E' quanto mai opportuno osservare che non è mai esistita una materia afferente ai pubblici servizi in senso giuridico, e, casomai, la stessa è stata configurata come pura creazione legislativa dalle norme di cui stiamo parlando.

Il legislatore, d'altronde, sembra contare sull'opera interpretativa ed applicativa della giurisprudenza, affidando al Giudice Amministrativo il compito di individuare i tipi e gli specifici servizi interessati dalla riforma normativa, concorrendo in tal modo a determinare l'ambito della materia e fissando linee di confine più precise.

Al tempo stesso, la norma dell'articolo 33 comma 1, nel riferirsi a detta materia, riporta una serie di indicazioni (una sorta di vera e propria nomenclatura) attinenti a quelle attività in merito alle quali lo stesso legislatore era portato ad ipotizzare il sorgere di dubbi circa la loro collocazione sistematica: è il caso della "*materia di pubblici servizi, ivi compresi quelli afferenti alla vigilanza sul credito, sulle assicurazioni e sul mercato mobiliare, al servizio farmaceutico, ai trasporti, alle telecomunicazioni e ai servizi di cui alla legge 14 novembre 1995 n. 481*".

Come si è accennato, l'indicazione di dette attività, meramente esemplificativa di una vasta ed, altrimenti, indefinibile materia, ad un primo esame sembra indurre qualche perplessità sulla possibile ascrizione delle stesse al settore proprio dei servizi pubblici: si è già osservato in tal senso che, solo con una forzatura, può

considerarsi servizio pubblico la vigilanza sulle attività creditizie, assicurative e di intermediazione mobiliare.

Ma prima di svolgere ulteriori considerazioni al riguardo, è opportuno sottolineare che, probabilmente, un ruolo determinante nel ricomprendere queste forme di attività nel novero dei servizi pubblici, è stato svolto dall'ottica comunitaria, e cioè dalla concezione dei servizi di rilevanza pubblica elaborata dall'Unione Europea in relazione al settore degli appalti pubblici: ed invero l'area interessata dai servizi pubblici nel settore degli appalti, rientranti nella normativa comunitaria, è assai vasta.

Gli appalti di servizi nel senso comunitario hanno decisamente influenzato la normativa interna e la stessa sistematica del diritto amministrativo, con inevitabile fuoriuscita dal settore esclusivo della disciplina degli appalti pubblici. In particolare le modifiche attengono ai soggetti destinatari (o fruitori) del servizio.

In particolare questi ultimi, se nell'ottica normativa nazionale, potevano essere in passato esclusivamente soggetti pubblici (nel senso, cioè, che i servizi oggetto dell'appalto sarebbero quelli resi dall'impresa appaltatrice all'ente pubblico appaltante per il suo funzionamento, come avviene, ad esempio, per i servizi di manutenzione o pulizia degli edifici pubblici), in detta area, ora, vengono inclusi anche gli utenti di un pubblico servizio,<sup>22</sup> fruitori del servizio approntato dai comuni o da organismi all'uopo predisposti o incaricati.

---

<sup>22</sup> Per queste ed altre problematiche relative agli appalti di servizi retti dal diritto di derivazione comunitaria, cfr. le relazioni al convegno di Brescia del 27-28 ottobre 1995 dal titolo "La direttiva 92/50/CEE in materia di appalti di pubblici servizi attuata con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157". Cfr. inoltre, G. Terracciano, *Appalti di servizi e appalti di forniture, individuazione*

In questo ultimo caso in passato, solitamente, all'erogazione dei medesimi servizi pubblici la Pubblica Amministrazione competente provvedeva o direttamente, ovvero attraverso un soggetto privato, cui veniva rilasciata un'apposita concessione che lo investiva di appositi poteri pubblicistici (i rapporti successivi erano, poi, regolati da un contratto che accedeva alla concessione).

Attualmente il diritto comunitario, con la sua visione sistematica, che non opera sostanziali distinzioni fra appalti e concessioni, e che è indifferente al quesito di chi siano i soggetti destinatari del servizio (enti pubblici o cittadini-utenti), ha indotto sostanziali modifiche, anche se la legislazione fatica ad uniformarsi a questa concezione, che, se da un lato, appare più pragmatica, dall'altro è senza dubbio concettualmente più sommaria, inducendo a tralasciare costruzioni concettuali solide e basate su istituti giuridici collaudati, dai contorni definiti e dai contenuti univoci.

Fatti questi rapidi cenni all'accezione comunitaria dei servizi a rilevanza pubblica, viene da rilevare un ulteriore errore sistematico (più o meno legato alla visione del diritto indotta dal sistema comunitario) in cui sembra cadere il legislatore, nel classificare fra i servizi pubblici classiche attività amministrative quali quelle di vigilanza o di controllo che, ordinariamente, non sono rivolte a cittadini utenti di prestazioni fornite (il più delle volte) in regime contrattuale, bensì consistono in attività di organi pubblici, investiti di determinati poteri (in specie di verifica o

---

*dell'oggetto del contratto e i contratti misti nella disciplina nazionale e comunitaria*, in rivista del Consiglio di Stato, 1996, II, pagg. 147 e ss.

sanzionatori) nei confronti di altri soggetti (pubblici o privati) nell'ambito della stessa attività amministrativa di controllo.<sup>23</sup>

Qualche ulteriore osservazione va, inoltre, fatta in relazione all'attività creditizia e di intermediazione finanziaria, incluse entrambe nel settore dei pubblici servizi dal testo originario dell'articolo 33 comma 1.<sup>24</sup>

Tale assimilazione, in verità, ha suscitato in passato minori perplessità, essendo assorbita da lungo tempo nella concezione comune, l'idea che si trattasse effettivamente di attività a rilevanza pubblica.

Ad esempio, che il credito costituisca un servizio a rilevanza pubblica, poteva già desumersi dalla legislazione di settore; ora, poi, è subentrata la legge 14 novembre 1995 n. 481, che include, espressamente, tra i servizi di pubblica utilità l'esercizio del credito, istituendo, contestualmente, le autorità di regolazione di codesti servizi di pubblica utilità.<sup>25</sup>

Allo stesso modo poteva apparire non incoerente l'inserimento anche dell'attività di intermediazione mobiliare nella materia dei pubblici servizi.

E' presumibile che con tale definizione si intenda l'attività di intermediazione nella compravendita dei titoli mobiliari e prodotti finanziari, e cioè quell'attività propria delle cosiddette S.I.M. (società di intermediazione mobiliare), di cui alla legge n. 1/1992. Ed in entrambi i casi, si tratta di soggetti di natura privatistica: da

---

<sup>23</sup> Una parte della dottrina, nel ripartire l'attività propriamente amministrativa, contrappone quella di controllo all'amministrazione attiva e a quella consultiva.

<sup>24</sup> Per un esame dell'intervento della Consulta sul testo originario dell'articolo 33 comma 1, si veda *infra par. 2, nota 165, pag. 95*.

<sup>25</sup> La normativa in commento, tuttavia, predispone le autorità di regolazione per le telecomunicazioni e per l'energia elettrica e il gas, ma non per l'attività creditizia.

un lato gli enti creditizi (oramai tutti trasformati in s.p.a. con relative fondazioni), e dall'altro le S.I.M. (che possono essere anche persone fisiche).

D'altra parte si è già detto che il legislatore della legge 205/2000 è stato di diverso avviso, modificando il testo del primo comma dell'art. 33 nel senso di far rientrare nella materia dei pubblici servizi esclusivamente l'attività di vigilanza e controllo su questi settori.

A questo punto, ed ai fini della presente trattazione, è opportuno esaurire qui il discorso sull'individuazione degli ulteriori servizi a rilevanza pubblica inclusi nella giurisdizione piena ex artt. 33-35 Decreto legislativo n. 80/98, non solo, in quanto i rimanenti servizi da esaminare non presentano particolari problemi nella loro catalogazione, ma anche perchè, nei casi dubbi dovrà essere la giurisprudenza a pronunciarsi.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> Per un'indagine completa si consulti [www.diritto.it/articoli/amministrativo/franco](http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/franco) 6.html.

#### ***§ 4. L'estensione della giurisdizione esclusiva con riguardo ai contratti pubblici.***

Dopo aver esaurientemente illustrato il contenuto della giurisdizione esclusiva introdotta dal Decreto legislativo n. 80/1998, così come modificato dalla legge n. 205 del 2000, è giunto, il momento di approfondire l'argomento onde comprendere meglio la portata effettiva e l'estensione della giurisdizione esclusiva sotto il profilo generale, e in particolare nella materia dei servizi e degli appalti pubblici in riferimento alla contrattazione propria della pubblica Amministrazione.

Con riferimento alla giurisdizione esclusiva in generale, deve dirsi che, prima della analizzata riforma (che ha provveduto, come detto, a concentrare presso il Giudice Amministrativo la cognizione delle controversie di tipo reintegratorio, sottraendola al Giudice Ordinario) la stessa giurisdizione, pur comportando l'estensione di competenza all'azione di accertamento e a quella di condanna, oltre che a quella di annullamento (propria del giudizio ordinario) era pur sempre limitata nella sua portata.<sup>27</sup>

Ed infatti, con la vigenza del precedente ordinamento, ogni questione relativa a vertenze a contenuto risarcitorio, ovvero attinente ai cosiddetti diritti patrimoniali consequenziali, doveva necessariamente essere instaurata dinanzi al Giudice Ordinario.<sup>28</sup>

---

<sup>27</sup> Sul punto si veda *infra par. 3*.

<sup>28</sup> In merito si veda AA.VV., *Le S.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Il sole 24 Ore, Milano 1998, pag. 82 e ss.

In quel sistema la giurisdizione amministrativa poteva abbracciare l'intera gamma di controversie solamente nei casi in cui non si potesse ipotizzare alcuna questione inerente la reintegrazione patrimoniale, oppure laddove la reintegrazione in forma specifica si realizzasse in una con la contestuale rimozione giuridica (mediante apposito annullamento giudiziale) del provvedimento, allo stesso modo di quanto avviene nell'ordinario giudizio di legittimità (specialmente in relazione ai provvedimenti ablatori cui corrispondono interessi legittimi di tipo oppositivo).

Negli altri casi (a parte la materia del rapporto di pubblico impiego, dove certamente la giurisdizione – ora per la gran parte tralata nella competenza del giudice del lavoro - era completa, coprendo nella sostanza anche fattispecie di tipo strettamente reintegratorio) la giurisdizione era pur sempre incompleta, in quanto una effettiva compiutezza può dirsi raggiunta solo con la concentrazione presso il Giudice Amministrativo della cognizione sulle controversie di tipo risarcitorio.<sup>29</sup>

D'altra parte, è d'obbligo far notare che, per quanto concerne i contratti pubblici (o della Pubblica Amministrazione), e per la giurisdizione esclusiva in tema di concessioni (sancita già dall'art. 7 della legge n. 1034 del 1971) l'assetto è, tuttora, sensibilmente difforme da quello appena esaminato.

Se infatti, come già accennato in precedenza, appare corretto ritenere che nei procedimenti ad evidenza pubblica destinati a sfociare nella stipulazione di un

---

<sup>29</sup> Come più volte ribadito tale attribuzione fu prevista originariamente con il Decreto legislativo n. 80/1998 e poi con la legge n. 205/2000.

contratto (che qui per semplificare definiremo contratto pubblico), e in special modo nei procedimenti di gara, la giurisdizione sulle controversie insorte con enti ed amministrazioni pubbliche appartiene al Giudice Amministrativo solo ove queste siano inerenti alla fase di evidenza pubblica (vale a dire al procedimento amministrativo diretto a sfociare nella formazione e manifestazione di volontà negoziale della Pubblica Amministrazione), mentre quelle nascenti dal contratto stipulato su tali base ed inerenti l'esecuzione o l'interpretazione dell'accordo medesimo<sup>30</sup>, appartengono al Giudice Ordinario, è evidente che non si possa parlare di giurisdizione completa.

Persino in materia di concessioni, la Giurisdizione esclusiva sancita dalla legge del 1971 (così come interpretata da buona parte della dottrina<sup>31</sup> e dalla stessa giurisprudenza amministrativa) non significava affatto che detta giurisdizione si estendesse alle liti riguardanti l'esecuzione del contratto o le cosiddette concessioni-contratto<sup>32</sup>.

In effetti, tale ripartizione della giurisdizione fra Giudice Amministrativo e Giudice Ordinario troverebbe giustificazione e ratio nella circostanza che le

---

<sup>30</sup> In tal senso, tra gli altri V. Domenichelli, *La definizione in via giudiziaria o arbitrare delle controversie in materia di opere pubbliche*, in *L'appalto di opere pubbliche*, R. Villata (a cura di), Cedam, Padova, 2001, pagg. 871-875.

<sup>31</sup> In tal senso, F. D'Alberti, voce *Concessioni amministrative*, *op. cit.*, (e prima ancora, idem, *Le concessioni amministrative*, Napoli 1981).

<sup>32</sup> Tale figura, alquanto controversa, è per lo più concepita come una convenzione regolante il rapporto che affianca il provvedimento concessorio; altra parte della dottrina la intende come convenzione che accede al provvedimento concessorio.

posizioni del rapporto contrattuale non sono affatto paritarie tra loro<sup>33</sup> (da un lato vi è il diritto alla prestazione e dall'altro l'obbligo a fornire questa ultima).

Unica apparente eccezione sarebbe rappresentata, secondo parte della dottrina<sup>34</sup> e un orientamento non uniforme né costante della giurisprudenza amministrativa, da quelle determinazioni unilaterali della Pubblica Amministrazione (contraente a carattere autoritativo) che intervengano ab extra sul rapporto contrattuale disponendone la risoluzione sulla scia di apposite previsioni legislative, quali l'art. 11 comma 4 della legge n. 241 del 1990 (e prima ancora in ipotesi specifica e rilevante l'art. 345 della legge n. 2248, allegato f del 1865, e con qualche dubbio l'art. 340 della stessa legge). In tali ipotesi la giurisdizione sulle relative controversie apparterrebbe alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

In definitiva non è errato sostenere che la giurisdizione esclusiva "tradizionale" o pregressa (di poco più ampia rispetto alla giurisdizione ordinaria di legittimità) non ha mai veramente riguardato (nella materia dei contratti pubblici) il rapporto contrattuale, e che la medesima giurisdizione è stata ampliata notevolmente solo a seguito della analizzata riforma, mediante apposita concentrazione presso il Giudice Amministrativo delle vertenze concernenti la reintegrazione patrimoniale (con riferimento, tuttavia, alla sola fase di evidenza pubblica e agli effetti

---

<sup>33</sup> Vi è da notare che questa visione tende, in qualche modo, a smentire l'opzione per la giurisdizione esclusiva.

<sup>34</sup> Tra gli altri, I. Franco, *Il nuovo procedimento amministrativo*, Cedam, Padova, 2001. Per l'orientamento contrario cfr. da ultimo, TAR Piemonte sez. II, 17.11.2000 n. 1193 (sentenza resa in relazione all'art. 340 della legge n. 2248 del 1865, all. f) in [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it)

discendenti da atti, comportamenti e provvedimenti che intervengano in detta fase procedimentale).

D'altra parte è quanto mai opportuno segnalare un settore – parallelo a quello dei veri e propri contratti della Pubblica Amministrazione – per il quale le precedenti conclusioni non appaiono corrette, nel senso che, la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, normativamente stabilita, riguarda finanche tutte le controversie relative alle vicende inerenti l'esecuzione del contratto, ricoprendo, in tal modo, effettivamente l'intero arco delle controversie ipotizzabili in detta materia.

Ed invero, il già richiamato articolo 11 della legge n. 241 del 1990, disponendo al comma 5 che le controversie in tema di accordi dei privati con la pubblica Amministrazione (o tra diverse amministrazioni<sup>35</sup>) appartengano alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, sia che questi accordi abbiano natura integrativa che sostitutiva del provvedimento amministrativo conclusivo del procedimento, esplicitamente statuisce che questa giurisdizione include finanche le liti concernenti l'esecuzione dell'accordo contrattattuale.

Orbene, senza approfondire il tema della natura degli accordi ex articolo 11 (che ben possono essere assimilati alle convenzioni fra e con la Pubblica Amministrazione come una sorta di accordi-quadro normativi ad oggetto pubblico), per comprendere le ragioni di una simile scelta del legislatore, è opportuno sottolineare che questi abbia avuto riguardo al fatto che, nella specie, si

---

<sup>35</sup> Il richiamo alle liti intercorrenti tra le amministrazioni medesime è contenuto nelle disposizioni del successivo articolo 15 della legge n. 241/1990.

tratta comunque di materia coinvolgente interessi pubblici (ivi comprese le ipotesi riferite a posizioni giuridiche soggettive di parte, quali interessi collettivi di determinati corpi o gruppi sociali), tanto è vero che l'assetto e la composizione di interessi al riguardo sarebbe prevista, ordinariamente, mediante l'emanazione di un provvedimento amministrativo.

Tanto basterebbe a giustificare come mai anche le liti concernenti l'esecuzione di un accordo che tale provvedimento ha sostituito, rimangano in dominio del Giudice Amministrativo, cui l'ordinamento, con clausola generale, affida il controllo giudiziale della cura degli interessi pubblici.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Per altre considerazioni sulla natura degli accordi ex artt. 11 e 15 della legge n. 241/1990 si rinvia a I. Franco, *op. cit.*, sub commento ai rispettivi articoli. Sul tema delle convenzioni e degli accordi pubblicitici, più genericamente, cfr. G.D. Falcon, *Le convenzioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1984; G.D. Falcon, *Convenzioni e accordi amministrativi*, I e II, in Enc. Giur. Treccani, IX, Roma, 1988, ad vocem.

### ***§ 5. I procedimenti azionabili dinanzi al Giudice Amministrativo e le tipologie di sentenze.***

Premessi i chiarimenti forniti nel paragrafo precedente circa la portata ed il significato della giurisdizione esclusiva, è possibile, adesso, abbozzare un prospetto riepilogativo delle azioni esercitabili dinanzi al Giudice Amministrativo, e delle tipologie di sentenze cui può portare il giudizio.

A) in primo luogo, come appare scontato, può, senz'altro esperirsi l'azione di annullamento, diretta, per sua natura a sfociare nella classica sentenza costitutiva recante, appunto, l'annullamento (o la riforma, nei casi di giurisdizione estesa al merito) del provvedimento impugnato.

D'altra parte è opportuno sottolineare che la medesima giurisdizione di annullamento assume allo stato attuale una nuova prospettiva.

Infatti, tralasciando gli effetti dell'annullamento nelle ipotesi ulteriori come ad esempio l'ablazione dell'esclusione da gare e concorsi pubblici, che qui si possono considerare scontati, ritenendo normale il conseguimento del risultato utile (ergo riammissione alla procedura di selezione), se già in passato, anteriormente all'attribuzione al Giudice Amministrativo della giurisdizione sulle liti risarcitorie, si discuteva sugli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione di una gara sul contratto (di appalto di lavori pubblici, o concessione di costruzione e gestione) stipulato con l'impresa aggiudicataria, successivamente risultata vincitrice illegittima, va verificato che cosa comporti tale eventualità, in termini meramente risarcitori, alla luce della attuale normativa di settore.

Invero al riguardo è noto l'orientamento giurisprudenziale prevalente presso i tribunale amministrativi, secondo il quale l'annullamento degli atti inerenti alla gara (in particolare l'aggiudicazione) abbia la forza di travolgere il contratto stipulato sulla base dei provvedimenti risultati illegittimi; di avviso opposto, è, di contro, l'orientamento del giudice di legittimità ordinario.<sup>37</sup> Secondo questo ultimo, infatti, il contratto concluso non viene intaccato dall'eventuale annullamento, potendo sfociare in mere ipotesi risarcitorie, percorribili previa disapplicazione dell'aggiudicazione illegittima.

Pertanto, secondo il primo orientamento, oltre ad eventuali risarcimenti parziali per il tempo decorso prima dell'annullamento effettivo, è evidente che all'impresa vincitrice del giudizio, spetterà il subingresso nella posizione contrattuale del soggetto cui illegittimamente era stato affidato l'appalto (ovvero il diritto alla stipulazione del contratto in luogo di questo ultimo, se il contratto non sia stato ancora concluso).

Nella seconda ipotesi, viceversa, la parte risultata vittoriosa nel giudizio amministrativo, beneficerà, esclusivamente, di un diritto al risarcimento, comprensivo del lucro cessante e delle eventuali chances commerciali perdute.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> In merito, la Cassazione aveva costantemente manifestato un orientamento contrario, ritenendo ininfluenza sugli effetti del contratto già stipulato le vicende giudiziali concernenti la presupposta aggiudicazione. Per l'orientamento opposto della giustizia amministrativa si veda Consiglio di Stato, Sez. VI, 18.06.2002 n. 3338 (consultabile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>38</sup> Si veda, in tal senso, la soluzione adottata dal legislatore della legge 21 dicembre 2001 n. 443 c.d. "*Legge sulle grandi opere*", e del Decreto legislativo 28 agosto 2002 n. 190 (articolo 14 comma 2).

B) In secondo luogo, è opportuno menzionare l'azione di accertamento, che, in buona sostanza, identifica la giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, differenziandola da quella ordinaria di legittimità.

Procedendo schematicamente, è possibile affermare che l'accertamento può essere diretto a:

- 1) il diritto all'ammissione alla gara da cui il ricorrente era stato illegittimamente escluso;
- 2) il diritto a vedere esclusa l'impresa illegittimamente ammessa;
- 3) il diritto alla stipulazione del contratto, quale soggetto legittimo aggiudicatario (eventualmente in luogo del soggetto che illegittimamente era risultato vincitore e aveva già stipulato l'accordo).<sup>39</sup>

C) L'azione giudiziale potrebbe, anche autonomamente qualificarsi come diretta ad ottenere la reintegrazione in forma specifica, intesa come materiale stipulazione del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione a favore di altri (tale azione dovrà, comunque, cumularsi con quella di annullamento, secondo l'orientamento giurisprudenziale affermatosi ed, ormai, pressoché consolidato).

D) Inoltre, l'azione giudiziale potrebbe dirigersi verso forme di risarcimento in quanto tale, ma sempre previo effettivo annullamento dell'aggiudicazione. Ciò può accadere specialmente nell'ipotesi in cui, il contratto stipulato a seguito dell'aggiudicazione illegittima abbia avuto un principio di esecuzione. In effetti, è

---

<sup>39</sup> Per completezza di analisi si deve far notare che alcune delle ipotesi citate nel testo possono inquadarsi anche come fattispecie di reintegrazione in forma specifica.

di tutta evidenza che non possa disconoscersi al soggetto risultato vittorioso nel giudizio di annullamento, la facoltà di optare per il risarcimento dei danni subiti, in luogo della reintegrazione in forma specifica (in luogo, cioè, dell'effettivo subingresso nel contratto).

E) Infine, un'ipotesi che è opportuno considerare a parte, concerne l'azione esercitata da associazioni portatrici di interessi collettivi o diffusi con lo scopo di ottenere la revisione di tariffe, prezzi, condizioni, modalità di espletamento del servizio (specialmente in riferimento agli standard fissati nel contratto di servizio), ovvero alla condanna alla restituzione del surplus di tariffa incamerata. Questa tipologia di azione è da ritenersi comprensiva di annullamento, accertamento e condanna.<sup>40</sup>

Di contro, nel caso in cui si sposasse la tesi descritta poco prima<sup>41</sup>, secondo cui ogni forma di azione concernente il rapporto contrattuale (in specie l'esecuzione del contratto) appartenga alla giurisdizione del Giudice Ordinario, l'elencazione sopra riportata non può comprendere le corrispondenti azioni (in particolare quella di risoluzione per inadempimento, quella di contestazione del recesso altrui, quella con richiesta di adempimento), nonché le altre azioni concernenti il rapporto individuale di utenza.

Siffatta conclusione sarebbe coerente, invece, da un lato con le considerazioni svolte in ordine al riparto della giurisdizione in tema di contratti pubblici,

---

<sup>40</sup> Sono queste le azioni che secondo la prevalente dottrina processuale debbano intendersi ad "oggetto misto" (si veda per tutti C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, vol. I, XV ed., Giappichelli, Torino, 2003, pagg. 63 e ss).

<sup>41</sup> Si veda *infra par. 4*.

dall'altro con l'interpretazione dell'articolo 33, che esplicitamente dispone la predetta esclusione.

**§ 6. La soluzione della controversia per volontà delle parti:  
l'arbitrato.**

Per completezza di indagine, a questo punto, sia pure brevemente, è d'obbligo fornire alcuni elementi di analisi di un altro strumento di risoluzione previsto dal sistema (in particolare dal c.p.c.), per così dire parallelo alla giurisdizione statale o pubblica e cioè della procedura arbitrale di risoluzione di ogni eventuale vertenza che si innesti sul contratto (esecuzione, interpretazione etc.).

Tale modalità di compromissione, come è noto, trae fonte dalla volontà delle parti esplicitata in apposito atto, definito compromesso, separato dal contratto, ovvero mediante apposita clausola compromissoria inserita nello strumento negoziale medesimo<sup>42</sup>.

All'arbitrato le parti possono ricorrere anche in ipotesi di contrasto sulla regolamentazione di un contratto pubblico, a meno che non siano previste preclusioni legislative esplicite o implicite (come accade anche in talune ipotesi in materia civile).

Tralasciando l'illustrazione dell'arbitrato come istituto giuridico disciplinato dal codice di rito<sup>43</sup>, in questa sede, attesi gli obiettivi del presente lavoro, deve concentrarsi l'analisi sulla possibilità riconosciuta dai recenti interventi legislativi

---

<sup>42</sup> Per un esame approfondito della natura e della struttura del procedimento in commento si rinvia a G. Pistone, *L'arbitrato libero*, Esselibri, Napoli, 2004.

<sup>43</sup> Libro IV, Titolo VIII, articoli 806-840 codice di procedura civile.

di compromettere per arbitri le controversie soggette alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.<sup>44</sup>

E' opportuno, rilevare fin d'ora che la previsione della competenza arbitrale in materia conferma, per altro verso, le conclusioni prima raggiunte in tema di appartenenza al Giudice Ordinario della giurisdizione sulle liti concernenti la fase di esecuzione ed interpretazione dei contratti pubblici (quanto meno per il contratto di appalto).

Peraltro la disciplina dell'arbitrato (che di seguito si analizza per grandi linee) nel contesto di riferimento non è lineare né strutturata in maniera organica.

In primo luogo va ricordata la disciplina particolare dell'arbitrato dettata in relazione ai contratti di appalto di lavori pubblici, che, come nella disciplina pregressa, così in quella attualmente vigente, si sostanzia in una forma atipica di arbitrato imposto ex lege.

Atteso che, in questo settore, l'arbitrato riguarda essenzialmente controversie devolute alla giurisdizione del Giudice Ordinario relative al rapporto negoziale, sembrerebbe potersi concludere che la tipologia di arbitrato ammesso, sia quello di diritto comune, disciplinato dal codice di procedura civile.

Senonchè in materia vige una disciplina settoriale (legge n. 109/1994<sup>45</sup>, legge n. 415/1998, Decreto legislativo n. 190/2002 articolo 12) regolante una forma

---

<sup>44</sup> Sull'arbitrato quale strumento di risoluzione delle controversie sorte in tema di opere pubbliche, cfr. V. Domenichelli, *op. cit.*, pagg. 879 e ss. Sull'arbitrato in riferimento alla giurisdizione amministrativa, cfr. E. Cardì, *Modelli processuali arbitrati nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, n. 2/2002, pagg. 314 e ss.

<sup>45</sup> La cosiddetta "Legge quadro sui lavori pubblici".

peculiare di arbitrato, predisposto secondo forme imposte dalla legge, con talune difformità rispetto all'istituto tratteggiato dal diritto comune.

La fonte normativa originaria in materia è rappresentata dalle disposizione degli articoli 43 e seguenti del “*Capitolato generale d'appalto per le opere di competenza del Ministero dei lavori pubblici*” del 1962.<sup>46</sup>

Dette norme prevedevano non solo una inversione a dir poco discutibile dei principi in materia di giurisdizione, nel senso che la risoluzione delle controversie veniva di regola (a prescindere da una apposita previsione contrattuale) affidata ad un collegio di cinque arbitri, a meno che nel contratto non fosse inserita un'apposita clausola di esclusione della competenza arbitrale, in favore del Giudice Ordinario (art. 47; detto sistema è stato però costantemente censurato dalla Corte costituzionale in considerazione dell'affermazione dell'infettibilità della giurisdizione).<sup>47</sup>

Anche la composizione del collegio arbitrale nel pleorico numero di cinque componenti, era imposta ex lege, con attribuzione della presidenza a un magistrato amministrativo (il che, oltre tutto, pareva sintomatico della voluntas legis di mantenere in qualche modo in dominio del Giudice Amministrativo il controllo degli appalti pubblici, anche in relazione a vertenze in principio appartenenti al Giudice Ordinario).

---

<sup>46</sup> Approvato con D.P.R. 16 luglio 1962 n. 1063, ora abrogato dall'art. 231 del regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici n. 109/1994, approvata con D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, e sostituito dal D. M. 19 aprile 2000 n. 145.

<sup>47</sup> Da ultimo, cfr. Corte Costituzionale 9 maggio 1996, n. 152, in Foro Italiano, 1996, I, 1905, richiamata da M. Antonioli, *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in Dir. Proc. Amm., 2/2002 pag. 326 ss.

Il sistema schematicamente descritto ha subito, però, nel tempo, notevoli modifiche apportate essenzialmente con le disposizioni della legge n. 109 del 1994 (in particolare l'art. 32 nella versione risultante dall'ultimo intervento di modifica apportato con legge 18 novembre 1998 n. 415<sup>48</sup>), e relativo regolamento di attuazione<sup>49</sup>.

Limitandoci alle sole modifiche maggiormente rilevanti sul piano dei principi ispiratori, in questa sede è opportuno osservare che, da un lato con l'intervento legislativo indicato è stata rimossa l'anomalia segnalata, nel senso che nel sistema ora approntato la competenza arbitrale subentra alla giurisdizione pubblica solo se esplicitamente prevista nel contratto con apposita clausola, applicandosi in mancanza la regola della giurisdizione ordinaria, e dall'altro si è portato a tre il numero di componenti del collegio, in rispondenza alle regole dettate dal codice di procedura civile.

In particolare, mentre due arbitri vengono nominati direttamente dalle parti, il terzo, con funzioni di presidente (il vero giudice *super partes*) viene nominato da una camera arbitrale costituita presso *l'Autorità di vigilanza dei lavori pubblici*, attingendo da un apposito elenco, tenuto dalla medesima camera, di soggetti ritenuti qualificati, secondo un meccanismo alquanto complesso. La norma, inoltre, testualmente stabilisce che l'arbitrato debba svolgersi secondo diritto.

---

<sup>48</sup> La cosiddetta *Merloni-Ter*.

<sup>49</sup> Il D.P.R. n. 554 del 1999, art. 149 e ss.

E' stato giustamente osservato dalla migliore dottrina<sup>50</sup> che, il nuovo sistema (illustrato concisamente), per quanto possa considerarsi più vicino alla disciplina codicistica, rimane comunque un arbitrato ex lege.<sup>51</sup>

Inoltre, per la prima volta l'articolo 6 comma secondo della legge 205 ha introdotto nell'ordinamento la possibilità di risolvere mediante arbitrato controversie concernenti diritti soggettivi la cui cognizione sia devoluta al Giudice Amministrativo, vale a dire qualsiasi delle materie soggette espressamente alla giurisdizione propria della giustizia amministrativa. La norma, nel prevedere questa ulteriore forma di composizione delle liti, stabilisce espressamente che debba trattarsi di arbitrato "rituale di diritto".

Si tratta di una novità particolarmente significativa, che inevitabilmente ha suscitato dibattiti dottrinari, dato il forte contrasto con l'assetto normativo consolidato previgente e che ha trovato applicazione in relazione agli appalti di servizi e forniture.

Al riguardo occorre chiarire che siffatta possibilità non può in ogni caso estendersi alle situazioni soggettive qualificabili come interesse legittimo, ciò in considerazione sia del dato strettamente testuale, sia della tesi (largamente diffusa

---

<sup>50</sup> Per tutti si veda M. Antonioli, *op. cit.*

<sup>51</sup> Accanto alla forma di arbitrato appena esaminata è il caso di ricordare che la disciplina di settore ne ha previsto una forma per così dire "derogatoria", codificata dalla legge n. 443 del 21 dicembre 2001 e dal Decreto legislativo n. 190 del 20 Agosto 2000.

in dottrina ed in giurisprudenza) in base alla quale gli interessi legittimi integrano posizioni soggettive indisponibili da parte del titolare.<sup>52</sup>

In riferimento a codesta nuova previsione di competenza arbitrale è ipotizzabile l'introduzione sistematica di norme, allo stato mancanti (anche di rango regolamentare attuativo), volte a disciplinarla in concreto, ciò in quanto tale forma di arbitrato non appare intesa ad essere assorbita negli schemi arbitrali propri del diritto comune.

Come è stato opportunamente osservato, con la novella legislativa in commento, rimuovendosi un limite normativo ormai risalente, è stato istituito un parallelismo con le vertenze soggette alla giurisdizione del Giudice Ordinario, dal momento che, in precedenza, le posizioni individuate come diritti soggettivi venivano, in concreto, discriminate a seconda che appartenessero a materie rientranti nella giurisdizione ordinaria (nel qual caso è comunque<sup>53</sup> consentita la compromissione per arbitri), ovvero alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, non potendo in questa ultima ipotesi essere attribuite alla soluzione arbitrale.

In merito alla commentata riforma si deve quindi osservare che, all'atto pratico, il problema (non di poco conto) è stabilire se ci si trovi al cospetto di un diritto soggettivo o viceversa di un interesse legittimo.

---

<sup>52</sup> Tale tesi viene in questa sede ritenuta accettabile per il suo carattere di sintesi ed esemplificativa di una situazione in realtà più complessa, potendosi constatare in alcuni casi come anche posizioni soggettive siffatte siano nella piena disponibilità del titolare.

<sup>53</sup> A ben vedere il medesimo articolo 806 del codice di procedura civile esclude dalla possibilità di essere decise con lodi arbitrali le controversie previste dagli art. 429 e 459 c.p.c., quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale tra i coniugi e le altre che non possono formare oggetto di transazione.

Infine, ed in maniera assolutamente schematica, si può concludere sostenendo che in materia di contratti pubblici, la disciplina in materia di arbitrato prevede:

a) in materia di appalti e concessioni di lavori pubblici, la possibilità di devolvere la soluzione delle istaurande controversie ad un apposito collegio arbitrale, secondo le regole dettate dalla legge n. 109 del 1994 e dei relativi regolamento e capitolato generale;

b) in materia di appalti di servizi pubblici e forniture, nonché in ogni altra materia soggetta alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo, la devoluzione ad arbitri secondo la normativa di cui al comma 2 dell'articolo 6 della legge n. 205 del 2000;

c) in ipotesi di contestazioni in merito ad ogni altra forma di contratto della Pubblica Amministrazione avente ad oggetto materie non comprese nel novero di quelle appartenenti alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo (ad esempio contratto di compravendita anche a seguito di asta pubblica), la possibilità di ricorrere all'arbitrato così come disciplinato dal codice di rito.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> Per una panoramica sui contratti della P.A. diversi da quelli ad evidenza pubblica, cfr. S. Zambardi, *Appalti di servizi e contratti non comunitari*, (parte terza) , in F. Staderini, I. Franco, S. Zambardi, *I contratti degli enti locali*, II ed., Padova, Cedam, 2000. Per una approfondita analisi dei contratti pubblici diversi da quelli canonici (in particolare i cedd. contratti atipici della P.A.), cfr. M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996.

**§ 7. *L'affidamento di lavori, servizi o forniture con procedure a evidenza pubblica.***

Si è già osservato che, nel sistema normativo disegnato dalla pregressa versione dell'articolo 33 del Decreto legislativo n. 80 del 1998, era ravvisabile (nella medesima lettera utilizzata dal legislatore) una rilevante discrasia tra la dichiarata volontà assertiva del comma 1, ove si stabiliva la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo delle sole controversie in materia di pubblici servizi, e il comma 2 lettera e) – a cui corrisponde attualmente la lettera d)<sup>55</sup> – ove, nel precisare che fra le liti comprese in tale devoluzione erano da includere anche quelle relative alle procedure di affidamento di appalti a evidenza pubblica, si indicavano non i soli appalti di servizi ma anche quelli di lavori pubblici e di forniture.

Tale discrasia ha sollevato delicati problemi di incostituzionalità della disposizione di cui alla lettera e) per l'ipotesi di eccesso di delega (questioni poi risolte affermativamente dalla Consulta), e comunque ha stimolato molteplici concezioni dottrinarie tendenti a giustificare la stessa ed a ritenerla compatibile con il sistema.<sup>56</sup>

Ma a seguito dell'emanazione della legge 205 del 2000 ogni questione in merito è da intendersi superata, in quanto la norma de quo, con l'articolo 6 comma 1

---

<sup>55</sup> Come già rilevato la modifica strutturale allo schema dell'articolo 33 del Decreto legislativo è stata apportata dall'articolo 7 della legge 205 del 2000.

<sup>56</sup> In tal senso I. Franco, *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1999, pag. 403 e ss. (ora, con la vigente normativa, ogni questione è superata).

esplicitamente devolve alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo anche la materia degli appalti pubblici in genere.

La norma in commento, infatti, dispone testualmente che “*sono devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo tutte le controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale*”.

Atteso che sull’argomento ci siamo già soffermati in precedenza<sup>57</sup>, in questa sezione del lavoro, è solo opportuno annotare che, da un alto, la nuova forma di giurisdizione esclusiva è chiaramente limitata alle contese che possano insorgere in relazione alla fase di evidenza pubblica, e dall’altro che il testuale riferimento alla scelta del socio, rende palese che la giurisdizione esclusiva così prevista è notevolmente più ampia di quanto potrebbe apparire *icto oculi*, non limitandosi alle procedure di affidamento di appalti e concessioni, ma estendendosi anche a quelle preordinate all’individuazione dei soci privati nella formazione di società miste, preposte specialmente all’esercizio di servizi pubblici.

In ordine, poi, alla questione del riparto di giurisdizione in materia di contratti pubblici, la dottrina maggioritaria<sup>58</sup> ha auspicato una opportuna riunificazione della giurisdizione sull’intera gamma delle controversie fra ente appaltante e impresa appaltatrice, in sostituzione dell’attuale criterio di ripartizione che, grosso

---

<sup>57</sup> Si veda diffusamente *infra par. 4*.

<sup>58</sup> In particolare F. Staderini, I. Franco, S. Zambardi, *op. cit.*, pag. 212 e ss.

modo, segue la linea di demarcazione secondo cui la fase procedimentale di evidenza pubblica fino all'aggiudicazione è di competenza del Giudice Amministrativo, mentre la fase dell'esecuzione del contratto rimane di esclusiva cognizione del Giudice Ordinario.

In ogni caso va rilevato che, se da un lato il legislatore ha inteso attuare una modifica assai incisiva dell'assetto della giurisdizione sulle controversie in materia di servizi pubblici così per l'edilizia come per l'urbanistica, dall'altro ha operato nel medesimo senso per gli appalti, solo in riferimento alle procedure di affidamento.

Di conseguenza, e come detto, le controversie inerenti l'esecuzione dei contratti pubblici restano inevitabilmente affidate alla giurisdizione del Giudice Ordinario.

## ***§ 8. La giurisdizione sul contenzioso in materia di servizi pubblici locali.***

Rinviando al capitolo successivo l'esame della disciplina attualmente vigente in materia di servizi pubblici locali<sup>59</sup>, anche alla luce degli incisi interventi della Corte Costituzionale in materia<sup>60</sup>, in questa sede è quanto mai opportuno fornire una schematica trattazione della giurisdizione correlata alle liti in materia di servizi pubblici locali, concentrando l'attenzione dell'indagine essenzialmente sull'individuazione del giudice competente a conoscere delle relative controversie.

Tale individuazione non può che avvenire sulla scorta delle considerazioni tracciate nei paragrafi precedenti, discostandosi dalle rassegnate argomentazioni solo per alcune necessarie integrazioni e precisazioni in materia di contratti di servizio.

In primo luogo va confermato che, in linea di massima, trattandosi di servizi pubblici locali, le relative controversie vanno ripartite tra Giudice Amministrativo e Giudice Ordinario secondo gli schemi in precedenza descritti, vale a dire individuando il giudice competente nel Giudice Amministrativo per tutte le liti che si innestano sul procedimento (fase ad evidenza pubblica), fino alla stipulazione del contratto di appalto o concessione di servizio pubblico, ivi

---

<sup>59</sup> Sul tema si veda L. Carbone, F. Caringella, F. Romano, *Il nuovo volto della pubblica amministrazione*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2001.

<sup>60</sup> Di particolare rilievo è la sentenza 27 luglio 2004, n. 272 della Corte Costituzionale su cui si veda in maniera diffusa *infra cap. 5*.

comprese le liti aventi ad oggetto il risarcimento o la reintegrazione in forma specifica.

Le vertenze, invece, nascenti dal contratto e che riguardano l'esecuzione o l'interpretazione dello stesso (ad eccezione di quelle derivanti da provvedimenti autoritativi che intervengano ab extra sul rapporto contrattuale) vanno istaurate davanti al Giudice Ordinario. Alla cognizione di questo ultimo appartengono inoltre (secondo il discutibile criterio di cui al comma 2 lettera e dell'articolo 33) le contestazioni concernenti i rapporti individuali di utenza, ivi comprese quelle definite "di massa".

Di conseguenza, tutte le contestazioni concernenti le procedure di ricerca del socio delle società di capitali costituite per la gestione delle reti o degli impianti, ovvero per l'espletamento dei singoli servizi o per le procedure ad evidenza pubblica (gare) per la scelta delle medesime società, appartengono, evidentemente, alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

Con questa premessa è facile arguire che assai numerose sono le vertenze nascenti anche dall'affidamento diretto di servizi pubblici locali (strumento previsto in via derogatoria in determinati casi nella disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza industriale e, come forma ordinaria, invece, in quella dei servizi privi di rilevanza industriale, di cui all'articolo 113bis del Testo Unico degli Enti Locali)<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> La distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale è stata soppressa dall'articolo 14 del Decreto legge n. 269/2003, su cui si veda ampiamente *infra cap. 5 par. 2*.

Tali contestazioni, normalmente, vengono sollevate ad iniziativa di chi intende contestare la ricorrenza dei presupposti per l'affidamento diretto ad altri, e pretenda l'effettuazione di una gara, ovvero di chi ritenga di poter legittimamente aspirare all'affidamento diretto in luogo del soggetto giuridico prescelto dall'ente locale. In tal senso, ad esempio, è di tutta evidenza che non può ritenersi che l'affidamento diretto dell'espletamento di servizi pubblici di natura culturale possa avvenire mediante negoziazione privatistica, o peggio ancora ad libitum, dovendo pur sempre l'ente locale seguire nella scelta un minimum di criteri prefissati.

Al medesimo Giudice Amministrativo, inoltre, appartiene la cognizione di tutte le controversie nascenti dal contratto di servizio.

Ed invero è da tener presente che sebbene, il legislatore, abbia usato il termine contratto, le relative regole sono rintracciabili "a monte" dei contratti di appalto o di concessione, di cui costituiscono un presupposto necessario, così da potersi, ragionevolmente sostenere che ci si trova al cospetto di una vera convenzione o di un accordo amministrativo inteso quale strumento di composizione degli interessi della Pubblica Amministrazione con il privato, o con altre pubbliche amministrazioni<sup>62</sup>.

Siffatta conclusione appare avvalorata dalla considerazione del contenuto del contratto, il controllo del quale appartiene certamente alla sfera di interesse

---

<sup>62</sup> Si pensi in tal senso alle convenzioni urbanistiche o ospedaliere, atti consensuali non autoritativi ma ad oggetto pubblico.

pubblico, atteso che esso si sostanzia nella verifica dei livelli qualitativi e delle modalità di espletamento del servizio fornito.

Se ciò è esatto, si può certamente concludere che la giurisdizione appartiene al giudice Amministrativo sotto un duplice profilo.

Per un verso, infatti, tale tesi appare sostenibile alla luce di quanto si è detto a proposito dell'articolo 33 del Decreto legislativo n. 80/1998, tanto più che in materia di interpretazione, esecuzione e qualificazione del contratto di servizio potrebbero innestarsi le azioni (in genere definite *collettive*), mosse da associazioni di utenti e consumatori portatrici di interessi diffusi (che in precedenza si è sostenuto rientrare nella giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo).

Di converso, se, allo stato, l'assimilazione di detti contratti di servizio agli accordi ex articoli 11 e 15 della legge n. 241 del 1990 appare corretta, del tutto scontata deve ritenersi la conclusione dell'appartenenza delle relative controversie alla cognizione esclusiva del Giudice Amministrativo, alla stregua di quanto si è detto in proposito in precedenza.<sup>63</sup>

Infine, per quanto riguarda la risoluzione delle controversie mediante arbitrato, è evidente che le norme da seguire sono, o quelle dettate dal codice di procedura civile agli articoli 806 e seguenti nel caso che le stesse abbiano ad oggetto materie ricomprese nella giurisdizione propria del Giudice Ordinario, ovvero quelle dettate dall'articolo 6 comma 2 della legge n. 205 del 2000, ove le liti siano

---

<sup>63</sup> In merito si veda *infra parr. 4 e 5*.

inerenti a diritti soggettivi correlati alla giurisdizione esclusiva del Giudice Amministrativo.

## **CAPITOLO QUINTO**

*La disciplina attuale dei servizi pubblici  
locali tra diritto comunitario e giudice delle  
leggi*

## **§ 1. L'evoluzione del quadro normativo di riferimento.**

La vicenda della riforma dei servizi pubblici<sup>1</sup> locali si arricchisce di un nuovo capitolo con la sentenza 27 luglio 2004, n. 272 della Corte Costituzionale.

Come abbiamo visto, l'articolato quadro normativo in cui si inserisce l'intervento della Consulta ha preso avvio con l'articolo 35 della legge finanziaria 2002 (Legge 28 dicembre 2001, n. 448)<sup>2</sup>, che, dopo un lungo periodo di gestazione e un intenso dibattito politico<sup>3</sup>, ha modificato profondamente la disciplina risalente alla legge n. 142 del 1990, confluita successivamente negli articoli 113 e seguenti del Testo Unico sull'Ordinamento degli Enti Locali.

Importanti innovazioni, dopo la riforma del 2001, sono state, poi introdotte, come detto, con l'articolo 14 del Decreto legge n. 269/2003, convertito con modificazioni nella legge n. 326/2003 e quindi con l'articolo 4, comma 234, della Legge 24 dicembre 2003, n. 350 (legge finanziaria 2004), che hanno ulteriormente inciso su aspetti significativi della disciplina in oggetto.

E, come già sottolineato nel corso del lavoro, un duplice ordine di ragioni ha indotto il legislatore ad intervenire nel settore: da un lato, i richiamati rilievi della Commissione Europea sulla precedente normativa, dall'altro l'esigenza di

---

<sup>1</sup> Sulla nozione di pubblico servizio si veda *infra cap. 1 e cap. 2*. Per le posizioni dottrinarie principali si consulti tra gli altri i richiamati U. Pototshnig, *I servizi pubblici*, Cedam, Padova, 1964; R. Alessi, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Giuffrè, Milano, 1956, pag. 37 e ss.; F. Merusi, voce *Servizio pubblico*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1976, 217; S. Cattaneo, voce *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, 1990, 372.

<sup>2</sup> Cfr. C. Cavalieri, *La nuova disciplina dei servizi pubblici di cui all'art. 35 della Legge n. 448/2001 e sua compatibilità con processi di riorganizzazione in atto*, pubblicato su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 4-2002.

<sup>3</sup> Cfr. A. Piazza, *I progetti di riforma dei servizi pubblici locali. Validità dell'autonoma configurazione dello strumento concessorio e l'affidamento diretto a società controllata dall'ente locale alla luce dei principi comunitari*, pubblicato su [www.diritto&diritti.it](http://www.diritto&diritti.it), novembre 2004.

rintracciare un esplicito fondamento al proprio intervento nel novellato articolo 117 della Carta Costituzionale.

In relazione al primo di tali aspetti la soluzione è stata individuata nella nuova qualificazione del connotato della “rilevanza economica” attribuita a determinati servizi pubblici locali, in maggiore aderenza agli orientamenti comunitari; quanto al secondo profilo, significativo è stato il richiamo testuale alla “tutela della concorrenza”, materia riservata per sua natura alla competenza esclusiva dello Stato dall’articolo 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione.

Proprio sull’articolo 14 del citato Decreto legge n. 269/03, commi 1 e 2, e conseguentemente sui novellati articoli 113 e 113 bis del Testo Unico sull’Ordinamento degli Enti Locali, si sono indirizzate le censure mosse dalla Regione Toscana, che ha ritenuto le norme in oggetto in palese contrasto con le disposizioni dell’articolo 117 della Costituzione, atteso che le medesime disciplinano una materia (quella dei servizi pubblici locali) sottratta alla competenza legislativa dello Stato.

Da parte sua la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 272 del 2004 ha, nella sostanza, confermato la legittimità costituzionale delle nuove disposizioni introdotte dall’articolo 14 D.l. n. 269/03, in materia di servizi pubblici locali aventi *rilevanza economica* (articolo 113 T.U.E.L.), limitando la bocciatura alle sole disposizioni inerenti il sistema di aggiudicazione delle gare; in aggiunta ha provveduto a dichiarare costituzionalmente illegittime le norme di cui all’articolo

113 bis del Testo Unico sull'Ordinamento degli Enti Locali, relative alla disciplina dei servizi pubblici *privi di rilevanza economica*.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Per un esame esaustivo dell'evoluzione della disciplina in commento prima delle riforme illustrate nel testo si veda fra gli altri L. Vandelli, *Ordinamento delle autonomie locali*, Maggioli Editore, Rimini, 2000.

## **§ 2. Servizi economici e servizi non economici alla luce del diritto comunitario.**

Come premesso, l'articolo 14 del Decreto legge n. 269/2003, recante *“Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici”*, ha radicalmente modificato la disciplina dei servizi pubblici locali, introducendo una serie di novità assai rilevanti.

Innanzitutto è stata soppressa la distinzione tra *“servizi a rilevanza industriale”* e *“servizi privi di rilevanza industriale”* ed introdotta quella, niente affatto nominalistica, tra *“servizi economici”* e *“servizi non economici”*, contribuendo in tal modo a rendere più chiaro il quadro normativo.

La ratio della norma è quella di affidare in concreto all'interprete l'individuazione delle disposizioni da applicare, non essendo subordinata ad una apposita elencazione la distinzione fra servizi a rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza, a differenza di quanto previsto in precedenza per i servizi a rilevanza industriale, in virtù di un paventato rinvio all'emanazione di un regolamento governativo che, in realtà, non ha mai visto la luce.

In particolare e come accennato, con la riforma, il legislatore ha provveduto a sostituire all'articolo 113 le parole *“di rilevanza industriale”* con quelle *“di rilevanza economica”*, inserendo così una locuzione di portata più ampia, al fine

di riallineare la normativa interna a quella comunitaria, atteso che il Trattato CE àncora il concetto di concorrenza ai servizi economici<sup>5</sup>.

Pertanto è icto oculi evidente che alla base del nuovo indirizzo (che è bene ripetere non è meramente formale) vi è stata l'esigenza di adeguare la materia dei servizi pubblici all'ordinamento comunitario.

L'articolo 14 ha, infatti, tratto il proprio fondamento dalla necessità di sanare la situazione di pre-infrazione<sup>6</sup> sollevata dalla Commissione Europea, che aveva ritenuto l'articolo 35 della finanziaria 2002 non totalmente in linea con i principi comunitari in materia di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, soprattutto con riguardo alla disciplina del cosiddetto periodo transitorio.

In realtà, nelle circostanze in esame, la Commissione aveva proceduto ad inoltrare una costituzione in mora, con la conseguenza che le censure mosse si riteneva fossero superabili con l'emanazione del regolamento governativo previsto dall'articolo 35; ipotesi apparsa poi tecnicamente improponibile per dare

---

<sup>5</sup> Il trattato CE distingue dai servizi di *interesse economico generale* quelli prettamente di *interesse generale*, che si connotano per la loro inerenza all'esercizio di potestà pubbliche e per l'assenza di carattere economico, peculiarità che giustificano la disapplicazione dei principi sulla concorrenza. La Commissione (sulla scorta di alcune decisioni della Corte di Giustizia) ha affermato che la natura di "servizio di carattere generale" può evincersi da determinati elementi difficilmente conciliabili con le attività gestibili mediante impresa; tali elementi sono ravvisabili in: a) la natura non economica dell'attività; b) la mancata ripercussione delle attività oggetto di servizio sugli scambi tra Stati membri; c) la finalizzazione delle attività a funzioni di carattere esclusivamente sociale, da valutarsi anche alla luce delle politiche comunitarie e delle attività che costituiscono prerogative intrinseche dello Stato (Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale in Europa, 25 settembre 2000, com/2000/0580).

Per un contributo in materia, M. Antonucci, *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di Stato*, in Cons. Stato, 2003, II, 1355, nota a Corte Giustizia Europea, 24 luglio 2003, causa 39/03 e 24 luglio 2003, causa 280/00.

<sup>6</sup> Cfr. I. Secco, *La compatibilità con il diritto comunitario del modello dell'affidamento diretto dei servizi pubblici locali*, pubblicato su [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it), settembre 2004.

soluzione alle incongruenze evidenziate, necessitandosi di contro un vero intervento legislativo.

Ne consegue che per valutare compiutamente la portata delle disposizioni introdotte dalla nuova disciplina<sup>7</sup> del 2003 è assolutamente necessario ricomporre un quadro normativo fortemente condizionato dal diritto comunitario.

L'analisi del diritto dell'Unione Europea è utile innanzitutto al fine di chiarire i concetti di “*servizio economico*” e “*non economico*”.

Come già sottolineato in precedenza<sup>8</sup> il diritto comunitario non conosce la nozione di servizio pubblico<sup>9</sup>, ma quella di *servizio di interesse economico generale* e quella di *servizio di interesse generale*, il cui concetto trova definizione sia nel Trattato che nel Libro verde dell'U.E.

In particolare l'articolo 86 comma 2 del Trattato espressamente statuisce che “*le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale, sono sottoposte alle norme del presente Trattato 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*”.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Cfr. sul punto, G. Caia, *Le recenti modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali*, in atti della Giornata su “La nuova riforma dei servizi pubblici locali”, Roma 23 e 24 febbraio 2004, ESI 2004; C. Tessarolo, *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, pubblicato su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), gennaio 2004.

<sup>8</sup> Si veda pag. 144 *infra* nota n. 229.

<sup>9</sup> Per un esame della materia si veda R. Garofoli, *I servizi pubblici*, in F. Caringella, G. De Marzo, F. Della Valle, R. Garofoli, *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000, pagg. 66 e ss.

<sup>10</sup> Sulla nozione comunitaria di servizio pubblico si veda, anche, V. Sottili, *Servizi pubblici e norme comunitarie di concorrenza: l'applicazione dell'art. 90, comma 2, del Trattato CE alla disciplina degli aiuti statali*, in *Giur. It.*, 1995 pag. 944 e ss.

Da tale disposizione si possono ricavare i tre concetti di base della disciplina comunitaria: quello di “servizi di interesse generale”; quello di “servizi di interesse generale economici”; quello di “servizi di interesse generale non economici”<sup>11</sup>.

In particolare, l’espressione *servizi di interesse generale*, secondo quanto precisato nel Libro Verde dedicato a tale tipologia di servizi, non è contenuta nel Trattato, ma è derivata, nella prassi comunitaria, dall’espressione “servizi di interesse economico generale”, utilizzata di contro dal Trattato.

Tale espressione è sicuramente più ampia di quella precedente ed abbraccia sia i servizi di mercato, sia quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale o assoggettano a specifici obblighi di pubblico servizio.

Sulla scorta, invece, del costante orientamento della Corte di Giustizia, i servizi di carattere economico sono attività economiche che vengono offerte sul mercato e che possono essere svolte anche da un privato con finalità di lucro.

---

<sup>11</sup> Gli strumenti attraverso cui i servizi vengono assegnati sono l’appalto e la concessione. Ciò che differenzia l’appalto dalla concessione è che nel primo vi è la prestazione di un servizio indirizzato all’Amministrazione appaltante, che provvede in via diretta alla remunerazione dello stesso, mentre nell’ipotesi della concessione vi è un servizio reso a terzi che si remunera attraverso la normale gestione, e pertanto, sussiste un evidente rischio di gestione in capo al concessionario. Secondo la Commissione e la Corte di Giustizia, nell’ipotesi dell’appalto, diversamente da quanto accade per la concessione, il rischio economico viene dunque supportato in maniera prevalente dall’amministrazione appaltante. Ma se l’appalto di servizi è disciplinato da tutta una serie di regole di rilievo comunitarie, comunque indirizzate alla tutela della concorrenza, più complessa appare l’individuazione delle norme applicabili alle concessione (sulle nuove direttive comunitarie si veda D. Spinelli, F. Petullà, M.A. Portaluri, F. Colagiacomì, *Guida alle nuove direttive appalti*, Il sole 24ore, Milano, 2004). La Commissione, in ogni caso, ha pubblicato una comunicazione interpretativa che, ricostruendo il quadro normativo derivato dal Trattato CEE e le regole di fonte primaria, stabilisce quali sono le disposizioni da applicare nel caso in cui un servizio venga affidato con un sistema diverso dall’appalto: in tale ipotesi, e cioè laddove il rapporto tra Amministrazione e gestore sia configurabile come rapporto concessorio, le regole da applicare sono quelle del Trattato e quindi i principi di *concorrenza, non discriminazione, pubblicità*.

Un servizio è quindi economico quando viene offerto nel mercato dietro il pagamento di un corrispettivo idoneo a coprire i costi e a remunerare il capitale.

Di converso il *servizio non economico* consiste nello svolgimento di attività rese senza finalità lucrative: il soggetto che offre il servizio nel mercato lo fa senza intenzioni di guadagno, ma per fini di pura mutualità. In alcuni casi può anche pattuirsi il pagamento di un corrispettivo, ma l'entità del medesimo non è sicuramente adeguato al costo del servizio fornito.

Se dunque per la copertura dei costi si faccia ricorso alla fiscalità generale o alla determinazione di tariffe con lo scopo di esigere una mera compartecipazione dell'utenza, si ricadrà, inevitabilmente, nella fattispecie del servizio a carattere non economico.

Codesta interpretazione è confermata dalla stessa sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale, nella parte in cui espressamente vengono richiamate le considerazioni espresse dalla Commissione Europea nel Libro Verde sui servizi di interesse generale, evidenziandosi che, “non essendo possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica, poiché la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, anche secondo una costante giurisprudenza comunitaria, spetta al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto in particolare:

- a) dell'assenza di uno scopo prevalentemente lucrativo;
- b) della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività;

c) dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione"<sup>12</sup>.

Inoltre, sempre secondo il Libro Verde i servizi di natura non economica non sono assoggettati a norme comunitarie specifiche, né tanto meno alle norme proprie del mercato interno (sulla concorrenza e sugli aiuti di Stato), mentre sono in ogni caso oggetto delle norme comunitarie che si applicano anche alle attività non economiche e a quelle che non incidono sugli scambi intracomunitari, come il principio fondamentale della non discriminazione e della libera circolazione delle persone.

E' chiaro che il medesimo servizio può avere o non avere carattere economico.

Per taluni servizi, resi dietro il pagamento di un corrispettivo che dovrebbe almeno in linea teorica coprire i costi, la rilevanza economica è di tutta evidenza.<sup>13</sup>

Altri invece, come ad esempio quelli più propriamente sociali, possono avere o meno carattere economico, a seconda del metodo, appunto economico o meno, con cui vengono gestiti.

Ne deriva, pertanto, che l'ambito di applicazione dell'articolo 113, disciplinante i servizi di rilevanza economica, è risultato notevolmente ampliato rispetto alle previsioni dell'articolo 35, potendosi ricomprendere nel medesimo un numero molto maggiore di attività. Dal punto di vista strettamente sistematico, però, questo mutamento di indirizzo del legislatore ha fatto sorgere talune perplessità, tenuto conto che la norma in commento era stata concepita non per i servizi a

---

<sup>12</sup> Sull'argomento cfr. D. Spinelli, F. Petullà, M.A. Portaluri, F. Colagiacomì, *op. cit.* pagg. 86-87.

<sup>13</sup> E' il caso dei servizi idrici, di somministrazione di energia elettrica, di gas, o dei trasporti pubblici.

rilevanza economica, ma per quelli industriali, e che la maggior parte delle norme in esso contenute riguarda la disciplina delle reti e degli impianti.

Dalla disciplina generale contenuta nell'articolo 113 risultano esclusi i servizi di energia elettrica, di distribuzione del gas e, con il completamento della modifica prevista nel decreto ambientale, l'intero settore dei trasporti pubblici locali: a codesti servizi, infatti, vanno applicate esclusivamente ed integralmente le singole discipline di riferimento.

A questi settori che possono definirsi "esclusi" (prendendo in prestito una definizione tipica degli appalti pubblici)<sup>14</sup>, appare evidente che non vengano applicate neppure le ulteriori disposizioni dell'articolo 35 rimaste in vigore. Questo ultimo, infatti, ai commi 7, 9, 10, 11, richiama l'articolo 113 prevedendo norme di attuazione dello stesso.

Se dunque l'articolo 113 non si applica ai settori esclusi, ne deriva che non dovrebbero applicarsi nemmeno le norme con cui si dà attuazione a quanto disposto dall'articolo 113.

Alla medesima conclusione si perviene se si esaminano le altre norme dell'articolo 35, ed in particolare:

a) il comma 6, concernente i servizi con ambito territoriale sovracomunale, non riguarda né l'erogazione di gas, energia elettrica, acqua, né in futuro potrà abbracciare il settore dei trasporti;

---

<sup>14</sup> L'espressione è opportunamente usata da C. Tessarolo, *op. cit.*

b) il comma 8, nel prevedere la disciplina specifica per la trasformazione delle aziende speciali in società per azioni, non può riguardare in alcun modo i predetti settori;

c) il comma 13, infine, nell'abrogare gli articoli 265, 266, 267 del Testo Unico della Finanza Locale, contiene disposizioni volte esclusivamente a modifiche sistematiche, ma prive di ogni riferimento al contenuto dispositivo della normativa in questione.

Ai settori relativi alla distribuzione di gas, acqua ed energia elettrica si applicano, invece, le disposizioni del comma 14, il quale detta norme di principio sugli standard di qualità e sulle modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori.

### ***§ 3. Competenze statali e regionali in materia di servizi pubblici locali.***

Come ricordato in precedenza, una delle ragioni che aveva determinato l'intervento del legislatore nel corso del 2003, era stata la necessità di precisare il titolo giustificativo del proprio intervento nella materia dei servizi pubblici locali a fronte del riparto delle competenze tra Stato e Regioni, operante dopo la riforma del Titolo V della Costituzione.<sup>15</sup>

La soluzione era stata individuata nella tutela della concorrenza, riservata in via esclusiva alla competenza legislativa statale dall'articolo 117 della Costituzione e testualmente richiamata dal primo comma dell'articolo 113 del Decreto Legislativo n. 267/2000, come sostituito dal comma 1 dell'articolo 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269; tale primo comma, peraltro, indica come "inderogabili e integrative delle discipline di settore" le disposizioni relative alle modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali.

I commi 1 e 2 dell'articolo 14 del Decreto legge n. 269/2003 sono stati quindi oggetto di impugnazioni innanzi alla Corte Costituzionale da parte della regione Toscana, che ha ritenuto tali norme contrastanti con l'articolo 117 della Costituzione, in quanto disciplinanti una materia (i servizi pubblici locali) sottratta alla potestà legislativa dello Stato e, al contrario, di competenza esclusiva della Regione.

---

<sup>15</sup> Sull'argomento si veda tra gli altri P. Carrozza, E. Rossi, (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*. Atti del convegno svoltosi a Pisa il 27 e 28 settembre 2002, Giappichelli, Torino, 2004.

La pronuncia n. 272 del 27 luglio 2004 della Corte Costituzionale fornisce un contributo determinante alla definizione degli aspetti più problematici delle questioni, “dalla collocazione della materia all’interno della trama delle competenze legislative previste dal nuovo articolo 117 Costituzione, agli spazi di intervento legislativo che risultano disponibili per lo Stato e le Regioni, fino al ruolo effettivamente ricopribile dalla legge statale e da quella regionale”.<sup>16</sup>

Le conclusioni a cui la Corte perviene con riguardo a questi profili possono essere così sintetizzate:

1) Lo Stato ha titolo per intervenire nella materia dei servizi pubblici locali e il titolo giustificativo di tale intervento è da ricercare nella “tutela della concorrenza” (articolo 117, secondo comma, lettera e, Costituzione).

La tutela della concorrenza non deve, infatti, essere intesa soltanto in senso statico, come protezione dell’assetto concorrenziale che si attua mediante interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma in un’accezione dinamica “che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato e ad instaurare assetti concorrenziali” che si risolvono in interventi di tipo promozionale.<sup>17</sup>

2) L’articolo 14 del decreto legge n. 269/03 è da considerare quale *norma-principio* della materia dei servizi pubblici locali di rilievo economico, la cui

---

<sup>16</sup> Cfr. G. Sciullo, *Stato, Regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, pubblicato in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 7-8/2004.

<sup>17</sup> In merito, oltre alla lettura delle motivazioni dettate sul punto dalla Consulta, si veda anche, A. Vigneri, *Servizi ed interventi pubblici locali*, Maggioli Editore, Rimini, 2004.

disciplina contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale.

3) A giustificazione della competenza statale nella disciplina dei servizi pubblici non può essere invocata “la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali” (articolo 117, secondo comma, lettera m, Costituzione) in quanto, ad avviso della Corte, tale disciplina attiene prevalentemente a servizi aventi rilevanza economica, mentre il principio costituzionale può riferirsi esclusivamente a quelli non economici e in ogni caso “non attiene alla determinazione di livelli essenziali”. Allo stesso modo non possono essere chiamate in causa, quale titolo giustificativo, le disposizioni relative alle “funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane” (articolo 117, secondo comma, lettera p, Costituzione), in quanto, la gestione dei servizi pubblici locali non può essere considerata “una funzione propria e indefettibile dell’ente locale”.

Una volta precisato l’ambito di intervento dello Stato, che può avere ad oggetto tanto la “protezione”, quanto la “promozione” dell’assetto concorrenziale del mercato<sup>18</sup>, la pronuncia della Corte evidenzia tuttavia che tale disciplina statale deve in ogni caso rispondere ad un “criterio di proporzionalità e di adeguatezza”.

Di qui la pronuncia di incostituzionalità dell’articolo 14, comma 1, lettera e) del Decreto legge n. 269/2003, il quale, stabilendo con tecnica auto-applicativa

---

<sup>18</sup> C. Di Gasparre, *I servizi pubblici verso il mercato*, in Dir. Pubbl., 1999, III, pag. 799.

disposizioni di dettaglio in materia di espletamento delle gare per l'affidamento dei servizi, contrasta con il richiamato principio di proporzionalità e adeguatezza. Per quanto concerne i servizi pubblici economici, pertanto, il legislatore statale potrà emanare solo "norme di principio", giustificate dalla tutela della concorrenza, mentre la legge regionale potrà intervenire anche con una disciplina di dettaglio in esecuzione ed integrazione delle norme statali (potestà legislativa regionale concorrente).<sup>19</sup>

Inoltre sia il legislatore statale, che quello regionale dovranno lasciare un ampio spazio alle scelte organizzative dell'ente locale.

In definitiva, per i servizi pubblici economici il quadro normativo di riferimento, delineato dalla riforma dei servizi pubblici locali, giudicato troppo esteso e pervasivo dalla dottrina maggioritaria, rimane sostanzialmente immutato anche dopo l'intervento della Corte Costituzionale.

La Consulta, infatti, non ha ritenuto censurabili (riconoscendo la legittimità dell'intervento statale) tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti come quelli relativi al regime delle gare e alle modalità di gestione e conferimento dei servizi, che per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali.

---

<sup>19</sup> Totalmente diversa è la situazione per i servizi pubblici non economici, per i quali si veda diffusamente *infra par. 6*.

Il medesimo discorso è ancor più rispondente alle caratteristiche proprie del regime transitorio, sul quale ci soffermeremo ampiamente nel prosieguo del lavoro.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Sul tema si veda specificamente *infra par. 5*.

#### **§ 4. I servizi economici: l'erogazione del servizio.**

Le forme di gestione dei servizi aventi rilevanza economica sono disciplinate dall'articolo 113, comma 5, del Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali, nel testo risultante dalle modificazioni introdotte dalle norme di riforma richiamate, non intaccate dalla pronuncia n. 272 della Corte Costituzionale.<sup>21</sup>

La gestione può dunque avere luogo con le seguenti modalità:

- a) a mezzo di società con capitale privato integrale;
- b) a mezzo di società con capitale misto pubblico-privato;
- c) a mezzo di società a capitale interamente pubblico rispondenti al modello cd. *in house providing*.

Le modalità di gestione in tal modo disciplinate risultano coerenti con il diritto comunitario, perché effettivamente dirette a tutelare la concorrenza, onde la necessità di una loro implementazione coerente con i principi enucleati dalla Corte di giustizia e dalla Commissione Europea.

Come precisato in precedenza, però, le norme sopra richiamate non si applicano ai settori dell'energia elettrica e del gas, le cui discipline di settore prevedono l'obbligo dell'affidamento mediante gara.

In particolare è d'uopo sottolineare come per l'energia elettrica l'esperimento della gara è stato reso obbligatorio a partire dal 2030; per la distribuzione del gas il periodo transitorio che è in corso, e che potrà durare alcuni anni, è strettamente

---

<sup>21</sup> Sulle forme di gestione dei servizi pubblici prima della riforma si veda M. Cammelli, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le regioni*, Milano, 1992; G. Rossi, *I servizi pubblici locali. Tipologie delle formule organizzative e analisi delle problematiche*, op.cit.; A. Cannada, P. Bartoli, *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giur. It.*, 1996, pag. 483.

legato alla possibilità di avere proroghe; mentre per i trasporti, dovendosi applicare allo stato l'articolo 113 salvo diversa statuizione, tutti i servizi debbono essere assegnati con il sistema della gara.

Quanto mai opportuno a questo punto, per completezza di analisi è l'indagine delle possibili forme di gestione dei servizi come sopra elencate.

#### ***§ 4.1. Società a capitale interamente privato.***

L'affidamento del servizio ad una società con capitale integralmente privato deve avvenire attraverso una gara ad evidenza pubblica.

In particolare deve trattarsi esclusivamente di una società di capitali: in tal modo il legislatore ha inteso privilegiare i soggetti realmente in competizione a scapito di quelle realtà giuridiche artificiosamente costituite al solo fine di essere ammessi alla partecipazione alle gare, come ad esempio le associazioni temporanee di impresa o i consorzi temporanei.

Inoltre, non potendosi applicare la normativa sugli appalti di lavori né quelle sulle forniture, la società a capitale interamente privato, potrà essere individuata applicando la normativa sugli appalti di servizi.

La medesima Commissione europea, nella comunicazione interpretativa già citata dell'anno 2000 sulle concessioni, ha difatti specificato che l'affidamento delle

stesse, in carenza di una specifica disciplina, deve rispettare i principi comunitari di trasparenza, pubblicità, parità di trattamento, proporzionalità.

Ma, tuttavia, come specifica la norma stessa, deve trattarsi di “gara vera e propria” (e non di semplici procedure ad evidenza pubblica) mirata, attraverso un procedimento concorsuale privo di discrezionalità da un lato, e da un confronto del tutto obiettivo dall’altro, alla selezione del gestore ritenuto più idoneo.

#### ***§ 4.2. Società a capitale misto pubblico-privato in cui il socio privato è selezionato con procedura ad evidenza pubblica.***

Per quanto concerne la società a capitale misto la singolarità della fattispecie consiste nel fatto che dal legislatore è ritenuto sufficiente l’espletamento della gara per la scelta del socio, per cui non sarà necessario procedere ad una ulteriore gara per l’effettivo affidamento del servizio.<sup>22</sup>

Si ritiene, inoltre, che la società mista debba essere veramente tale, nel senso che nella struttura della stessa il socio privato partecipi concretamente, e non soltanto in misura simbolica, alla corresponsione del capitale sociale ed alla gestione dell’impresa.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Sul punto si veda in maniera esauriente G. Scialoja, *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, pubblicato su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 12/2003, ed inoltre C. Tessarolo, *Il partenariato pubblico-privato. La scelta del partner privato*, in *Diritto dei servizi pubblici*, luglio 2004.

<sup>23</sup> D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. pubbl. comun.*, 1997, pag. 76.

Ma, atteso che sul punto la normativa vigente risulta carente, assai opportunamente, nei progetti di legge regionale (come ad esempio quello della regione Toscana) viene prevista una quota minima di partecipazione del privato al capitale sociale.

Alla scadenza, poi, del periodo di affidamento del servizio, essendo necessariamente venuto meno l'oggetto sociale, la società dovrà essere sciolta e conseguentemente posta in liquidazione, a meno che non sia tenuta a svolgere altre attività o altri servizi fuori del territorio di competenza del comune socio, in tale caso la persona giuridica continuerà ad esistere, ma solo al fine di gestire queste ulteriori attività o servizi.

E' evidente che, nel caso in cui il socio sia stato scelto con una procedura di gara effettiva, l'affidamento del servizio non potrà più dirsi diretto, in quanto è tale esclusivamente quello che rimane al di fuori del regime concorrenziale.<sup>24</sup>

#### ***§ 4.3. La gara per l'affidamento del servizio.***

Le modalità di espletamento e di aggiudicazione delle gare per l'affidamento del servizio, prima della sentenza n. 272/04 della Corte Costituzionale, erano

---

<sup>24</sup> Sul problema del rapporto tra scelta del socio, affidamento del servizio da un lato, e affidamento della concessione dall'altro, si veda A. Di Piazza, *I progetti di riforma dei servizi pubblici locali. Validità dell'autonoma configurazione dello strumento concessorio e l'affidamento diretto a società controllata dall'ente locale alla luce dei principi comunitari*, pubblicato su [www.diritto&diritti.it](http://www.diritto&diritti.it), novembre 2004; A. Fracchia, *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in Dir. Amm., 1993.

dettagliatamente disciplinate dal comma 7 dell'articolo 113 del Testo Unico sull'Ordinamento degli Enti Locali, nel testo sostituito dall'articolo 35, comma 1 della Legge n. 448/2001 e prevedevano in particolare:

- a) il rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali;
- b) i criteri per l'aggiudicazione della gara, che venivano individuati nel miglior livello: 1) di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche di prestazione del servizio; 2) dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il rinnovo e manutenzione; 3) dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale;
- c) l'inserimenti di tali elementi nel contratto di servizio.

Ai sensi dell'articolo 14 comma 1 lettera e) del Decreto legge 269/2003 le disposizioni predette dovevano essere inoltre considerate integrative delle discipline di settore.

La Consulta, mentre da un lato, ha riconosciuto la legittimità di “tutte quelle norme impugnate che garantiscono, in forme adeguate e proporzionate, la più ampia libertà di concorrenza nell'ambito di rapporti, come quelli relativi al regime delle gare o delle modalità di gestione e conferimento dei servizi, i quali per la loro diretta incidenza sul mercato appaiono più meritevoli di essere preservati da pratiche anticoncorrenziali”, dall'altro, ha ritenuto “ingiustificato e non proporzionato” l'intervento legislativo statale in relazione *al livello di dettaglio*

con cui sono stati indicati i criteri di indizione e di aggiudicazione della gara e al *carattere integrativo* riconosciuto a tali criteri rispetto alle discipline di settore.<sup>25</sup>

La chiave di lettura di tale decisione deve essere ravvisata, come già evidenziato, nel criterio di proporzionalità e di adeguatezza che deve essere ogni volta ricercato “per delineare l’operatività della competenza legislativa statale e per comprendere, di volta in volta, se la tutela della concorrenza (materia trasversale concernente una pluralità di interessi, anche di competenza regionale) possa legittimare l’intervento legislativo statale”.<sup>26</sup>

Pertanto in merito ai criteri di aggiudicazione della gara vi sarà un’ampia potestà legislativa regionale, fermo restando il rispetto dei principi comunitari.

#### **§ 4.4. Società a capitale interamente pubblico.**

Il novellato quadro normativo prevede, infine, un particolare e nuovo modello di affidamento diretto del servizio, e cioè il cosiddetto modello dell’ *in house providing*.<sup>27</sup>

Tale forma di affidamento, assolutamente coerente ed adesiva ai principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, è prevista per i servizi economici (gestione delle reti ed erogazione del servizio) e per la proroga delle concessioni.

---

<sup>25</sup> Cfr. R. Tassone, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in “Regione e governo locale”, 1992.

<sup>26</sup> D. Capobianco, *Servizi pubblici locali, una riforma da rivedere*, in Italia oggi, 3 settembre 2003.

<sup>27</sup> Si veda sul punto T. Fenucci, *Sulla natura giuridica delle s.p.a. a capitale interamente pubblico*, pubblicato su [www.giustizia.amministrativa.it](http://www.giustizia.amministrativa.it), novembre 2004.

Come accennato, proprio in tema di affidamenti, la materia dei servizi pubblici si avvicina sempre di più a quella degli appalti: in entrambe le ipotesi deve essere garantita la concorrenza, anche se con delle eccezioni, una delle quali è costituita proprio dall'affidamento a società a totale capitale pubblico.<sup>28</sup>

Come ricordato, infatti, anche dalla circolare 19 ottobre 2001, n. 12727 del Dipartimento Politiche Comunitarie, la normativa europea in tema di appalti pubblici, in particolare di servizi, non trova applicazione, secondo l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, qualora manchi un vero e proprio rapporto contrattuale tra due soggetti, come nell'ipotesi di delegazione interorganica o di servizio affidato, in via eccezionale, "in house".<sup>29</sup>

Tale si configura il servizio prestato da un soggetto distinto dall'amministrazione aggiudicataria e sul quale questa ultima eserciti un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi e sempre che il soggetto svolga la parte più importante della propria attività con l'amministrazione o le amministrazioni che lo controllano.

La società così costituita realizza una ipotesi di terzietà formale, ma non sostanziale: ed infatti essa è essenzialmente terza perché dotata di personalità giuridica, ma lo è, comunque, solo formalmente, perché nella sostanza dipende integralmente dall'ente locale.

Tale dipendenza si evince dai tre caratteri che individuano il modello "in house providing", che si sostanziano in:

---

<sup>28</sup> Cfr. C. Alberti, *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazioni*, in Riv. It. Dir. Pubblico com., nn. 3-4, 2001.

<sup>29</sup> Corte di Giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107/98 (cd. sentenza *Teckal*).

1) il capitale interamente pubblico della società (in realtà la Corte di Giustizia ritiene, diversamente dalla previsione di cui all'articolo 113, sufficiente per la configurazione del modello in commento, la presenza di una società addirittura a prevalente capitale pubblico locale della società affidataria);

2) il “controllo analogo” esercitato dall'ente locale;

3) lo svolgimento della parte più importante dell'attività della società nei confronti dell'ente o degli enti che la controllano.

Con l'espressione *controllo analogo*<sup>30</sup> deve intendersi, secondo la giurisprudenza europea e nazionale, un rapporto quasi equivalente ad una relazione di vera e propria *subordinazione gerarchica*.

Si tratta, infatti, di un controllo sulla gestione che è difforme da quello successivo, quale ad esempio quello esercitato in sede di approvazione del bilancio di esercizio o quello esercitato con la nomina di tutti gli organi in conseguenza della partecipazione totalitaria dell'ente.

Il controllo in questione, deve, di contro, risultare concomitante alla concreta attività operativa, non solo attraverso l'esercizio del normale potere di indirizzo, ma anche con il puntuale esame sui principali atti di gestione da effettuarsi anche con l'ausilio di specifici poteri ispettivi.

L'articolo 113 comma 5, prevede inoltre che dette società realizzino la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che le controllano.

---

<sup>30</sup> Si veda M. Galesi, *In house providing: verso una concreta definizione del “controllo analogo”?*, in Urb. e appalti, n. 8/2004 (commento a Consiglio di Stato, sez. V, ord., 22 aprile 2004, n. 2316).

Pertanto un ulteriore aspetto da prendere in considerazione è, senza dubbio, quello relativo al destinatario dell'attività economica esercitata dal gestore ed il criterio alla luce del quale deve considerarsi l'attività svolta è necessariamente quello dell'autonomia dell'operatore.

Ed invero se l'attività economica di codesto soggetto giuridico è per la maggior parte svolta a vantaggio dell'autorità controllante, si è in presenza di un servizio affidato con la formula *in house*, in cui l'ente territoriale utilizza le prestazioni per fini pubblici e per destinarle principalmente a suo vantaggio, come se si trattasse di un servizio interno che agisce per la sua istituzione.

Solo in questo caso peculiare può parlarsi di una proiezione amministrativa dell'ente pubblico, che lo esonera dall'osservare le regole di concorrenza.

Si tratta, a questo punto, di precisare cosa debba intendersi per "parte più rilevante" dell'attività svolta.

Nel caso in cui si voglia far riferimento ad un criterio di carattere meramente percentuale, è opportuno basarsi sulla disciplina dettata in tema di appalti di servizi (anche dei settori specificamente esclusi), che, espressamente prevede, la possibilità di affidare un appalto senza gara ad un'impresa collegata ad una amministrazione aggiudicataria che abbia svolto, nell'ultimo triennio, a favore di questa ultima, l'80% del proprio volume d'affari. Per il rimanente 20% la società dell'*in house providing* potrà agire per i cittadini su richiesta di questi ultimi, ovvero svolgere le gestioni per Comuni limitrofi, purché convenzionati in base ad un accordo di diritto pubblico.

Certamente una tale percentuale appare rispettosa della ratio della norma sull'affidamento *in house*, ma che, secondo la dottrina più autorevole<sup>31</sup> deve essere comunque letta in un'ottica concorrenziale.

In tal senso non può essere tollerato che una società privilegiata in quanto beneficiaria di un affidamento diretto, possa svolgere attività imprenditoriali fuori dal proprio territorio e quindi fare concorrenza ai terzi, essendo, quest'ultima, parte della struttura organizzativa dello stesso ente locale.

Ribadito, dunque, che in linea di principio a codeste società dovrebbe essere inibito lo svolgimento di attività extraterritoriali, appare legittimo che alle stesse possano essere affidati servizi, in virtù di un collegamento funzionale, da altri enti territoriali, fermo restando che tale parte di attività deve risultare assolutamente minoritaria così come previsto dalla norma in discussione.

Parte della dottrina ha anche dubitato della legittimità di siffatto modello gestionale, che potrebbe comportare la violazione di norme a tutela della concorrenza.<sup>32</sup>

Tale interpretazione, tuttavia, non sembra condivisibile, alla luce della disciplina dettata in materia dal diritto comunitario.

Ed infatti, per sottolineare la posizione di assoluta convinzione che la Corte di Giustizia ha nei confronti di tale figura, (che, come accennato, secondo l'orientamento della giustizia comunitaria, può essere anche a prevalente capitale pubblico locale), è utile ricordare che nel recente caso che ha coinvolto il Comune

---

<sup>31</sup> Si veda per tutti G. Caia, *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2004.

<sup>32</sup> C.E.Gallo, *Le fonti del diritto del nuovo ordinamento regionale*, Giappichelli, Torino, 2004.

di Udine, i giudici dell'Unione hanno ritenuto di dover decidere con una semplice ordinanza, ciò in quanto, sul punto, la giurisprudenza è talmente uniforme da non richiedere una pronuncia *ad hoc*, essendo sufficiente il richiamo ai molteplici pacifici, precedenti in materia.

#### **§ 4.5. La proprietà e la gestione delle reti.**

Per quanto concerne la proprietà di reti, impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali, c'è da dire che essa può (ed anzi, nel caso di reti esistenti scorporate “deve”) essere conferita a società non *in house*, a capitale interamente pubblico incedibile dagli enti locali.

Ma se questa è una facoltà per gli enti locali, per le società a prevalente capitale pubblico, erogatrici del servizio e proprietarie di beni, è previsto l'obbligo di effettuare lo scorporo attribuendo la proprietà dei beni ad una società non *in house* a capitale interamente pubblico, con il vincolo della non cedibilità.<sup>33</sup>

Dette disposizioni non si applicano ai settori esclusi e sono derogatorie delle discipline settoriali.

Inoltre, la gestione delle reti, nel caso in cui le discipline di settore ne prevedono la separazione dall'erogazione del servizio, può essere affidata, oltre che ad imprese idonee, da individuare mediante procedure di evidenza pubblica, anche a

---

<sup>33</sup> In pratica la proprietà delle reti può essere o dell'ente locale, o di una società a capitale interamente pubblico.

società di capitali a totale partecipazione pubblica aventi le caratteristiche di organismi *in house*.

Da quanto esposto fin qui emerge come l'articolo 14 del Decreto legge n. 269/2003 delinea due tipologie di società partecipate dall'ente pubblico locale operanti nella materia dei servizi pubblici locali: da un lato, infatti, vi sono quelle che (con espressione abusata) possono definirsi *ordinarie* e dell'altro quelle che, per costituzione e prerogative, sarà opportuno definire *speciali*.

Infatti, sebbene entrambe le categorie appena individuate traggono la loro disciplina (oltre che, naturalmente, dal codice civile) da norme speciali, è evidente come talune di queste non siano portatrici di alcuna forma di privilegio.

Tali sono, in particolare, le società quotate in borsa e quelle a capitale misto il cui socio privato sia stato scelto attraverso l'espletamento di gara con procedura ad evidenza pubblica, che abbiano compiuto la scelta di consegnarsi al mercato, concorrendo quindi anche fuori dal territorio.<sup>34</sup>

Diversa è invece l'ipotesi di società che svolgano il servizio in virtù di un affidamento diretto: in questo caso, infatti, si è in presenza di veri e propri organi indiretti, che, godendo di privilegi, sono assoggettati a legislazione speciale che inibisce loro l'acquisizione dello status effettivo di imprenditore.

Tali tipologie di impresa possono essere individuate nelle società a capitale misto il cui socio privato sia stato scelto *intuitu personae*, in quelle ad integrale capitale pubblico locale e in quelle *in house*.

---

<sup>34</sup> Per un esame delle differenze tra società a capitale pubblico e quelle definite miste, si veda tra gli altri F. Fiorini, *Le s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in Guida Normativa, 1998.

***§5. La disciplina dei servizi non economici alla luce della sentenza n. 272/2004 della Corte Costituzionale.***

L'intero assetto normativo dei servizi pubblici privi di rilevanza economica risultante dalle disposizioni dell'articolo 113 bis del Decreto legislativo n. 267/2000 è stato radicalmente cancellato dalla sentenza 272 della Corte Costituzionale.

In particolare le argomentazioni utilizzate dalla Corte Costituzionale per motivare la pronuncia di incostituzionalità dell'articolo 113 bis sono diretta conseguenza delle considerazioni a sostegno della legittimità dell'intervento dello Stato a tutela della concorrenza nella materia dei servizi pubblici locali di rilievo economico.

Secondo la Consulta, infatti, la tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte delle norme regionali, per la materia dei servizi di rilievo economico, sono richiamate in modo esplicito solo all'articolo 113.

Pertanto l'intervento del legislatore nazionale non può ritenersi giustificato allorché le norme riguardano i servizi privi di rilevanza economica, attesa l'assenza di un mercato concorrenziale e del fine lucrativo caratterizzanti questo settore peculiare.

La disciplina censurata, risultante dalle previsioni dell'articolo 35 della Legge 28 dicembre 2001, n. 448, successivamente modificata dall'articolo 14, comma 2, del Decreto legge 269/2003, prevedeva che i servizi di natura non economica fossero gestiti mediante affidamento diretto, alternativamente all'istituzione, all'azienda

speciale (anche di tipo consortile), alle società per azioni a capitale interamente pubblico con le caratteristiche dell'*in house providing*.

Inoltre la normativa cassata consentiva:

- a) l'affidamento diretto dei servizi culturali e del tempo libero anche ad associazioni e fondazioni costituite o partecipate dagli enti locali;
- b) la gestione in economia, in generale, quando, per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio, non era opportuno procedere all'affidamento esterno.

Appositi contratti di servizio avrebbero poi dovuto regolare i rapporti tra enti locali e soggetti erogatori dei servizi.

Il vuoto normativo creatosi in seguito alla pronuncia di incostituzionalità delle norme sopra richiamate offre lo spunto ad una serie di riflessioni e pone alcuni interrogativi che, anche in questo caso, investono diversi profili, tra cui in particolare il problema della ripartizione della competenza tra Stato e Regioni in materia, le modalità di gestione di tali servizi e i criteri di affidamento degli stessi nelle more della nuova disciplina regionale e locale.

Per quanto attiene alla questione della ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni, è stato evidenziato che la materia trasversale "*determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni*" potrebbe essere in futuro richiamata dal legislatore nazionale per legittimare il proprio intervento collegando, secondo un criterio di proporzionalità e adeguatezza, la garanzia di certi livelli di servizi a specifiche forme organizzative ed è stata sottolineata la presenza, nell'elencazione contenuta

dall'articolo 117 della Costituzione, di altre materie che potrebbero giustificare un intervento legislativo settoriale dello Stato, quali la “promozione e organizzazione di attività culturali” e la “valorizzazione dei beni culturali”.

Allo stato, tuttavia, nell'ambito dei servizi non economici, si assiste al dispiegarsi sempre più ampio della potestà legislativa regionale, sia con la emanazione di norme di principio, sia con l'approvazione di normative di dettaglio.<sup>35</sup>

In merito al secondo aspetto in esame, e cioè le modalità da attuarsi per la gestione dei servizi pubblici, è stato rilevato “il tramonto del principio della tipicità delle forme organizzative” dei servizi pubblici privi di rilevanza economica presente nell'articolo 113 bis e la scomparsa della disposizione relativa all'obbligo di disciplinare tramite apposito contratto di servizio, i rapporti tra enti locali e soggetti erogatori dei servizi (rimanendo ferma la facoltà di stipulare il medesimo contratto di servizio).<sup>36</sup>

Con riguardo alle forme organizzative occorre poi ricordare che, nell'ordinamento sono presenti numerose normative settoriali<sup>37</sup> alle quali rinviava il medesimo comma 1 dell'articolo 113 bis; per tutti gli altri servizi la dottrina maggioritaria è dell'avviso che le scelte gestionali degli enti locali possano essere ricondotte a soluzioni consolidate nel tempo, da quelle più usuali a quelle più innovative.

---

<sup>35</sup> La duplice facoltà indicata integra il complesso delle attività demandate alla “potestà legislativa esclusiva regionale”.

<sup>36</sup> G. Sciuillo, *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/04 della Consulta*, cit.

<sup>37</sup> A questo proposito è opportuno ricordare la Legge n. 266/1991 sul volontariato, la Legge n. 381/1991 (modificata dalla legge n. 52/1996) in materia di cooperative sociali, la Legge n. 383/2000 sull'associazionismo. Ulteriore normativa settoriale da richiamare è il *Codice dei Beni culturali e del paesaggio*.

In particolare, l'elenco delle formule gestionali suggerite è discretamente corposo, essendo ricomprese in esse la gestione in economia, l'istituzione, l'azienda speciale, la società di capitali con partecipazione totalitaria o minoritaria degli enti locali, la società con partecipazione maggioritaria, la concessione, l'associazione, la fondazione (le ultime due modalità sarebbero attualmente applicabili a tutti i servizi e non solo ai servizi culturali e del tempo libero).

Quanto alle modalità di affidamento, in assenza di precisi riferimenti, se da un lato, nel caso di istituzioni o aziende speciali, l'affidamento diretto può ritenersi praticabile e coerente con la normativa europea per l'assenza di un regime concorrenziale, per la concessione dovrà necessariamente valere il principio concorsuale ormai immanente nell'ordinamento tutte le volte in cui debba effettuarsi la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse della Pubblica amministrazione.

Per la società *in house* o per la società mista che si configuri come organismo di diritto pubblico<sup>38</sup> sembrano tuttavia legittimi gli *affidamenti diretti* sulla base dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia Europea.

---

<sup>38</sup> Tra i contributi più recenti in tema di istituto di diritto pubblico è il caso di ricordare, senza pretese di esaustività, D. Pallottino, *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale*, in Foro Amm., TAR, 2003, 2337 (nota a TAR Campania, Napoli, I sez., 20 maggio 2003, n. 5868); B. Delfino, *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e pubbliche amministrazioni*, in Cons. Stato, 2003, II, 1083; B. Mamelì, *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo pubblico*, in Urbanistica e appalti, 2002, 66; G. Vidotti, *Il contenuto del requisito negativo nella nozione di organismo di diritto pubblico*, in Contr. Stato e Enti Pubbl., 1999, 529; E. Chiti, *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in Urbanistica e Appalti, 1999, 71; G. Alpa, A. Carullo e A. Clarizia, *Le s.p.a. comunali per la gestione dei servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 1998; C. Viviani, *Gli organismi di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in Foro It., 1998, IV, 133; F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003 pag. 697.

In questa fase di incertezza, in attesa che le regioni provvedano con proprie leggi a regolare la materia, si apre, inevitabilmente, un notevole spazio agli enti locali, i quali, con specifici atti e avvalendosi di particolari strumenti, potrebbero indirizzare e regolamentare l'organizzazione e la gestione dei propri servizi.<sup>39</sup>

Tra gli strumenti più adeguati emerge, in primo luogo, il contratto di servizio, peraltro già previsto dalla normativa abrogata, finalizzato a formalizzare i rapporti tra l'ente e il soggetto gestore; in secondo luogo le carte dei servizi<sup>40</sup>, destinate a comunicare agli utenti i principi cui l'organizzazione del servizio si ispira, gli impegni dell'amministrazione in relazione agli standard generali e specifici nella fase di erogazione, la qualità delle prestazioni, le garanzie e la tutela offerta al cittadino in caso di violazione dei principi e degli standard fissati.

## ***§ 6. La disciplina dei servizi pubblici, la privatizzazione del settore idrico e il "Decreto Ronchi".***

In futuro non sarà più possibile per gli Enti locali gestire "in house" la raccolta dei rifiuti, il trasporto pubblico e l'acqua, ma la gestione - separata dalla proprietà - sarà soggetta a gara.

---

<sup>39</sup> Si veda A. Zucchetti, *Regolazione ed erogazione del servizio pubblico locale*, pubblicato su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), novembre 2004.

<sup>40</sup> Si veda I. Lorenzo, *Carte dei servizi pubblici e tutela degli utenti*, pubblicato su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), settembre 2004.

In vista della scadenza al 31 dicembre 2011 delle cosiddette gestioni in house dei servizi pubblici locali, il Consiglio dei ministri del 22 luglio 2010 ha approvato in via definitiva il Regolamento di attuazione dell'art.23 bis del decreto legge 112/2008 convertito in legge n.133/2008.

Il Regolamento stabilisce le modalità di gara e la incompatibilità tra amministratori e consiglieri cda delle società. Prevista inoltre entro l'anno l'istituzione di una autorità "terza" per la regolazione delle tariffe.

Con questo provvedimento si porta a compimento la riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tra i quali rientra la raccolta dei rifiuti, il trasporto pubblico locale e la gestione delle risorse idriche. Restano esclusi i servizi sull'energia elettrica e il gas in quanto già regolamentati da specifiche norme.

Il regolamento - come si legge nel comunicato del Consiglio dei Ministri - mira ad impedire l'acquisizione di ingiustificate posizioni di vantaggio nel delicato e strategico settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con la finalità di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi per tutti gli operatori economici interessati, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti all'universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed ai livelli essenziali delle prestazioni, assicurando un adeguato sistema di tutela degli utenti.

Competizione e divisione tra proprietà e gestione sono le parole chiave per capire la riforma come ha spiegato il ministro Fitto in una conferenza stampa tenuta il 22 luglio al termine del Consiglio dei Ministri. Il regolamento - ha detto il ministro -

fissa regole chiare per lo svolgimento delle gare, affinché queste consentano in modo trasparente di selezionare il gestore più efficiente in grado di offrire tariffe più basse. Perché le gare e i rapporti tra ente affidante e soggetto gestore siano chiari e trasparenti, il regolamento introduce motivi di incompatibilità per chi ricopre o ha ricoperto funzioni di amministratore nell'ente affidante vietando a costoro di occuparsi della gestione del servizio.

Fitto ha sottolineato l'importanza della riforma e l'ha definita anche una risposta alle critiche e alle strumentalizzazioni, in particolare sulla paventata privatizzazione dell'acqua. Inoltre, ha aggiunto il ministro "per la prima volta il governo affronta in modo organico la gestione dei servizi pubblici locali".

Sul provvedimento sono stati acquisiti i pareri della Conferenza unificata, del Consiglio di Stato e delle Commissioni parlamentari.

In Italia il dibattito politico sull'acqua ha ormai superato il tema della disponibilità, che pure resta un aspetto critico in alcune zone del Sud. A conquistare il centro della discussione, soprattutto a sinistra, è invece lo slogan «giù le mani dall'acqua» contro la privatizzazione delle gestioni idriche. Rilanciata dalle associazioni ambientaliste e da Rifondazione comunista, che già scelsero questo cavallo di battaglia dentro il governo Prodi, paralizzando per 15 mesi la riforma dei servizi pubblici locali, la battaglia calamita oggi anche ampi pezzi del Pd, l'Italia dei valori di Di Pietro e molte amministrazioni locali guidate dal centro-sinistra. Prende spunto dalla riforma dei servizi pubblici locali

approvata dal Parlamento a novembre con l'articolo 15 del decreto legge Ronchi-Fitto 135/2009.

Per separare la demagogia dalla corretta analisi politica è necessario porsi alcune domande. La legge voluta dal governo Berlusconi prevede effettivamente la privatizzazione del bene acqua? È davvero la privatizzazione il problema-chiave in un paese dove il 90% delle gestioni idriche restano pubbliche? Se così non è, quali sono, invece, i problemi reali?

La legge sui servizi pubblici locali conferma il carattere pubblico del bene acqua. Non è vero che l'acqua possa essere privatizzata, non ci sono dubbi. L'acqua resta un bene amministrato. Restano saldamente nelle mani delle autorità pubbliche l'indirizzo e il controllo amministrativo (agli enti locali e agli Ato), la formazione delle tariffe, la proprietà degli acquedotti, degli impianti di depurazione, delle fognature, degli altri impianti. Il problema è rafforzare (anche tecnicamente) e lottizzare meno queste leve pubbliche di comando del sistema. Resta pubblico anche l'organo di vigilanza (attualmente il Conviri) mentre la discussione principale oggi riguarda l'opportunità di istituire un'Autorità indipendente di settore sul modello delle tlc e dell'energia. Forse, anche qui, potrebbe essere sufficiente potenziare gli strumenti che ci sono dotandoli di maggiore autonomia. Possono essere affidate in concessione, oggi come ieri, a imprese private o a società miste pubblico-privato le gestioni dei servizi idrici di acquedotto, fognatura e depurazione. La riforma voluta dal governo Berlusconi innova sui criteri di affidamento delle gestioni idriche, come degli altri servizi pubblici

locali. Rompe l'asfissiante predominio dell'in house (l'affidamento della gestione senza gara a una società pubblica controllata al 100% dall'ente locale che ha anche compiti di indirizzo e controllo) e generalizza il metodo della gara, creando – questo sì – maggiori spazi di mercato anche per le imprese private.

Due le strade previste dall'articolo 15 per arrivare a una partecipazione privata nella gestione idrica.

La prima via è una liberalizzazione moderata che punta sul principio della «concorrenza per il mercato» e affida la gestione idrica al migliore offerente, fra pubblici e privati, sulla base di una gara. Nell'offerta peseranno vari parametri attinenti al piano di ambito: gli investimenti previsti, le tariffe, la qualità del servizio.

La seconda via è quella di una privatizzazione più strisciante, obbligatoria per le aziende pubbliche controllate dagli enti locali qualora non si proceda alla liberalizzazione. Gli enti locali devono spogliarsi di quote azionarie non inferiori al 30-40% a seconda dei casi. Oppure, nel caso in cui la società sia quotata in borsa, devono scendere sotto il 30% senza però dire come e a chi vendere.

Strade ben diverse anche sul piano politico. La liberalizzazione moderata garantisce trasparenza, oltre che alla procedura di assegnazione del servizio, anche al dibattito pubblico.

La privatizzazione presenta rischi maggiori perché può portare all'aggiramento delle regole di concorrenza limitandosi a «contaminare» un monopolista pubblico con un azionista privato.

È vero che c'è la nuova procedura di gara a doppio oggetto che consente di individuare il socio privato di riferimento e al tempo stesso il miglior piano investimenti/gestione del servizio, ma non sarà facile conciliare nella scelta i due livelli finanziario e industriale, mentre per le società quotate in Borsa non è fissato alcun paletto, se non che gli enti locali devono scendere gradualmente fino al 2015 sotto un tetto massimo di partecipazione del 30%, lasciando spazio anche a soggetti privati scelti non sulla base di gare o della migliore offerta.

Questo non toglie che le polemiche attuali contro la privatizzazione dell'acqua presentino un sapore ideologico. Il gestore può essere indifferentemente una spa controllata dal pubblico o dal privato senza gravi danni, a condizione che restino in mano pubblica tutte le altre funzioni strategiche già dette.

Le polemiche, inoltre, non affrontano il cuore del problema idrico italiano che non è certamente la presenza dei privati nella gestione. Semmai può essere il contrario, l'eccesso di presenza pubblica non solo nelle funzioni "sensibili" ma anche nella gestione industriale.

Oltre il 50% delle gestioni attuali restano nella mani di società in house, controllate dagli stessi enti locali che dovrebbero anche vigilare sul servizio, senza alcuna procedura di trasparenza sui costi o di concorrenza nella qualità dei servizi.

Nel Sud, in particolare, il pubblico dilaga. Come rileva il rapporto Isae sulla finanza pubblica locale per il 2009, il 76% dei 1.738 comuni di Campania, Calabria, Sicilia, Basilicata e Puglia affida attualmente i servizi connessi agli

acquedotti a società per azioni a capitale pubblico o addirittura a strutture dell'amministrazione comunale con la formula della gestione diretta.

Qual è, allora, il cuore del problema idrico italiano? Le ragioni che portarono all'approvazione della legge Galli nel 1994 restano valide, nonostante si siano fatti molti passi avanti dove la legge è stata applicata con coerenza. Gli obiettivi erano tre. Il primo: superare la frammentazione delle gestioni idriche, che allora erano 16mila, piccole e inefficienti. Risultato raggiunto, oggi le gestioni sono un centinaio anche se restano oltre 1.300 gestioni comunali "separate", come sorta di enclave entro i nuovi grandi ambiti territoriali ottimali.

Secondo obiettivo: integrare il ciclo idrico, associando alla gestione dell'acquedotto, quella di depurazione e fognatura, assente su larga parte del territorio. Anche questa trasformazione comporta sinergie, risparmi ed economia di scala.

Terzo: favorire gli investimenti per migliorare lo stato degli impianti e rendere più efficiente la gestione. Il problema è passare da un regime pubblico frammentato, inefficiente e largamente sovvenzionato a un sistema industriale che consenta economie di scala e investimenti adeguati, in larga parte autofinanziati.

Il ritardo maggiore nell'attuazione della Galli riguarda proprio gli investimenti finanziati con contributi pubblici a fondo perduto tipici del vecchio regime: solo il 36% dei programmi viene realizzato perché i fondi restano sulla carta, le finanziarie li tagliano dopo averli promessi. La percentuale di investimenti effettivamente realizzati sale invece al 56% se si considerano gli investimenti

finanziati da banche e project financing (mediante la tariffa) nei nuovi ambiti della legge Galli. Ancora poco, ma è uno scatto. Anche perché oggi è ingenuo pensare che il Tesoro possa farsi carico di investimenti stimati nell'ordine di 60 miliardi entro il 2020.

Blue, il rapporto sul sistema acqua italiano, curato da Anea (associazione nazionale autorità e enti di ambito) e Utilitatis (centro studi vicino al mondo delle aziende pubbliche) presentando i dati sul servizio idrico integrato aggiornati al 2009, tocca uno dei punti-chiave che rende giustizia delle polemiche pubblico-privato. «Le forme di gestione adottate negli Ato revisionati – dice Blue – prevedono affidamenti in house e a spa mista. Osservando la dinamica degli scostamenti delle variabili previste nei piani per le due tipologie di gestioni prescelte, è possibile ipotizzare che le gestioni in house abbiano incontrato maggiori ostacoli nella ricerca del finanziamento degli investimenti e che gli incentivi ad investire siano più efficaci nel caso di società miste».

Ecco qualche dato tratto da Blue. Il grado di copertura del sistema acquedotto tocca oggi il 95,9% della popolazione italiana. Più bassi il grado di copertura della fognatura (84,7%) e della depurazione (70,4 per cento). Gli investimenti previsti nei piani di ambito fino al 2020 ammontano a 60,52 miliardi: la quota di finanziamento pubblico prevista è dell'11,2 per cento. Gli investimenti in acquedotti saranno 15,88 miliardi (56,2% manutenzione straordinaria su opere esistenti, compresi quelli per ridurre le perdite). Investimenti in depurazione e

fognatura: 16,41 miliardi (56,4% su opere esistenti). L'investimento previsto procapite all'anno: 35 euro. Gli investimenti per volumi erogati: 9,74 €/mc.

I costi operativi unitari della gestione, oggi a 0,90 €/mc, sono in crescita verso 0,92 €/mc. Pesa per 0,12 €/mc il canone di concessione, il funzionamento degli Ato e l'indebitamento pregresso degli enti locali. Oggi l'indebitamento pregresso degli enti locali - l'eredità del sistema delle municipalizzate e dell'in house - pesa per 7,6 euro su 100 di costi.

Il consumo è stato di 5,34 miliardi di mc nel 2009 e dovrebbe crescere del 4,4% entro il 2020. La tariffa reale media è stata nel 2009 di 1,29 €/per metro cubo. La tariffa media prevista al 2020 è di 1,57 €/mc.

L'attuazione della legge Galli è stata tutt'altro che una marcia trionfale. Lo conferma il rapporto sui servizi idrici elaborato nel luglio 2009 dal comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (Conviri) presieduto da Roberto Passino. Dei 92 ambiti territoriali ottimali previsti soltanto 69 sono passati al nuovo corso: 8 su 28 al sud, 32 su 45 al nord. Il 34% della popolazione non ha ancora il servizio idrico integrato, mancando di fogne o depuratori. Dove è stato realizzato, si è preferito quasi sempre il trascinarsi di vecchie gestioni. Il sistema dell'in house, gradito ai politici locali perché distribuisce poltrone pubbliche, resta per oltre il 50% delle gestioni.

La modernizzazione resta così un miraggio. Altro che privatizzazione dell'acqua. I nostri servizi idrici restano su un piano inclinato di degrado strutturale, che lasceremo alle future generazioni. A caratterizzare il sistema italiano c'è da anni il

dato delle perdite di acqua dalla fonte al rubinetto: 30, 40 o 50 per cento? La situazione delle perdite delle reti appare generalmente fuori controllo, salvo pochi casi isolati, denuncia ancora il Conviri.

E l'idea di una vera autorità pubblica indipendente che regoli la tariffa idrica o l'estensione all'acqua delle competenze dell'attuale autorità per l'energia? È uno dei temi che di tanto in tanto vengono rilanciati. Anche il governo ci sta pensando come risposta alle accuse di voler svendere l'acqua ai gruppi privati. C'è chi ricorda, però, che abbiamo le tariffe idriche più basse d'Europa e le tariffe di elettricità e gas più alte. E che l'autorità non è necessariamente il miglior modo per difendere gli utenti in un sistema a responsabilità decentrata. Meglio, forse, un'agenzia nazionale che possa fare da supporto tecnico per i comuni e per le strutture amministrative degli Ato. Le polemiche sulle tariffe tengono, però, effettivamente banco.

Oggi convivono due sistemi tariffari, quello della Galli e quello antecedente. Con la Galli a definire la tariffa è il piano di ambito, proposto dal gestore in gara e approvato dall'assemblea dei comuni. «Ci sono stati aumenti – dice il presidente del Conviri Roberto Passino – perché qui la tariffa copre tutti i costi, compresi quelli di manutenzione e di investimento. Questo ha consentito, dove la legge è stata attuata con coerenza, di finanziare investimenti e migliorare il servizio. Nel sistema antecedente, che opera ancora su un terzo del territorio, la tariffa è decisa dai comuni e avviene quel che accade quando la tariffa di un servizio è sotto totale controllo politico: resta bassa e non copre neanche il costo dell'esercizio».

Negli ultimi tre anni le tariffe sono cresciute del 5% annuo, ma restano molto basse nel confronto europeo. Questo - fuori di ogni demagogia - è uno dei punti critici dell'acqua in Italia insieme al basso livello degli investimenti.

Il Governo ha posto ed ottenuto la fiducia della Camera dei Deputati sul provvedimento di conversione del decreto Legge 135 del 25 settembre 09 cosiddetto “salva infrazioni” composto da più di venti articoli riguardanti le più diverse materie: la disciplina dei veicoli fuori uso, la sicurezza del trasporto ferroviario, modifiche al codice dei contratti pubblici, concessioni autostradali, EXPO di Milano, Made in Italy e via dicendo. Uno di questi articoli, il n. 15, riguarda i servizi pubblici locali e reca modifiche all’articolo 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008 n. 112 onde adeguarlo (almeno così è rubricato) alla disciplina comunitaria.

**In sostanza, quale novità apporta l’articolo 15 con particolare riferimento al settore idrico?**

\* sulla gestione “in house” nulla di rilevante salvo precisare che esse scadono alla data del 31.12.2011. Nulla è mutato circa le tre condizioni richieste (capitale interamente pubblico; servizio esclusivo per gli enti soci; controllo dell’ente analogo a quello esercitato sui propri servizi come pure nulla è mutato circa la richiesta delle condizioni “esterne” richieste dall’Autorità Antitrust (e non postulata da nessun provvedimento dell’Unione europea) e cioè l’assenza di un mercato anche potenziale. Il che rende l’affidamento in house difficile se non impossibile, ma questa situazione è anteriore al decreto legge 135;

\* l'articolo 15 prevede che le gestioni in house possono vedersi prorogato l'affidamento sino alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31.12.2011 cedano almeno il 40% del capitale. Letteralmente sembrerebbe che queste gestioni proseguano come tali, anche con un socio privato. Più correttamente - come era possibile nella originaria formulazione dell'articolo 23 bis - si deve sostenere che l'in house si trasforma in società mista pubblico privata, tant'è che è prevista identica procedura competitiva ad evidenza pubblica per la contemporanea scelta del socio privato ed affidamento a questo di specifici compiti operativi. Ovviamente questa operazione è volontaria (non si può parlare di privatizzazione forzata) ma è forte l'incentivo della proroga delle gestioni;

\* sulle società miste la norma, con una modifica apparentemente solo grammaticale ma di grande portata operativa, ha previsto che al socio privato scelto con gara si debba disporre l'attribuzione di specifici compiti operativi anziché dei compiti operativi.

In altri termini non si è più obbligati a far gestire l'azienda al socio privato ma solo fasi o aree operative specifiche. Non c'è bisogno di sottolineare che in questo modo non si va verso la privatizzazione, ma in senso contrario;

\* anche per le società quotate in Borsa è previsto un bonus premiale e cioè il prolungamento degli affidamenti a condizione che riducano, anche progressivamente, la partecipazione pubblica ad una quota non superiore al 40% entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30% entro il 31 dicembre 2015.

**Il Parlamento** ha fatto di più per il settore idrico introducendo una norma (che certamente non accontenta tutti anche per la scarsa chiarezza) tuttavia denota un'attenzione al problema secondo la quale Tutte le forme di affidamento del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23 bis devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006 n. 152 garantendo il diritto alla universalità ed alla accessibilità del servizio.

**Cerchiamo di trarre qualche conclusione:** la privatizzazione non è obbligatoria anche se la spinta politica è evidente e, da più parti, anche conclamata come necessaria. Tuttavia il quadro normativo può offrire agli enti locali qualche linea di resistenza. Anzitutto confermando l'in house (qualcuno ha proposto di tornare all'azienda speciale!!) anche dopo la scadenza del 31.12.2011 portando il (quasi certo) parere negativo dell'A.G.C.M. in sede giudiziaria nazionale ed europea. In alternativa, dal momento che il privato può entrare nella compagine sociale, ma non necessariamente in maggioranza e d'altro canto secondo la nuova disciplina non vi è più obbligo di affidargli l'intera gestione (è cioè di considerarlo un sub concessionario o sub affidatario) ma solo alcuni compiti operativi, l'ente locale può scegliere intelligentemente cosa affidare al medesimo come sempre fanno i Comuni, esternalizzando attraverso gli appalti, alcune attività del

tipo:estendimento reti, manutenzioni o fasi ben definite della gestione, ad esempio potabilizzazione.

**Il "referendum sull'acqua" ammesso dalla Consulta** sarà, in realtà, un voto a 360 gradi pro o contro la politica delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni nell'intero settore dei servizi pubblici locali, dal trasporto ai rifiuti, dall'acqua ai depuratori alle fognature. Sotto il messaggio non privo di demagogia della difesa dell'acqua pubblica, il quesito referendario chiede in realtà l'azzeramento delle riforme per tutti i settori locali. L'operazione è un ritorno alla stagione, mai chiusa fino in fondo, del socialismo municipale, condivisa a destra e a sinistra.

Con la vittoria dei sì si tornerebbe infatti all'emendamento Buttiglione del 2003 che è stato la strada maestra per l'affidamento dei servizi pubblici in house: senza gara, con una trattativa privata, il comune affida il servizio alla propria società, controllata al 100 per cento. Storicamente è questa Spa pubblica la forma di gestione dei servizi locali che si è affermata in Italia negli ultimi 30 anni e che ha avuto il suo apice proprio nella stagione 2003-2008. Non è difficile scorgerne le ragioni, dal lato della politica: moltiplicazioni di poltrone, di gettoni, di appalti, di commesse, tutto affidato a società formalmente private ma controllate dalla politica. Se poi c'è finita dentro qualche parentopoli non ci si può certo meravigliare.

**“Decreto Ronchi”**, la legge che nell'articolo 23 bis sancisce definitivamente il passaggio al settore privato della gestione dei servizi al cittadino, gestione che fino a quel momento era stata ufficialmente pubblica (si fa per dire, come

vedremo in seguito). Fra i servizi interessati uno dei più discussi è quello della distribuzione dell'acqua.

**Le principali novità introdotte dal provvedimento riguardano:**

- \* norme per il raggiungimento degli obiettivi derivanti dal Protocollo di Kyoto nonché per il miglior perseguimento delle finalità di incremento della produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili;
- \* modifiche al decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 109 concernenti l'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari;
- \* disposizioni per i sistemi di misura installati nell'ambito delle reti nazionali e regionali di trasporto del gas e per eliminare ostacoli all'uso e al commercio degli stessi;
- \* adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica;
- \* Made in Italy e prodotti interamente italiani.

**Sulla liberalizzazione dei servizi pubblici locali e la gestione dell'acqua.**

In particolare, il comma 1 dell'articolo 15 del decreto modifica l'articolo 23-bis (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133.

Dal testo dell'articolo 23 bis, come modificato dal decreto approvato, è ora previsto che la gestione dei servizi pubblici locali sarà conferita "in via ordinaria" attraverso gare pubbliche a società miste e la gestione in house ( a totale capitale

pubblico) sarà consentita soltanto in deroga “per situazioni eccezionali” e dietro parere preventivo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Il metodo ordinario di conferimento dei servizi pubblici locali sarà quindi la gara e il ricorso alla società mista dove il privato, individuato mediante procedura ad evidenza pubblica, dovrà essere socio operativo con una quota di partecipazione non inferiore al 40%.

L'approvazione del decreto ha suscitato molte perplessità e contestazioni da parte delle associazioni dei consumatori che ipotizzano indiscriminati aumenti delle tariffe dell'acqua a vantaggio di gruppi industriali privati, anche se nel testo è stato precisato che la proprietà pubblica del bene acqua dovrà essere garantita.

A parte le motivazioni contrarie d'ordine psicologico per un “bene pubblico per eccellenza” regalato ai privati, il vero timore è che l'affidamento ai privati del servizio idrico (pur mantenendo pubblica la proprietà della rete), possa portare ad un incremento ingiustificato delle tariffe.

In estrema sintesi la normativa contestata prevede che le gare ad evidenza pubblica diventano la regola per l'affidamento dei servizi (ad eccezione della distribuzione dell'energia elettrica, del trasporto ferroviario regionale e delle farmacie comunali e compresa l'acqua che, però, rimane bene pubblico) da parte delle amministrazioni.

Le gestioni dovute ad un affidamento “in house” cessano alla data del 31 dicembre 2010; tuttavia, le società partecipate potranno proseguire dopo il 2010 e

potranno mantenere i contratti stipulati senza gara formale fino alla scadenza, nel caso in cui le amministrazioni cedano loro almeno il 40% del capitale.

Diverso il discorso per quanto riguarda le società quotate; il termine slitta al 2013, a patto che abbiano almeno il 40% di quota di partecipazione pubblica al 30 giugno 2013, quota che scende al 30% al 2015.

Lo stesso articolo 15 del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, prevede (comma 1 ter) che tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico integrato di cui all'articolo 23-bis “devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio”.

**Il decreto salito alla ribalta per quella che è stata definita “privatizzazione dell’acqua”, in effetti, riguarda “la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”.**

Ritengo possa essere utile riportare di seguito il testo (coordinato) dell'articolo 23Bis, sopra citato, sulla gestione dei servizi pubblici locali, così come risulta modificato dal decreto legge approvato.

Testo coordinato articolo 23-bis sui servizi pubblici locali di rilevanza economica.

**Il comma 2** prevede che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avviene, in via ordinaria:

a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità;

b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.( Comma così sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. b), D.L. 25 settembre 2009, n. 135).

**Il comma 3** prevede che In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “in house” e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”.

**Il comma 4** prevede che Nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole”.

**Il comma 4-bis** (inserito dall'art. 15, comma 1, lett. c), D.L. 25 settembre 2009, n. 135), prevede che L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in forza dell'autonomia organizzativa e funzionale attribuita dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287, e successive modificazioni, individua, con propria delibera, le soglie oltre le quali gli affidamenti di servizi pubblici locali assumono rilevanza ai fini dell'espressione del parere di cui al comma 4.

**Il comma 5** prevede che Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati.

**Il comma 6** prevede che E' consentito l'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta sia economicamente vantaggiosa. In questo caso la durata dell'affidamento, unica per tutti i servizi, non può essere superiore alla media calcolata sulla base della durata degli affidamenti indicata dalle discipline di settore.

**Il comma 7** prevede che “Le regioni e gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze e d'intesa con la Conferenza unificata di cui all' articolo 8 del decreto

legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, possono definire, nel rispetto delle normative settoriali, i bacini di gara per i diversi servizi, in maniera da consentire lo sfruttamento delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento dei servizi, nonché l'integrazione di servizi a domanda debole nel quadro di servizi più redditizi, garantendo il raggiungimento della dimensione minima efficiente a livello di impianto per più soggetti gestori e la copertura degli obblighi di servizio universale”.

**Il comma 8** prevede che Il regime transitorio degli affidamenti non conformi a quanto stabilito ai commi 2 e 3 è il seguente:

a) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta “in house” cessano, improrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

b) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali non abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011;

c) le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica e privata, qualora la selezione del socio sia avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a) del comma 2, le quali abbiano avuto ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio;

d) 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'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2012; ove siffatta condizione non si verifichi, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2012;

e) le gestioni affidate che non rientrano nei casi di cui alle lettere da a) a d) cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante. (Comma così sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. d), D.L. 25 settembre 2009, n. 135)

**Il comma 9** prevede che Le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, anche non appartenenti a Stati membri dell'Unione

europea, che, in Italia o all'estero, gestiscono di fatto o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto, di una procedura non ad evidenza pubblica ovvero ai sensi del comma 2, lettera b), nonché i soggetti cui è affidata la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali degli enti locali, qualora separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare. Il divieto di cui al primo periodo opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono comunque concorrere alla prima gara svolta per l'affidamento, mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica, dello specifico servizio già a loro affidato. (Comma così sostituito dall'art. 15, comma 1, lett. d), D.L. 25 settembre 2009, n. 135).

**Il comma 10** prevede che 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, adotta uno o più regolamenti, ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, al fine di: (Alinea così modificato dall'art. 15, comma 1, lett. e), D.L. 25 settembre 2009, n. 135)

- 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; (Lettera così modificata dall'art. 15, comma 1, lett. f), D.L. 25 settembre 2009, n. 135)
- b) prevedere, in attuazione dei principi di proporzionalità e di adeguatezza di cui all' articolo 118 della Costituzione, che i comuni con un limitato numero di residenti possano svolgere le funzioni relative alla gestione dei servizi pubblici locali in forma associata;
- c) prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità;
- d) armonizzare la nuova disciplina e quella di settore applicabile ai diversi servizi pubblici locali, individuando le norme applicabili in via generale per l'affidamento di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica in materia di rifiuti, trasporti, energia elettrica e gas, nonché in materia di acqua;
- e) (Lettera soppressa dall'art. 15, comma 1, lett. g), D.L. 25 settembre 2009, n. 135);
- f) prevedere l'applicazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere;

- g) limitare, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale;
- h) prevedere nella disciplina degli affidamenti idonee forme di ammortamento degli investimenti e una durata degli affidamenti strettamente proporzionale e mai superiore ai tempi di recupero degli investimenti;
- i) disciplinare, in ogni caso di subentro, la cessione dei beni, di proprietà del precedente gestore, necessari per la prosecuzione del servizio;
- l) prevedere adeguati strumenti di tutela non giurisdizionale anche con riguardo agli utenti dei servizi;
- m) individuare espressamente le norme abrogate ai sensi del presente articolo.

**Il comma 11** prevede che L' articolo 113 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, e successive modificazioni, è abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni di cui al presente articolo.

**Il comma 12** prevede che restano salve le procedure di affidamento già avviate alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto.

***§ 7. La nozione di servizio pubblico tra giudice della legge e diritto comunitario alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 325 del 17 novembre 2010.***

**In merito alla sentenza della Corte Costituzionale del 17/11/2010 n. 325.**

Sebbene in ambito comunitario non venga mai utilizzata l'espressione "servizio pubblico locale di rilevanza economica", ma solo quella di "servizio di interesse economico generale" (SIEG), la nozione comunitaria di SIEG, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL di rilevanza economica hanno "contenuto omologo". Lo stesso c. 1 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 conferma tale interpretazione, attribuendo espressamente ai SPL di rilevanza economica un significato corrispondente a quello di "servizi di interesse generale in ambito locale" di rilevanza economica, di evidente derivazione comunitaria. Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento, infatti, ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato"; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche "fini sociali") nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni. Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.

La disciplina comunitaria del SIEG e quella censurata del SPL divergono, invece, in ordine all'individuazione delle eccezioni alla regola dell'evidenza pubblica: a) la normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale; b) lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei SPL ed ha, perciò, emanato una normativa che pone tale divieto.

Il testo vigente dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, è conforme alla normativa comunitaria, nella parte in cui consente l'affidamento diretto della gestione del servizio, "in via ordinaria", ad una società mista, alla doppia condizione che la scelta del socio privato "avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica" e che a tale socio siano attribuiti "specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio" (cosiddetta gara ad evidenza pubblica a doppio oggetto: scelta del socio e attribuzione degli specifici compiti operativi). La stessa nuova formulazione dell'art. 23-bis si discosta, però, dal diritto comunitario nella parte in cui pone l'ulteriore condizione, al fine del suddetto affidamento diretto, che al socio privato sia attribuita "una partecipazione non inferiore al 40 per cento". Tale misura minima della partecipazione (non richiesta dal diritto comunitario, ma neppure vietata) si risolve in una restrizione dei casi eccezionali di affidamento diretto del servizio e, quindi, la sua previsione perviene al risultato di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di

affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Ne consegue la piena compatibilità della normativa interna con quella comunitaria.

Secondo la normativa comunitaria, le condizioni integranti la gestione in house ed alle quali è subordinata la possibilità del suo affidamento diretto debbono essere interpretate restrittivamente, costituendo l'in house providing un'eccezione rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica. Tuttavia, la giurisprudenza comunitaria non pone ulteriori requisiti per procedere a tale tipo di affidamento diretto, ma si limita a chiarire via via la concreta portata delle condizioni. Al contrario, il legislatore nazionale, nella versione vigente dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, non soltanto richiede espressamente, per l'affidamento diretto in house, la sussistenza delle condizioni poste dal diritto comunitario, ma esige il concorso delle seguenti ulteriori condizioni: a) una previa "pubblicità adeguata" e una motivazione della scelta di tale tipo di affidamento da parte dell'ente in base ad un'"analisi di mercato", con successiva trasmissione di una "relazione" dall'ente affidante alle autorità di settore, ove costituite (testo originario dell'art. 23-bis), ovvero all'AGCM (testo vigente dell'art. 23-bis), per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante, che deve essere reso entro 60 giorni dalla ricezione; b) la sussistenza di "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento" (commi 3 e 4 del testo originario dell'art. 23-bis), ovvero di "situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e

geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento" (commi 3 e 4 del testo vigente del medesimo art. 23-bis), "non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato". Siffatte ulteriori condizioni si risolvono in una restrizione delle ipotesi in cui è consentito il ricorso alla gestione in house del servizio e, quindi, della possibilità di derogare alla regola comunitaria concorrenziale dell'affidamento del servizio stesso mediante gara pubblica.

È infatti innegabile l'esistenza di un "margine di apprezzamento" del legislatore nazionale rispetto a principi di tutela, minimi ed indefettibili, stabiliti dall'ordinamento comunitario con riguardo ad un valore ritenuto meritevole di specifica protezione, quale la tutela della concorrenza "nel" mercato e "per" il mercato. Ne deriva, in particolare, che al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali - come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici - di applicazione più ampia rispetto a quella richiesta dal diritto comunitario.

La disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - ivi compreso il servizio idrico - rientra nella materia "tutela della concorrenza" di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.

Non appare irragionevole, anche se non costituzionalmente obbligata, una disciplina intesa a restringere ulteriormente - rispetto al diritto comunitario - i casi di affidamento diretto in house (cioè i casi in cui l'affidatario costituisce la *longa manus* di un ente pubblico che lo controlla pienamente e totalmente). Tale

normativa si innesta coerentemente in un sistema normativo interno in cui già vige il divieto della gestione diretta mediante azienda speciale o in economia (introdotto dai non censurati artt. 35 della l. n. 448/2001 e 14 del d.l. n. 269 del 2003) e nel quale, pertanto, i casi di affidamento in house, quale modello organizzativo succedaneo della (vietata) gestione diretta da parte dell'ente pubblico, debbono essere eccezionali e tassativamente previsti.

L'ordinamento comunitario, in tema di tutela della concorrenza e, in particolare, in tema di affidamento della gestione dei servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile per il legislatore degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento. Pertanto, il legislatore nazionale ha piena libertà di scelta tra una pluralità di discipline ugualmente legittime.

Il regime transitorio degli affidamenti non conformi (art. 23-bis, c. 8 del d.l. n. 112/2008), è congruo e proporzionato all'entità ed agli effetti delle modifiche normative introdotte e, dunque, ragionevole. Tali ampi margini temporali assicurano una concreta possibilità di attenuare le conseguenze economiche negative della cessazione anticipata della gestione e, pertanto, escludono la possibilità di invocare quell'incolpevole affidamento del gestore nella durata naturale del contratto di servizio che, solo, potrebbe determinare una possibile irragionevolezza della norma.

La nozione di "rilevanza economica", al pari di quella omologa di "interesse economico" propria del diritto comunitario, va utilizzata, nell'ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discretivo per l'applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi. Ne deriva che, proprio per tale suo ambito di utilizzazione, la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di "tutela della concorrenza", ai sensi del secondo comma, lettera e), dell'art. 117 Cost. Poiché l'ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell'interesse economico del servizio, conseguentemente il legislatore statale si è adeguato a tale principio dell'ordinamento comunitario nel promuovere l'applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio.

"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. In particolare, la previsione di condizioni per l'affidamento diretto del servizio pubblico locale più restrittive di quelle previste dall'ordinamento comunitario non integra alcuna violazione dei 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, 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.

Il legislatore statale, in coerenza con la normativa comunitaria e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato, ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione.

La competenza legislativa esclusiva statale nella materia "tutela della concorrenza" comprende anche la disciplina amministrativa relativa all'organizzazione delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, a prescindere dall'avocazione allo Stato di competenze amministrative degli altri livelli territoriali di governo.

E' costituzionalmente illegittima la prima parte della lett. a) del c. 10 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, in cui si prevede che la potestà regolamentare dello Stato prescriva l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno. L'ambito di applicazione del patto di stabilità

interno attiene infatti alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, e non a materie di competenza legislativa esclusiva statale, per le quali soltanto l'art. 117, c. 6, Cost. attribuisce allo Stato la potestà regolamentare.

La disciplina del servizio idrico integrato va ascritta alla competenza esclusiva dello Stato nelle materie "tutela della concorrenza" e "tutela dell'ambiente" e, pertanto, è inibito alle Regioni derogare a detta disciplina. Ne consegue che, è costituzionalmente illegittimo il c. 1 dell'art. 4 della l. R. Liguria n. 39/2008, in quanto attribuisce alla Giunta regionale una serie di competenze amministrative spettanti al COVIRI (ora CONVIRI), ai sensi dell'art. 161, c. 4, l. c), del d.lgs. n. 152 del 2006. Risulta così violato l' art. 117, c. 2, lett. s), Cost., che riserva allo Stato la competenza legislativa nella materia "tutela dell'ambiente".

Inoltre, è costituzionalmente illegittimo il c. 4 dell'art. 4 della l. R. Liguria n. 39/2008, il quale prevede la competenza dell'Autorità d'ambito a provvedere all'affidamento del servizio idrico integrato, "nel rispetto dei criteri di cui all'articolo 113, c. 7, del d.lgs. 267/2000 e delle modalità di cui agli articoli 150 e 172 del d.lgs.152/2006". La norma censurata impone, infatti, l'applicazione del c. 5 dell'art. 113 TUEL, cioè di un comma abrogato per incompatibilità dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, con il quale, pertanto, si pone in contrasto. In particolare, il citato c. 5 dell'art. 113 è palesemente incompatibile con i commi 2, 3 e 4 dell'art. 23-bis, perché disciplina le modalità di affidamento del SPL in modo difforme da quanto previsto da detti commi.

Sono, altresì, costituzionalmente illegittimi i commi 5 e 6 dell'art. 4 della l. R. Liguria n. 39/2008, in quanto tali norme impongono l'applicazione del c. 15-bis dell'art. 113 TUEL, abrogato per incompatibilità dall'art. 23-bis, con il quale, pertanto, si pone in contrasto. Il citato c. 15-bis dell'art. 113 TUEL, infatti, è incompatibile con il suddetto art. 23-bis, perché disciplina il regime transitorio degli affidamenti diretti del servizio pubblico locale in modo difforme da quanto previsto dal parametro interposto. Ne deriva, pertanto, la violazione dell'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.

Infine, è costituzionalmente illegittimo il c.14 dell'art. 4 della l. R. Liguria n. 39/2008, il quale affida all'Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO) la competenza a definire "i contratti di servizio, gli obiettivi qualitativi dei servizi erogati, il monitoraggio delle prestazioni, gli aspetti tariffari, la partecipazione dei cittadini e delle associazioni dei consumatori di cui alla l.r. 2 luglio 2002, n. 26", in quanto si pone "in contrasto con la normativa statale", cioè con il c. 4, lett. c), del nuovo testo dell'art. 161 del d.lgs. n. 152/2006, il quale ha attribuito al COVIRI la relativa competenza. Anche in tal caso, infatti, la Regione è intervenuta, nella materia "tutela dell'ambiente", attribuendo all'Autorità d'ambito una serie di competenze amministrative spettanti, invece, al COVIRI (ora CONVIRI), ai sensi dell'art. 161, c. 4, lettera c), del d.lgs. n. 152 del 2006, ed ha pertanto violato l'art. 117, c. 2, lett. s), Cost.

E'costituzionalmente illegittimo il c. 1 dell'art. 1 della l. R. Campania n. 2/2010, il quale prevede la competenza della medesima Regione a disciplinare il servizio

idrico integrato regionale come servizio privo di rilevanza economica ed a stabilire autonomamente sia le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio sia il termine di decadenza degli affidamenti in essere, in quanto essa si pone in contrasto con gli artt. 141 e 154 del d.lgs. n. 152 del 2006, l'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, il d.l. n. 135 del 2009 e l'art. 113 TUEL, che ricomprendono il servizio idrico integrato tra i servizi dotati di rilevanza economica. La disciplina statale pone una nozione generale e oggettiva di rilevanza economica, alla quale le Regioni non possono sostituire una nozione meramente soggettiva, incentrata cioè su una valutazione discrezionale da parte dei singoli enti territoriali e ponendosi, altresì, in contrasto con il regime transitorio disciplinato dall'art. 23-bis del d.l. n. 112/2008, il quale non può essere oggetto di deroga da parte delle Regioni.

Al termine di questa dettagliata ricostruzione del quadro normativo in materia di servizi pubblici locali si impongono alcune brevi riflessioni sulla nozione di servizio pubblico alla luce della recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e del diritto comunitario.

Secondo parte della dottrina<sup>41</sup>, con la sentenza n. 272, il giudice della legge, contrariamente a quanto affermato dalla coeva sentenza n. 204, accoglie ed esaspera una nozione decisamente *oggettiva* di servizio pubblico, con la conseguente “dequotazione” del momento soggettivo dell’assunzione del pubblico servizio.

---

<sup>41</sup> In tal senso A. Police, intervento al Seminario di Studi tenutosi presso l’Università degli studi di Perugia sulle sentenze n. 204/2004 e 272/2004 della Corte Costituzionale.

Infatti, secondo tale interpretazione, l'individuazione del servizio pubblico non sarebbe effettuata da un soggetto "politico" ma dal mercato: è servizio pubblico non quello che l'Ente assume come tale, ma quello che viene individuato dal giudice in base a parametri oggettivi, alla stregua del diritto comunitario.

In ultima analisi sembrerebbe decidere il mercato, al contrario del soggetto politico che, praticamente, scomparirebbe dal processo di individuazione del servizio.

Secondo la medesima dottrina (critica nei confronti della pronuncia in commento) l'impostazione della Corte Costituzionale non sarebbe tuttavia corretta, in quanto la Consulta prende a riferimento la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che però, a differenza degli enti territoriali, non ha la natura di istituzione a fini generali.

Per questo ultimo orientamento, i criteri di riferimento non possono essere il mercato, ed in ultima analisi l'autorità giudiziaria; se infatti si rimettesse al giudice la valutazione sulla idoneità del mercato, il giudice diventerebbe giudice sulla "sussidiarietà economica", tralasciando qualsiasi parametro o indice politico.

Le interessanti osservazioni della dottrina richiamata suscitano numerosi stimoli e sono certamente apprezzabili nello sforzo di rinvenire nelle parole della Corte un approccio meramente oggettivo alla nozione di servizio pubblico.

E' però piuttosto evidente che una lettura siffatta della sentenza vada oltre le intenzioni del giudice delle leggi e probabilmente occorre interpretare in modo

diverso la motivazione, il dispositivo della decisione e la problematica del servizio pubblico in rapporto all'ordinamento comunitario.

Ed invero, mentre da un lato vi sono attività che per loro natura tutti i consociati hanno il diritto di svolgere,<sup>42</sup> dall'altro, si manifesta, in maniera sempre più marcata l'esigenza di tutelare il "pubblico interesse".

Se dunque il mercato "privato" si rivela sufficiente ed adeguato a soddisfare gli interessi della collettività, è lo stesso ad esaurire le richieste di prestazioni; se, di contro, il mercato non risulta adeguato al fabbisogno privato, sorge l'ineludibile esigenza di fornire "prestazioni di pubblico servizio" (principio di sussidiarietà orizzontale).

La giurisprudenza, infine, con la sua forza cogente svolge una operazione di valutazione circa la ragionevolezza, la proporzionalità e la legittimità della scelta operata dalla Pubblica Amministrazione, in modo che la stessa (unitamente a quella del legislatore) non si traduca in arbitrio.<sup>43</sup>

Per quanto concerne invece la disciplina dei pubblici servizi locali alla luce del diritto comunitario e della sentenza della Corte Costituzionale in commento, in estrema sintesi si può concludere affermando che in materia di *servizi a rilevanza economica* trovano applicazione in ordine consequenziale il diritto Comunitario, la legislazione Statale in materia e la legislazione Regionale.

---

<sup>42</sup> Il principio della concorrenza è alla base di ogni ordinamento economico che abbia come obiettivo lo sviluppo delle prestazioni da fornire all'utenza.

<sup>43</sup> Sulla proporzionalità e sussidiarietà nella motivazione dell'assunzione del pubblico servizio da parte dell'ente locale si veda A. Pioggia, *Appunti per uno studio sulla nozione di servizio pubblico*, in Quaderni del pluralismo, 1998, pag. 175 e ss.

Di contro in materia di *servizi a rilevanza non economica* trovano applicazione diretta il diritto Comunitario e, in subordine, esclusivamente, la legislazione Regionale.

Da ciò deriva che per i servizi non economici è ammissibile l'affidamento *in house*<sup>44</sup> previsto dal diritto comunitario, anche a società a capitale pubblico maggioritario che rivestano la forma di “organismi di diritto pubblico”.

---

<sup>44</sup> Sul punto si veda diffusamente *infra par. 4*.

## ***Bibliografia***

AA.VV., *Economia Pubblica, I servizi pubblici e l'integrazione economica europea*, anno XXXIV, n. 2, 2004.

AA.VV., *Enciclopedia della finanza (edizione MF)*, Garzanti editore, Milano, 2002.

AA.VV., *Enciclopedia di urbanistica e pianificazione territoriale*, vol. IV, Giuffrè, Milano, 1985.

AA.VV., *Le s.p.a. comunali e la gestione dei servizi pubblici*, Il Sole 24 Ore, Milano, 1998.

AA.VV., *Relazioni al convegno "la direttiva 92/50/Cee in materia di appalti di pubblici servizi attuata con decreto legislativo 17 marzo 1995 n. 157"*, Brescia 27-28 ottobre 1995.

AA.VV., *Servizi pubblici e nuove forme di amministrazione*, atti del XXXXI Convegno di Varenna, Milano, 1996.

ACOCELLA N., *La privatizzazione in Italia*, in *Econ. Pubbl.*, 1989.

ACOCELLA N., *Politica economica e strategie aziendali*, Carocci Editore, Roma, 1999.

ALBERTI C., *Appalti in house, concessioni in house ed esternalizzazione*, in Riv. It. Dir. Pubblico Com., 2001.

ALESSI R., *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Giuffrè, Milano, 1996.

ALPA G., CARULLO A., CLARIZIA A., *Le s.p.a. comunali per la gestione dei servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 1998.

AMORELLI G., *Le privatizzazioni nella prospettiva del trattato istitutivo della Comunità Economica Europea*, Cedam, Padova 1992.

ANTONIOLI B., FAZIOLI R., *La riforma dei servizi pubblici locali*, Il Sole 24 Ore, Milano, 2002.

ANTONIOLI M., *Arbitrato e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000*, in Dir. Proc. Amm., Febbraio 2002.

ANTONUCCI M., *I servizi di interesse economico generale e gli aiuti di stato*, in Consiglio di Stato, II, 2003.

BOITEAU M., *Il concetto comunitario di servizio pubblico e i servizi locali*, in Probl. Amm. Pubbl., 1997.

BOZZI G., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in Enciclopedia del Diritto, XXVIII, Milano, 1977.

CAIA G., *Le recenti modifiche alla disciplina dei servizi pubblici locali*, in atti della "Giornata su la nuova riforma dei servizi pubblici locali, Roma 23 e 24 Febbraio 2004, ESI, 2004.

CAIA G., *I servizi pubblici locali - Evoluzioni e prospettive*, Maggioli Editore, Rimini, 1995.

CAIA G., *Stato e autonomie locali nella gestione dell'energia*, Giuffrè, Milano, 2004.

CAMMELLI M., *I Servizi pubblici nell'amministrazione locale in Italia e in Francia*, in  *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, 1999.

CAMMELLI M., *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, Milano, 1992.

CANNADA A., BARTOLI P., *Servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Giurisprudenza Italiana*, 483, 1996.

CAPOBIANCO D., *Servizi pubblici locali, una riforma da rivedere*, in *Italia oggi*, 3 settembre 2003.

CARABBA M., *Impresa pubblica*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, IV ed., Utet, Torino, 1993.

CARBONE L., CARINGELLA F., ROMANO F., *Il nuovo volto della Pubblica Amministrazione*, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, 2001

CARDI E., *Modelli processuali arbitrari nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, Febbraio 2002

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2003.

CARINGELLA F., DE MARCO G., DELLA VALLE F., GAROFOLI R., *La nuova giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2000.

CARINGELLA F., *Il diritto amministrativo*, Napoli, Simone, 2003.

CARROZZA P., ROSSI E. (a cura di), *Sussidiarietà e politiche sociali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, Atti del convegno di Urbino del 14 marzo 2003.

CASALINI D., *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Novene Editore, Napoli, 2003.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2002.

CASSESE S., FRANCHINI C., (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana. Un profilo*, II ed., Il Mulino, Bologna, 1994.

CASSESE S., *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in Stato e mercato, 1992.

CASSESE S., *Le privatizzazioni in Italia*, in Stato e mercato, 1996.

CASTELLANI L., *Il servizio pubblico locale in Italia e in Europa*, in Rivista Anci, 1996.

CATTANEO S., *Servizi pubblici*, (ad vocem), in Enciclopedia del diritto, XLII, 1990.

CAVALIERI C., *La nuova disciplina dei servizi pubblici di cui all'art. 35 della legge n. 448/2001 e sua compatibilità con processi di riorganizzazione in atto*, pubblicato su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 4 2002.

CERULLI IRELLI V., *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli Editore, Torino, 2002.

CHITI E., *Gli organismi di diritto pubblico tra Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Urbanistica e Appalti*, 71, 1999.

COLOMBARI S., *La gestione dei servizi pubblici a mezzo di società partecipate dall'ente locale: situazione attuale e prospettive*, in *Rass. Giur. En. Elett.*, 1998.

COMITATO TECNICO SCIENTIFICO per il coordinamento in materia di valutazione e controllo strategico nelle amministrazioni dello Stato, *Processi di programmazione strategica e controlli interni nei ministeri, stato e prospettive*, Secondo Rapporto, Pres. Cons. Ministri, Gennaio 2003.

CONFINDUSTRIA, *La riforma dei servizi pubblici locali, relazioni e slides*, atti del convegno di Macerata 28 maggio 2004.

CORALI E., *Un modello di riforma regionale dei servizi pubblici*, Francoangeli, Milano, 2002.

CORSO G.; *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in AA.VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1995.

CORVESE G., *Le società miste locali con partecipazione minoritaria dell'ente pubblico: profili particolari della disciplina*, in AMMANNATI L., CABIDDU C., DE CARLI G.; *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano, 2001.

D'ALBERTI F., *Concessioni amministrative*, (ad vocem), in Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, 2001.

D'ALESSANDRO D., *Sussidiarietà, solidarietà e azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2004.

DEGRASSI L., *La razionalizzazione dello Stato sociale*, Giuffrè, Milano, 2004.

DELFINO B., *Soggetti privati, amministrazioni aggiudicatrici e pubbliche amministrazioni*, in Cons. Stato, II, 1083, 2003.

DE ROSA A., *La privatizzazione formale degli enti pubblici economici nel contesto delle società per azioni in mano pubblica*, in AMMANNATI L., *La privatizzazione delle imprese pubbliche in Italia*, Giuffrè, Milano, 1995.

DI GASPARRE C., *I servizi pubblici verso il mercato*, in Dir. Pubbl., III, 1999.

DI PIAZZA A., *I progetti di riforma dei servizi pubblici locali. Validità dell'autonoma configurazione dello strumento concessorio e l'affidamento diretto a società controllata dall'ente locale alla luce dei principi comunitari*, pubblicato su [www.diritto&diritti.it](http://www.diritto&diritti.it), novembre 2004.

DOMENICHELLI V., *La definizione in via giudiziaria o arbitrale delle controversie in materia di opere pubbliche*, in VILLATA R., (a cura di ), *L'appalto di opere pubbliche*, Cedam, Padova, 2001.

DONATI D., FAZIOLI R., *La trasformazione in società per azioni delle aziende pubbliche locali: una riflessione sulle opportunità ed i rischi della privatizzazione formale*, in Economia delle fonti di energia e dell'ambiente, n. 2, 1996.

DUGATO M., *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Giuffrè, Milano, 1996.

ENEA, *Conferenza Nazionale Energia e Ambiente*, atti del convegno di Roma, 1998.

FALCON G.D., *Convenzioni e accordi amministrativi*, (ad vocem), in Enc. Giuridica Treccani, IX, Roma, 1988.

FALCON G.D., *Le convezioni amministrative*, Giuffrè, Milano, 1994.

FENUCCI T., *Sulla natura giuridica delle s.p.a. a capitale interamente pubblico*, pubblicato su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), novembre 2004.

FIORINI L., *Le s.p.a. a prevalente capitale pubblico*, in Guida normativa, 1998.

FRACCHIA A., *Servizi pubblici e scelta del concessionario*, in Dir. Amm., 1993.

FRANCO I., *Il nuovo procedimento amministrativo*, Cedam. Padova, 2001.

FRANCO I., *Strumenti di tutela del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Cedam, Padova, 1999.

GALESI M., *In house providing: verso una concreta definizione del "controllo analogo"?*, in Urbanistica e Appalti, n. 8 2004.

GALLI R., *Corso di diritto amministrativo*, III ed., Cedam, Padova, 2001.

GALLO C.E., *Le fonti del diritto del nuovo ordinamento regionale. Una prima lettura*, Giappichelli, Torino, 2004.

GARLATTI A., *L'impresa pubblica e il controllo del gruppo locale*, Egea S.p.A., Milano, 1994.

GIANNINI M.S., *Il pubblico potere*, Il Mulino, Bologna, 1986.

GIORGETTI G., *Imprenditorialità e regolazione: le politiche di privatizzazione nei mercati locali*, in *Economia e diritto del terziario*, n. 2 1996.

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. Com.*, 2000.

JAEGER P.G., *Problemi attuali delle privatizzazioni in Italia*, in *Giur. Comm.*, I, 1992.

LORENZO I., *Carte dei servizi pubblici e tutela degli utenti*, pubblicato su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), settembre 2004.

MAJONE G.D., LA SPINA A., *Deregulation e privatizzazioni: differenze e convergenze*, in *Stato e mercato*, 1992.

MAMELI B., *Un possibile ridimensionamento della nozione di organismo pubblico*, in *Urbanistica e appalti*, 66, 2002.

MANDRIOLI C., *Diritto processuale civile*, XV ed., Giappichelli, Torino, 2003.

MARCHETTI P.G., *Le privatizzazioni in Italia: leggi e documenti*, in *Rivista delle società*, 1994.

MARZIOLI P., SORACE C., *Concessioni amministrative*, (ad vocem), in *Digesto discipline pubbliche*, III, Torino, 1989.

MASSERA A., *Partecipazioni statali e servizi di interesse pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1978.

MEDIOCREDITO CENTRALE, *Mercato dell'energia elettrica verso la liberalizzazione*, Roma, 1998.

MERUSI F., *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Giuffrè, Milano, 1977.

MERUSI F., *Servizio pubblico*, (ad vocem), in *Novissimo Digesto Italiano*, XVII, Torino, 1976.

NAPOLITANO G., *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, 2004.

ORICCHIO O., *Tutela del consumatore e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2001.

PAJNO A., *Servizi pubblici e tutela giurisdizionale*, in *Dir. Amm.*, 1995.

PALLOTTINO D., *Appalti sotto soglia, imprese pubbliche e organismi di diritto pubblico nella disciplina comunitaria e nazionale*, in *Foro Amm.*, Tar, 2337, 2003.

PERFETTI L., POLIDORI P., (a cura di), *Analisi economica e metodo giuridico*, Cedam, Padova, 2003.

PINELLI C., *Privatizzazione dei servizi pubblici locali in Italia e in Francia*, in *Mercati, amministrazioni e autonomie territoriali*, Torino, 1999.

PIOGGIA A., *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998.

PISTONE G., *L'arbitrato libero*, Esselibri, Napoli, 2004.

POTOTSHING U., *I servizi pubblici*, Cedam, Padova, 1964.

QUADRIO CURZIO A., FORTIS M, (a cura di), *Le liberalizzazioni e le privatizzazioni dei servizi pubblici locali*, Il Mulino, Bologna, 2000.

RANGONE N., *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1998.

REGONINI G., *Capire le politiche pubbliche*, Il Mulino, Bologna, 2001.

RODANO G., SALTARI E., *Lineamenti di teoria economica*, NIS, Roma, 1995.

ROSSI G., *Pubblico e privato nell'economia di fine secolo*, in AA.VV., *Le trasformazioni del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1995.

ROSSI P., *Le autorità di regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2004.

ROVERSI MONACO M., *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Giappichelli, Torino, 2004.

ROVERSI MONACO M., (a cura di), *Sussidiarietà e pubbliche amministrazioni*, Rimini, 1997.

RUPENI A., *Chi vuole e chi non vuole il cambiamento*, in *L'Impresa Pubblica*, n. 7, 1993.

SARACENO P., *Il sistema delle imprese a pp.ss. nell'esperienza italiana*, Giuffrè, Milano, 1975.

SCIULLO G., *La procedura di affidamento dei servizi pubblici locali tra disciplina interna e principi comunitari*, pubblicato su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 12, 2003.

G. SCIULLO G., *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004 della consulta*, pubblicato su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), n. 7-8, 2004.

SECCO I., *La compatibilità con il diritto comunitario del modello dell'affidamento dei servizi pubblici locali*, pubblicato su [www.jus.unitn.it](http://www.jus.unitn.it), settembre 2004.

SIGNORETTA N., *Procedimenti di acquisizione di beni e servizi: l'evidenza pubblica*, pubblicato su [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it), ottobre, 2004.

SORACE D., *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1992.

SORACE D., *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1997.

SOTTILI V., *Servizi pubblici e norme comunitarie di concorrenza: l'applicazione dell'art. 90 comma 2 del Trattato CE alla disciplina degli aiuti statali*, in *Giur. It.*, 1995.

SPIEZIA F., MONEA P., IORIO E., *I servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2004.

SPINELLI F., PETULLA' F., PORTALURI M.A., COLAGIACOMI F., *Guida alle nuove direttive appalti*, il Sole 24 Ore, Milano, 2004.

STADERINI F., FRANCO I., ZAMBARDI S., *I contratti degli enti locali*, II ed., Cedam, Padova, 2000.

TASSONE R., *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in Regione e Governo, 1992

TERRACCIANO G., *Appalti di servizi e appalti di forniture, individuazione dell'oggetto del contratto e i contratti misti nella disciplina nazionale e comunitaria*, in Riv. Consiglio di Stato, II, 1996.

TESSAROLO C., *Il nuovo ordinamento dei servizi pubblici locali*, pubblicato su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), gennaio 2004.

TESSAROLO C., *Il partenariato pubblico-privato, la scelta del partner privato*, pubblicato su [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it), luglio 2004.

TRETOLA L., *I servizi pubblici locali*, Esselibri, Napoli, 2004.

VANDELLI L., *Ordinamento delle autonomie locali*, Maggioli Editore, Rimini, 2000.

VIDOTTI G., *Il contenuto del requisito negativo nella nozione di organismo di diritto pubblico*, in Contr.Stato e Enti locali, 529, 1999.

VIGNERI A., *I processi di liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità dalla XIII alla XIV legislatura*, in *Le Regioni*, n. 6, 2002.

VIGNERI A., *Servizi ed interventi pubblici locali*, Maggioli Editore, Rimini, 2004.

VILLATA R., *Pubblici servizi, discussioni e problemi*, Milano, Giuffrè, 1999.

VIVIANI C., *Gli organismi di diritto pubblico: orientamenti interpretativi del giudice comunitario e dei giudici italiani a confronto*, in *Foro It.*, IV, 1998.

ZUCCHETTI A., *Regolazione ed erogazione del servizio pubblico locale*, pubblicato su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), novembre 2004.

## *Giurisprudenza citata*

- 1) Cassazione Civile n. 2738/1997.
- 2) Cassazione Civile Sezioni Unite, 24 luglio 1989.
- 3) Cassazione Civile Sezioni Unite, 6 giugno 1991.
- 4) Cassazione Civile Sezioni Unite, 6 maggio 1995, n. 4989.
- 5) Cassazione Civile Sezioni Unite, 30.03.2000, n. 71.
- 6) Consiglio di Stato, Sezione V, 3 aprile 1990, n. 319.
- 7) Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 498/1995.
- 8) Consiglio di Stato, Sezione VI, n. 1206/2001.
- 9) Consiglio di Stato, Sezione VI, 18. giugno 2002, n. 3338.
- 10) Consiglio di Stato, Sezione V, 22 aprile 2004, n. 2316.
- 11) Corte Costituzionale, n. 466/1993.
- 12) Corte Costituzionale, n. 152/1996.
- 13) Corte Costituzionale, n. 292/2000.
- 14) Corte Costituzionale, n. 272/2004.
- 15) Corte di Giustizia Europea, 15 gennaio 1998, C-44/96.
- 16) Corte di Giustizia Europea, 18 novembre 1999, C-107/98.
- 17) Corte di Giustizia Europea, 10 maggio 2001, riun. C-223/99, C-260/99.

- 18) Corte di Giustizia Europea, 24 luglio 2003, C-39/03.
- 19) Corte di Giustizia Europea, 24 luglio 2003, C-280/00.
- 20) TAR Piemonte, Sezione II, 17 novembre, 2000, n. 1193.
- 21) TAR Campania, Sezione I, 20 maggio 2003, n. 5868.

## *Siti Internet consultati*

- 1) [www.act.bo.it](http://www.act.bo.it)
- 2) [www.altraofficina.it](http://www.altraofficina.it)
- 3) [www.ambiente.sinp.net](http://www.ambiente.sinp.net)
- 4) [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it)
- 5) [www.autorità.energia.it](http://www.autorità.energia.it)
- 6) [www.camera.it](http://www.camera.it)
- 7) [www.cipecomitato.it](http://www.cipecomitato.it)
- 8) [www.ciscoacque.it](http://www.ciscoacque.it)
- 9) [www.confservizi.i](http://www.confservizi.i)
- 10) [www.contram.it](http://www.contram.it)
- 11) [www.cortedeiconti.it](http://www.cortedeiconti.it)
- 12) [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)
- 13) [www.cpt.pisa.it](http://www.cpt.pisa.it)
- 14) [www.deaprofessionale.it](http://www.deaprofessionale.it)
- 15) [www.diritto.it](http://www.diritto.it)
- 16) [www.diritto2000.it](http://www.diritto2000.it)
- 17) [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it)

- 18) [www.federgasacqua.it](http://www.federgasacqua.it)
- 19) [www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com)
- 20) [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it)
- 21) [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)
- 22) [www.giusizia-amministrativa.it](http://www.giusizia-amministrativa.it)
- 23) [www.governo.it](http://www.governo.it)
- 24) [www.jusunitn.it](http://www.jusunitn.it)
- 25) [www.lavoce.info](http://www.lavoce.info)
- 26) [www.lexfor.it](http://www.lexfor.it)
- 27) [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)
- 28) [www.megasnet.it](http://www.megasnet.it)
- 29) [www.minambiente.it](http://www.minambiente.it)
- 30) [www.minindustria.it](http://www.minindustria.it)
- 31) [www.parlamento.it](http://www.parlamento.it)
- 32) [www.quirinale.it](http://www.quirinale.it)
- 33) [www.sapere.it](http://www.sapere.it)
- 34) [www.sdconsulting.it](http://www.sdconsulting.it)
- 35) [www.simone.it](http://www.simone.it)
- 36) [www.tennacola.it](http://www.tennacola.it)
- 37) [www.utn.it](http://www.utn.it)