

Ar2

Pietro Adami

I servizi pubblici locali dopo il referendum



Copyright © MMXII
ARACNE editrice S.r.l.

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

via Raffaele Garofalo, 133/ A-B
00173 Roma
(06) 93781065

ISBN 978-88-548-5489-5

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: novembre 2012

Indice

Prefazione di Fabio Marcelli

Capitolo I

I servizi pubblici locali dopo il referendum e la sentenza della Consulta 199/2012

1.1. Premessa. 1.2. Definizione di servizi pubblici locali 1.3 Le forme di gestione 1.4 Il diritto comunitario 1.5 La vicenda referendaria 1.6 Le norme post referendum 1.7 La sentenza della Consulta 199/2012

Capitolo II

Costituzione e soppressione delle società a partecipazione pubblica locale. I vincoli della spending review

2.1. Premessa; ricognizione delle norme vigenti. 2.2. Le varie tipologie di società. Le società di gestione di servizi pubblici locali e le società strumentali. 2.3 Alcune riflessioni sulla possibilità di individuare una terza categoria di società, ovvero le società istituite per la produzione di servizi di interesse generale 2.4 Il decreto legge sulla così detta *spending review* 2.5 La composizione degli organi amministrativi.

Capitolo III

L'evoluzione normativa e giurisprudenziale dell'in house providing. Il controllo analogo e la dedizione prevalente ai bisogni dell'ente pubblico.

3.1. Introduzione 3.2 La teoria soggettiva. L'organismo di diritto pubblico 3.3 Il requisito del controllo analogo 3.4 Il requisito dell'attività prevalentemente svolta a favore dell'ente affidante 3.5 La doppia gara ed il c.d. "in house spurio"

Capitolo IV

Limiti all'azione delle società a partecipazione pubblica locale

4.1. I principi comunitari 4.2 I limiti per i gestori di servizi pubblici locali 4.2.1 Il limite dell'affidamento originario 4.2.2 Le attività precluse 4.3 Le eccezioni al divieto di attività ulteriori 4.3.1 Le società quotate in mercato regolamentati 4.3.2 La società a capitale misto pubblico-privato 4.3.3 Le interpretazioni restrittive 4.3.4 L'esclusione della prima gara 4.4 Le limitazioni all'attività per le società strumentali. Il decreto Bersani 4.5 Partecipazione di secondo e terzo livello 4.6 La tesi dell'oggetto sociale esclusivo

Capitolo V

Cenni settoriali. Acqua, rifiuti e trasporti pubblici locali

5.1. Il servizio idrico integrato 5.1.1 L'affidamento del servizio 5.1.2 Organismi di vigilanza settoriale e tariffazione 5.2 Il servizio integrato dei rifiuti 5.3 Trasporto pubblico regionale e locale 5.3

4

Conclusioni

Bibliografia

Prefazione

di Fabio Marcelli

La vittoria del referendum sulla questione dell'acqua pubblica ha costituito in Italia un passaggio epocale nell'affermazione del concetto di bene comune, riferito a un elemento essenziale per la vita umana e per la vita *tout-court*, oggetto negli ultimi tempi di un inquietante processo di privatizzazione.

Lungi dal risolvere tutti i problemi, però, il referendum ha aperto un'ulteriore fase di dibattito ed elaborazione, che si sta svolgendo tuttora, in ordine a quello che può essere il miglior modo per gestire tale elemento.

Il libro di Pietro Adami, che pubblichiamo nella collana "Globalizzazione e diritto", approfondisce tale dibattito, portando il contributo prezioso di un avvocato amministrativista che ha vissuto dal di dentro in primo luogo la vicenda Teckal davanti alla Corte di Giustizia Europea, poi le fasi di questa battaglia referendaria, e in particolare la discussione di fronte alla Corte costituzionale in sede di ammissibilità del referendum, sostenendo la possibilità di supplenza del diritto comunitario.

Si tratta di un dibattito indubbiamente affascinante sul piano politico, laddove il discorso relativo ai beni comuni, declinato in modo ben più coraggioso che in Europa dalle nuove democrazie latinoamericane, segna l'orizzonte necessario della salvaguardia ambientale e della trasformazione sociale.

Non meno interessante, tale dibattito, e il libro di Pietro Adami ne è prova, sul piano più propriamente giuridico.

Oltre all'aspetto appena richiamato dell'attualità, sul piano delle nuove elaborazioni costituzionali, dei beni comuni e sulla precisa estensione di un concetto che va ulteriormente definito in modo tale da coglierne a pieno la portata innovatrice, ci sono due aspetti che meritano attenzione e che da soli valgono la pubblicazione di questo studio nella collana "Globalizzazione e diritto".

Il primo è costituito dalla funzione di supplenza assunta dalla normativa comunitaria a fronte del vuoto legislativo paventato dagli

oppositori del referendum. Una funzione che risulta di estremo interesse, anche se ovviamente non costituisce una grossa novità a fronte del crescente ruolo della normativa di origine europea nel nostro ordinamento e in quelli degli Stati membri dell'Unione europea in genere, ma che in questo caso può assumere ulteriori valenze, spesso imprevedute e forse anche in certa misura imprevedibili.

Il secondo risiede invece nella centralità assunta, in materia, dalla giurisprudenza, sia comunitaria che nazionale, a partire da quella appena richiamata della Corte costituzionale.

Due supplenze, quindi, che si giustificano e si spiegano per l'incapacità o non volontà del legislatore di regolare una materia di questa complessità e di questi molteplici risvolti dal punto di vista del potere economico, sia delle imprese che dei vari soggetti che gravitano nel mondo politico, se è vero che, come rivelato da una recente inchiesta dell'Espresso, è nelle società municipalizzate, addette a una serie di servizi, che sta il cuore del potere di quella che in Italia si definisce sempre più spesso la "casta".

Al centro del dibattito sulla migliore soluzione normativa sta peraltro, a ben vedere, proprio l'intreccio pubblico-privato e il modo di governare tale intreccio. Se beninteso tale intreccio deve esistere e in che misura. E' il tema delle società miste che sta al centro del libro.

Se è vero che, come dice un antico adagio, il diavolo sta nei dettagli, non si potrà mai sottovalutare il ruolo assunto dai giuristi rispetto a una materia come quella che è oggetto dello scritto di Pietro Adami.

Capitolo I

I servizi pubblici locali dopo il referendum e la sentenza della Consulta 199/2012

1.1 Premessa

Lo statuto giuridico dei beni e dei servizi comuni incide profondamente sui diritti fondamentali dell'uomo.

La storia della riflessione sul tema dei beni comuni non può trovare spazio in questa analisi. Si può, però, fare un riassunto delle puntate più recenti, per chi avesse seguito distrattamente la storia degli ultimi anni.

Dopo la crisi dei primi anni '90, i concetti più avanzati sono stati elaborati nel quadro dei movimenti referendari e popolari di ripubblicizzazione dell'acqua.

Il problema dello sfruttamento delle risorse idriche è al centro dell'attenzione mondiale da circa un trentennio. Nel 1977 si teneva a Mar del Plata la prima Conferenza delle Nazioni Unite sull'Acqua, che aveva per tema le risorse idriche mondiali e le loro modalità di sfruttamento. Nel 1980 l'ONU istituiva il «Decennio Internazionale dell'Acqua Potabile e dei Servizi Igienici» (1981-1990) e successivamente il 2003, veniva dichiarato - sempre dall'ONU - 'Anno mondiale dell'acqua'.

In quell'anno si teneva a Firenze il Forum Mondiale Alternativo dell'Acqua che, ispirandosi al concetto di acqua come bene comune necessario alla vita, criticava le politiche fondate sulla trasformazione dell'acqua in merce, ponendo l'istanza di una proprietà e gestione pubblica della risorsa idrica, come garanzia di libero accesso per tutti.

Nel marzo 2006 si teneva a Roma il primo Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua, cui partecipavano centinaia di realtà territoriali e decine di reti nazionali, associative, sindacali e politiche, con un' importante conclusione condivisa: la necessità di un cambiamento che segnasse una svolta radicale rispetto alle politiche che avevano

trasformato l'acqua in una qualunque merce, postulando la sua gestione con logiche *pure* di mercato.

In particolare in Europa la gestione delle risorse si era rivelato un investimento del capitale ancora remunerativo, a differenza della produzione di beni, sottoposta a più dura concorrenza dei paesi emergenti, e ciò generava crescenti pressioni liberalizzatrici.

L'analisi del movimento per l'acqua prendeva le mosse dalla difficoltà di accesso ai beni fondamentali da parte di una larga parte della popolazione mondiale, anche a causa di modi di produzione parassitari e distruttivi. Secondo il movimento solo una proprietà pubblica e un governo pubblico e partecipato dalle comunità locali potevano garantire la tutela della risorsa, il diritto e l'accesso all'acqua per tutti e la sua conservazione per le generazioni future.

Nel contempo si apriva una nuova fase di riflessione sul governo mondiale dell'economia, perché la recente e travolgente crisi finanziaria ed economica mondiale, poneva in luce come i paesi più 'socialisti', resistessero meglio alle folate speculative. Viceversa il liberismo più spinto, accoppiato alla globalizzazione e frenetica circolazione dei capitali, così come generava enormi guadagni in poco tempo, così rispondeva più elasticamente alle grandi crisi, entrando rapidamente in gravi fasi recessive.

In questo quadro le lotte per il riconoscimento e la difesa dell'acqua come bene comune acquisivano una rilevanza e una diffusione senza precedenti, assumendo anche un valore simbolico rispetto ad un nuovo modello di sviluppo e come strumento per prevenire conflitti bellici, oggi sempre più determinati dalla competizione per il controllo delle risorse naturali strategiche.

Le lotte contro la privatizzazione e per il diritto d'accesso all'acqua e alle risorse naturali divenivano quindi il motore di cambiamenti sociali e politici epocali in America Latina (basti pensare alla Bolivia che oggi, primo paese al mondo, ha un Ministro per l'Acqua o all'Uruguay che ha deciso, attraverso referendum, di inserire l'acqua come diritto umano e bene comune nella Costituzione) e in diverse aree geografiche planetarie (prima fra tutte, la lotta delle donne e dei contadini indiani contro le dighe del Narmada) .

Il Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua decideva quindi di formulare una proposta di legge d'iniziativa popolare con gli obiettivi di tutela della risorsa idrica e di gestione della stessa attraverso strumenti di democrazia partecipativa. Questa proposta e la successiva proposizione di quesiti referendari in tema di ri-pubblicizzazione del servizio idrico integrato erano l'occasione, soprattutto in occasione della notevole mobilitazione della raccolta popolare delle firme, per un rilancio del dibattito anche in Italia.

Un importante tassello di questa riflessione sui beni e le risorse comuni è stato costituito dal lavoro della commissione ministeriale presieduta da Stefano Rodotà, composta da giuristi ed economisti, che lavorava nella legislatura 2006 - 2008, sulla riforma del Capo II, Titolo I del Libro III del Codice Civile.

Il dato di partenza era che lo statuto dei beni pubblici è «*disperso in mille rivoli, in classificazioni formalistiche del Codice Civile, nonché in una miriade di leggi e leggine speciali*»¹.

Quella Commissione provava a metter ordine, usando come guida i valori della Costituzione, poiché «*il regime giuridico dei beni pubblici costituisce il fondamento economico e culturale più importante per la realizzazione del disegno di società contenuto nella Costituzione stessa*»²

Il punto di partenza della commissione (come si legge nella relazione di accompagnamento al Progetto di Legge Delega) è molto interessante: «*la riforma si propone di operare un'inversione concettuale rispetto alle tradizioni giuridiche del passato. Invece del percorso classico che va 'dai regimi ai beni', l'indirizzo della Commissione procede all'inverso 'dai beni ai regimi'.*»

I lavori si concludevano con la presentazione di un Disegno di Legge Delega che superava la tassonomia del codice civile, abbandonando la categoria del demanio e quella del patrimonio, per introdurre

¹ Come afferma U. MATTEI nel volume a cura di U. MATTEI, E. REVIGLIO e S. RODOTÀ sui *Beni pubblici dal governo democratico dell'economia alla riforma del Codice Civile 2010*, che riporta gli atti di un convegno sui lavori della Commissione Rodotà ed i lavori stessi, tenutosi nell'aprile 2008 presso l'Accademia dei Lincei che ha pubblicato il volume

² *Ibidem*

una prospettiva funzionale alle utilità che i beni sono in grado di produrre.

In particolare, i beni venivano suddivisi in tre categorie³:

- beni comuni: «*che si sottraggono alla logica proprietaria tanto pubblica quanto privata, per mettere al centro una dimensione collettiva di fruizione diretta di lungo periodo*» essi esprimono «*utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona*» e possono appartenere a persone pubbliche o private;

La disciplina prevista dalla Commissione tiene conto delle generazioni future e della necessità di garantire, indipendentemente dalla titolarità, una fruizione collettiva dei beni comuni «*nei limiti e secondo le modalità fissate dalla legge*».

Quando la proprietà dei beni è comune, essi sono posti *extra commercium* e possono formare oggetto di concessione solo nei casi previsti dalla legge e comunque per una durata limitata e improrogabile. Alla pubblica amministrazione è riconosciuta la tutela risarcitoria, mentre ciascun individuo ha accesso a quella inibitoria, in nome del diritto alla salvaguardia e fruizione di questi beni. Sono beni comuni, tra gli altri: i fiumi, i torrenti e le loro sorgenti; i laghi e le altre acque; l'aria; le foreste, i lidi e i tratti di costa dichiarati riserva ambientale; la fauna selvatica e la flora tutelata; i beni archeologici, culturali, ambientali e le altre zone paesaggistiche tutelate⁴;

- beni pubblici: questa categoria sostituirebbe quella della demanialità e della patrimonialità; Essa ricomprende al proprio interno due articolazioni che sono i *beni ad appartenenza pubblica necessaria* «*che appartengono alla stessa essenza di uno Stato sovrano*» (tra questi le strade e gli acquedotti; essi soddisfano interessi generali fondamentali, la loro cura spetta allo Stato e agli enti pubblici territoriali; non sono alienabili né usucapibili) e i *beni pubblici sociali* «*fortemen-*

³ Si veda anche U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Il Mulino, Bologna, 2007, p.32.

⁴ Ciò in parte riprende una teoria tradizione per cui alcuni beni sarebbero demaniali per natura. A.M. SANDULLI, *Beni Pubblici, Enciclopedia del Diritto*, Milano 1959, p. 284.

te finalizzati, attraverso un vincolo di scopo, agli aspetti misti e sociali del nostro disegno costituzionale» (tra questi: gli edifici pubblici adibiti a ospedali, istituti di istruzione e asili; essi soddisfano bisogni corrispondenti ai diritti civili e sociali della persona);

• beni privati ad appartenenza pubblica (anche definiti beni pubblici fruttiferi): sono gestiti da persone pubbliche con strumenti di diritto privato, ma possono essere alienati qualora venga meno la necessità dell'utilizzo pubblico e si verifichi l'impossibilità di continuare il godimento in proprietà con criteri economici. I beni pubblici fruttiferi, sono sostanzialmente disponibili, ma con *«un caveat generale, molto importante»*: questi beni *«fanno pur sempre parte del patrimonio per così dire "liquido" di tutti noi»*. Tutti i cittadini italiani *«sono titolari pro quota di beni pubblici»*, onde eventuali alienazioni comportano garanzie e compensazioni per tutti i titolari di tale portafoglio collettivo di proprietà⁵.

I lavori della commissione erano interrotti dalla cessazione anticipata della legislatura, tuttavia i risultati raggiunti dal punto di vista scientifico sono tuttora sul tavolo e pronti per essere ripresi in una nuova, auspicabile, stagione di riforme.

⁵ Scrive in proposito S. SETTIS, *«La Costituzione e i beni pubblici: si è avviato un processo che sotto l' etichetta di federalismo demaniale borseggia il portafoglio proprietario della cittadinanza e di ciascuno di noi, e lo ridistribuisce a Regioni ed enti locali, utilizzandolo come una sorta di salvadanaio di terracotta, da fare a pezzi per prelevarne ogni spicciolo e gettarlo al vento. In base alla legge Calderoli, lo Stato cede 19.005 unità del proprio demanio, per un valore nominale di oltre tre miliardi. Passano a Comuni, Province e Regioni beni del demanio idrico e marittimo, caserme e aeroporti, catene montuose, e così via. Il trasferimento comporta che una parte di questi beni diventerà immediatamente disponibile alla vendita. Un' altra porzione passerà invece al demanio degli enti locali e delle Regioni, cioè resterà inalienabile sulla carta: ma la stessa legge prevede una forma strisciante di privatizzazione, e cioè il versamento gratuito di beni pubblici, anche demaniali, in fondi immobiliari di proprietà privata, purché i privati versino nello stesso fondo beni di proprietà equivalente. Si capisce così come mai il monte Cristallo sia stato valutato 259.459 euro, e le intere Dolomiti 866.294 euro»*, in La Repubblica, 24 agosto 2010, p.54.

Già in precedenza, comunque, con specifico riferimento all'acqua, si era manifestata l'esigenza di una ridefinizione dell'assetto proprietario dei beni di più rilevante importanza pubblica. La c.d. legge Galli del 1994, all'art. 1, aveva introdotto il concetto di «*servizio idrico integrato*» per riferirsi a «*l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue*» ed al comma 1, superando definitivamente la storica distinzione tra acque pubbliche e private aveva affermato che: «*tutte le acque superficiali e sotterranee, anche non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà*»⁶. Tale impostazione è stata confermata dal Codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152 del 2006) laddove ha previsto che: «*tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato*» e rappresentano «*una risorsa che va tutelata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà; qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale*» (art. 144, co. 1 e 2).

Quanto sopra serve per meglio collocare il dibattito attuale.

Nel contempo, per quanto riguarda la normativa sui servizi pubblici locali, le discipline si succedevano ad una velocità superiore anche alla media nazionale (già elevata). Resta quindi attuale la riflessione di Fabio Merusi nell'introduzione ad un testo di oltre venti anni fa: «*Chi si accingesse a studiare oggi i pubblici servizi in Italia rimarrebbe subito colpito dal carattere instabile della loro disciplina. Leggi che si succedono nell'arco breve di pochi anni; continui progetti di legge; variazioni annunciate che non trovano realizzazione; materie che entrano ed escono dalla definizione di pubblico servizio; pronunce giurisprudenziali che mutano radicalmente, e più volte, indirizzo nel giro di pochi mesi*»⁷.

Parole particolarmente attuali, viste le ultime vicende; nel breve volgere di mesi: l'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis, la reintroduzione della disciplina, la sua declaratoria di incostituzionalità con la

⁶ N. LUGARESI, *Le acque pubbliche, profili dominicali, di tutela e di gestione*, Milano, 1995, p. 22.

⁷ F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, 1990, p.34.

sentenza 199/2012. Un susseguirsi frenetico, e la necessità di comprendere quale sia la disciplina vigente.

Per tentare di dare un contributo alla soluzione dei temi posti è opportuna una ulteriore premessa giuridica e terminologica.

1.2 Definizione di servizi pubblici locali

A ciascuno secondo i suoi bisogni. Questo fondamentale principio è alla base della scelta pubblica di garantire a ogni cittadino i beni fondamentali necessari ad un'esistenza 'libera e dignitosa'.

La dottrina economica Keynesiana ha chiarito come il mercato non sia in grado di autoregolarsi, e sia necessario un intervento pubblico nell'economia per garantire una redistribuzione delle risorse e la migliore, e piena, allocazione dei fattori produttivi.

E' quindi necessario l'intervento dei pubblici poteri⁸ che, con riferimento all'attività amministrativa svolta dagli enti territoriali, si attua attraverso il "Servizio Pubblico Locale"⁹.

La prima disciplina in materia di servizi pubblici locali risale al 1903. Con il sistema delineato dalla c.d. Legge Giolitti (l. 20 marzo 1903, n. 103) e completato dal R.D. 15 ottobre 1925, n. 2578 si impo-

⁸ DE VINCENTI, C.VIGNERI, A., *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, a cura di Vigneri, Il Mulino, Bologna, 2006, p.45.

⁹ Secondo la definizione del gruppo di lavoro di Astrid coordinato da A. VIGNERI «*Situazioni in cui il soggetto pubblico titolare della funzione di governo è chiamato a valutare se il mercato è di per sé in grado di offrire prestazioni e servizi in modo adeguato sotto il profilo della quantità, della qualità e delle condizioni di accessibilità a vaste fasce di utenti*». *Riforma e liberalizzazione dei servizi pubblici locali: una proposta organica*, pag. 1. Secondo tale gruppo di lavoro «*Nei casi in cui l'operare spontaneo del mercato, in condizioni di concorrenza tra diversi operatori che erogano contemporaneamente il servizio, soddisfa queste condizioni il soggetto di governo può fare affidamento, per soddisfare le esigenze della comunità amministrata, sulle virtù, in termini di costi e qualità del servizio proprie della concorrenza "nel" mercato e può quindi limitarsi a stabilire le regole generali entro cui la concorrenza si svolge, eventualmente sulla base di un regime di autorizzazioni volto a garantire standard di qualità e affidabilità del servizio*» ibidem pag.1.

neva agli enti un intervento in specifici settori (tra cui, in primo luogo la distribuzione dell'acqua). La forma di intervento privilegiata era l'azienda speciale, una diretta emanazione dell'ente, sottoposta ad un forte controllo.

Nell'ultimo dopoguerra il dibattito sui servizi pubblici locali ha assunto una veste più fortemente politica nel quadro di quella è stata definita la “grande dicotomia” pubblico/privato¹⁰ e che ha condotto ad una ridefinizione del concetto di servizio pubblico: «*Innanzitutto, la considerazione dell'esistenza di una dimensione oggettiva del servizio pubblico (su cui già Giannini, M.S., Lezioni di diritto amministrativo, Milano, 1950; e poi, più compiutamente, Pototschnig, U., I pubblici servizi, Padova, 1964), antitetica rispetto a quella accolta dalla Scuola italiana di diritto pubblico (Orlando, V.E., Introduzione al diritto amministrativo, in Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano, diretto da V.E. Orlando, vol. I, Milano, 1900-1937): non sarebbe quindi servizio pubblico (locale o nazionale) qualsiasi servizio assunto dai pubblici poteri, bensì soltanto quel servizio che, indipendentemente dalla titolarità – pubblica o privata – della gestione, afferrisce a beni, risorse ed esigenze di rango collettivo*»¹¹. Secondo questa impostazione il servizio non è pubblico perché è gestito dal pubblico, ma per la rilevanza pubblica degli interessi che coinvolge. Pertanto, anche in caso di affidamento della gestione ai privati, non viene meno la necessità di indirizzo da parte dell'ente locale, di controllo e, soprattutto, di regolazione¹².

Il dibattito, molto ampio¹³, data l'estrema eterogeneità dei soggetti che di questo settore fanno parte nel sistema amministrativo ita-

¹⁰ N. BOBBIO, *La grande dicotomia: pubblico/privato*, in N. Bobbio, *Stato, governo, società*, Einaudi, Torino 1985, pp. 3 ss. Si veda anche P. Saraceno, *Iniziativa privata e azione pubblica nei piani di sviluppo economico*, Giuffrè, Roma 1959, p.54.

¹¹ A. MOLITERNI, *L'acqua, i servizi pubblici locali e lo strumento referendario*, Treccani, Milano 2011, p.25.

¹² N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna 1999, p.25. Per A.POLICE “non ogni attività, solo perché assunta dall'ente pubblico diventa perciò stesso pubblico servizio”, “*Spigolature sulla nozione di “servizio pubblico”*”, in *Diritto amministrativo*, riv. Trimestrale, n. 1/2007, p. 97.

¹³ Sul tema si veda F.BASSANINI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum* su astridonline.it. M.DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato*

liano¹⁴, ha prodotto la definizione di servizio pubblico locale adottata nel Tuel (Testo Unico enti locali, d.lgs. 267/2000), che all'articolo 112 prevede che siano gli Enti Locali a provvedere alla gestione di quei servizi pubblici che *«abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali»*.

La giurisprudenza, in seguito, ha ampliato il concetto specificando che per “servizio pubblico” deve intendersi *«qualsiasi attività che si concretizzi nella produzione di beni o servizi in funzione di una utilità per la comunità locale, non solo in termini economici ma anche in termini di promozione sociale, purché risponda ad esigenze di utilità generale o ad essa destinata in quanto preordinata a soddisfare interessi collettivi»*¹⁵. Rientra, pertanto, nella nozione di servizio pubblico locale *«qualsiasi attività che si concreta nella produzione di beni e servizi in funzione di un'utilità per la Comunità locale non solo in termini economici ma anche ai fini di promozione sociale»*¹⁶.

Se questa è una definizione che, tutto sommato, trova generale concordia, occorre però aggiungere come sul campo non vi sia solo l'interesse della comunità locale al soddisfacimento del bisogno collettivo. Sul campo vi sono anche fondamentali scelte di politica economica¹⁷.

Con l'interesse pubblico al soddisfacimento del bisogno collettivo, (il diritto al “bicchiere d'acqua”), convive il dibattito sulla natura (pubblica o meno) del soggetto tenuto al soddisfacimento del bisogno medesimo¹⁸. Questo secondo dibattito, da un lato è parte del sopraccita-

Diritto Amministrativo, a cura di S. Cassese, parte Spec. III, Milano 2003, p. 2581. G. PIPERATA, *I Servizi Pubblici Locali*, in *Dizionario di Diritto Pubblico* a cura di S. Cassese, VI, Milano 2006, p. 5527.

¹⁴ S. CASSESE, *Il sistema amministrativo italiano*, il Mulino, Bologna 1983.

¹⁵ Consiglio di Stato n. 2605/2001.

¹⁶ Consiglio di Stato n. 2024/2003.

¹⁷ G. ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in “Studi parlamentari e di politica costituzionale”, 1997, IIIIV trim., n. 117-118, pp. 29 ss. G. VETRITTO, *I pro e i contro delle esternalizzazioni di funzioni e servizi nell'amministrazione pubblica*, in “Queste istituzioni”, 2004, nn. 133-134, pp. 151 ss.

¹⁸ D.OSBORNE, T.GAEBLER, *Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Garzanti, Milano 1995, p. 52 con

to dibattito macroeconomico, relativo ad un nuovo modello di sviluppo, in parte però è connesso al dibattito sulla soddisfazione del diritto soggettivo all'acqua. Taluni, infatti, ritengono essenziale, anche proprio ai fini del pieno soddisfacimento del 'diritto al bicchiere d'acqua' che vi sia una proprietà o un controllo pubblico del soggetto gestore.

Ad ogni modo, senza voler estendere troppo il tema della presente trattazione, occorre innanzitutto un chiarimento, un catalogo, delle diverse forme di gestione, e degli interessi sottesi.

In tal modo si potrà anche meglio chiarire il significato di parole come liberalizzazione, privatizzazione, ecc., talora erroneamente usate come sinonimi.

1.3 Le forme di gestione

L'esperienza propone diverse forme di gestione di un servizio pubblico locale.

a) In primo luogo vi è la gestione diretta da parte dell'ente pubblico. Nel corso del tempo in questa categoria sono state rientrate molte altre forme di gestione, indirette o che usufruivano di risorse esterne. Tuttavia la gestione diretta, pura e semplice è quella che l'Ente locale attua mediante i propri diretti dipendenti e con le proprie risorse (o "in economia")¹⁹.

Per esemplificare, l'anagrafe è un servizio (e/o una funzione) che l'ente locale attua in vera gestione diretta. La gestione diretta ha alcuni svantaggi, ma il notevole vantaggio di un penetrante controllo (su assunzioni, spese, tariffe etc).

Quando vi è gestione diretta, come è ovvio, non vi è affidamento della gestione del servizio (ma unicamente, semmai, di specifiche attività strumentali).

l'obiettivo, auspicabile per tutti, in questi tempi di grave crisi delle finanze pubbliche, di trovare il modo di fare meglio con meno.

¹⁹ M. BRUGNOLI, *Le gestioni in economia di servizi pubblici locali ed il regime transitorio dell'art. 23 bis d.l. n. 112/2008*, Nota a T.A.R. Emilia-Romagna, sez. I, 29 gennaio 2010, n. 460, *Contratti Stato e enti pubbl.*, 2010, p.156.

b) Vi è poi, come seconda possibilità per la gestione di un servizio pubblico, l'affidamento dello stesso ad una *longa manus* dell'ente locale, qualificabile come organismo di diritto pubblico. E' il caso, fin dal 1903, delle c.d. aziende municipalizzate/ aziende speciali (o anche dei consorzi di enti locali). Tali enti sono una mera articolazione organizzativa dell'ente locale²⁰, tuttavia il rapporto è normalmente regolato da un contratto di servizio²¹.

c) Ad un grado di separazione maggiore vi è l'affidamento alla c.d. società mista, o comunque alle società di diritto privato costituite dalle amministrazioni pubbliche. Il capitale pubblico può essere maggioritario o minoritario. In ogni caso queste società operano come soggetti di diritto privato. Ciò comporta rilevanti conseguenze in termini di assunzioni, retribuzioni, controlli di bilancio, contratti ed affidamenti ecc.²².

²⁰ Scrive in proposito all'azienda speciale G.CATALANO, «Per quanto concerne i rapporti con l'ente locale, quest'ultimo – ai sensi del comma 6 – conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali, esercita la vigilanza, verifica i risultati della gestione e provvede alla copertura degli eventuali costi sociali. Il successivo comma 8 precisa che sono fondamentali i seguenti atti: a) il piano programma, comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale ed azienda speciale; b) i bilanci economici di previsione pluriennale ed annuale; c) il conto consuntivo; d) il bilancio di esercizio. Alla luce di tali elementi, pur a fronte di un quadro d'azione privatistico, resta innegabile, come sostiene la giurisprudenza, l'inquadramento dell'azienda speciale nell'ambito dell'organizzazione dell'ente locale quale figura istituzionale di matrice pubblicistica», G. CATALANO *In merito ai rapporti economici tra comune ed azienda speciale o società di gestione dei servizi pubblici locali*, 2011, <http://www.amministrazioneincammino.luiss.it>. Si veda anche G.TERRACCIANO, *La natura giuridica delle società a partecipazione pubblica e dei consorzi per la gestione dei servizi pubblici locali.*- Foro amm.-T.A.R., 2010 p. 2733.

²¹ M. P. GENESIN, *Sulla natura giuridica del contratto di servizio nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, nota a T.A.R. Piemonte, sez. II, 10 giugno 2010, n. 2750, Foro amm.-T.A.R. 2010, p. 3081.

²² Scrive M. NICO, «Mentre infatti, nella fase iniziale, lo Stato si adoperava per incentivare la nascita delle società a partecipazione pubblica locale – si pensi, per esempio, al procedimento agevolato di trasformazione in società per azioni delle aziende speciali, nel convincimento che l'esternalizzazione dei servizi pubblici coincidesse per principio con una gestione più snella ed efficiente, nonché implicasse sempre un contenimento di costi rispetto a quelli che avrebbero

d) Vi è poi la possibilità di affidare all'esterno il servizio ad un imprenditore²³. In tal caso, ovviamente, si dà luogo ad una procedura ad evidenza pubblica (gara) ed il rapporto è regolato da un contratto di appalto.

Oltre al confine dell'affidamento all'esterno, vi è quella che possiamo definire la ritirata del Pubblico da un determinato settore.

In sostanza, le esigenze che avevano imposto al Pubblico di presidiare un settore possono venire meno (o può essere ritenuto da taluni che siano venute meno), spingendo ad un progressivo abbandono.

*altrimenti sostenuto gli Enti locali mediante la gestione diretta, questi ultimi, d'altro canto, approfittavano senza indugi del favor legis accordato al modulo societario, allo scopo (ancorché non dichiarato!) di esternalizzare i costi dei servizi – in primis quelli del personale – senza più conteggiarli nei loro bilanci, eludendo così, per questa subdola via, le “forche caudine” del patto di stabilità interno. La Corte dei conti ha però ripetutamente censurato questo tipo di manovre, osservando che “la mancata considerazione dei risultati delle società partecipate totalmente o maggioritariamente insieme con quelle dell’Ente pubblico di riferimento comporta la possibilità che si creino situazioni occulte di debito che, prima o poi, finiscono col gravare sulla collettività pubblica e sul mancato rispetto degli impegni che lo Stato, ha assunto nei confronti dell’Unione Europea e degli altri Stati europei. Corte dei conti, sez. regionale di controllo Lombardia, parere 30 ottobre 2006, n. 17. Questa stessa materia è stata in seguito oggetto di numerosi interventi da parte del giudice contabile, il quale ha più volte ricordato agli Enti locali che l’intento del legislatore “è evidentemente quello, da un lato, di ridurre l’incidenza delle spese di personale nell’amministrazione degli Enti locali ai fini del rispetto degli obiettivi di finanza pubblica con riferimento al patto di stabilità interno, dall’altro impedire che lo schema organizzativo delle cosiddette “esternalizzazioni” venga utilizzato dagli enti sostanzialmente per eludere i vincoli di finanza pubblica, anziché per perseguire obiettivi di maggiore efficienza, efficacia ed economicità nella gestione dei servizi pubblici” Corte dei conti, sez. controllo Lombardia, parere n. 79 del 22 ottobre 2008». In *Liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici locali, Che fare?*, dirittodeiservizipubblici.it. Si veda anche S. CAPACCI, *L’attività di controllo sui servizi pubblici locali.*, Finanza loc., 2010, fasc. 6, 44.*

²³ Il principio emergente dall’art. 6 bis del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo il quale le pubbliche amministrazioni e gli enti ivi contemplati «sono autorizzati, nel rispetto dei principi di concorrenza e di trasparenza, ad acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione e di adottare le necessarie misure in materia di personale e di dotazione organica».

L'arretramento può lasciare il settore più o meno regolato in modo incisivo (onde garantire una reale concorrenza)²⁴.

Un caso esemplificativo è quello del servizio telefonico. Negli anni '80 il servizio telefonico era ancora gestito in regime di monopolio dalla Sip, una società pubblica. Ritenuto che il servizio telefonico potesse essere garantito dal mercato senza necessità di intervento pubblico il settore è stato privatizzato e liberalizzato.

Dietro tale azione vi è l'idea per cui le pubbliche amministrazioni possono essere sollevate da determinati compiti e funzioni pubbliche quando il libero gioco del mercato sia in grado di sostituirsi in modo più efficace e meno dispendioso. Tale teoria trova eco nel c.d. principio di sussidiarietà orizzontale, che in qualche modo viene recepito prima nella legge 15.3.1997, n. 59, e poi nella nuova formulazione dell'art. 118 comma 4 Cost. introdotta dalla legge costituzionale n. 3 del 18.10.2001²⁵.

²⁴ L. SPINA, A.-MAJONE G., *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, p.45.

²⁵ Il nuovo testo del 4 comma dell'art.118 Cost recita: "Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà". Si veda in proposito anche il parere n. 1354 del Consiglio di Stato, del 1° luglio 2002, in "Consiglio di Stato", III, pp. 1788 ss, per cui la sussidiarietà orizzontale impone a una revisione della «nozione di autonomia privata, nel senso che il suo riconoscimento assume portata prioritaria non solo quando essa è orientata alla realizzazione dei bisogni individuali (art. 41 Cost.), ma anche quando persegue utilità generali, configurando spazi autonomi di tutela per 'attività strumentali' mediante le quali si persegue la realizzazione delle 'utilità generali', così da far assumere una posizione prioritaria al privato rispetto al pubblico anche in settori sinora riservati alla competenza esclusiva degli apparati amministrativi».

Si veda anche in proposito G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art. 118, u. c., della Costituzione*, in www.amministrazioneincammino.it, R. DICKMANN, *Osservazioni in tema di sussidiarietà e poteri sostitutivi dopo la legge cost. n. 3 del 2001 e la legislazione di attuazione*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2003, pp. 486 ss.

Si veda anche R. BIANCHINI, *I divieti previsti dal comma 9 dell'art. 23-bis della legge 133/2008 dopo il D.L. n. 135/2009*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 2007, p.9.

I due termini non sono sinonimi, né descrivono tutte le possibili operazioni che possono essere compiute nel quadro di una *ritirata del pubblico*.

Per privatizzazione definiamo, a rigore la vendita di un soggetto/azienda pubblica a privati (come è avvenuto per Telecom)²⁶.

Per liberalizzazione definiamo la regolamentazione di un mercato tale da consentire l'ingresso di nuovi operatori (privati o pubblici)²⁷.

Nel settore telefonico sono avvenuti entrambi i fenomeni, ed è stata istituita un'autorità di settore (oltre alla canonica Antitrust).

Viceversa il settore postale vede ancora una presenza del pubblico attraverso la società Poste s.p.a., congiuntamente ad una liberalizzazione, con l'ingresso di operatori privati in concorrenza tra loro e con l'operatore pubblico. Si noti che la ritirata del pubblico da un determinato settore non significa necessariamente che la prestazione specifica (ad esempio i servizi telefonici) non sia ritenuta essenziale.

²⁶ Come rileva G. DOSSENA lo schema concessorio assurge a "privatizzazione funzionale", con ciò intendendo, «*Il trasferimento al privato di un determinato compito in precedenza assolto dall'operatore pubblico. La forma attraverso la quale si concreta è generalmente quella della concessione. Essa consente di trasferire, anziché la proprietà, la gestione*» in *La privatizzazione delle imprese: modalità, problemi e prospettive*, Egea, Milano 1990, p. 37 e ss..

²⁷ Secondo la relazione redatta dal gruppo di lavoro di Astrid, coordinato da ADRIANA VIGNERI: «*La liberalizzazione deve precedere la privatizzazione, o almeno deve accompagnarla. Introdurre la privatizzazione, come obbligo e come onere per lo svolgimento di una compiuta attività d'impresa, senza introdurre le regole che liberino certi settori, o segmenti di settori, dal monopolio dei gestori unici, che prevedano la durata delle gestioni che restano monopolistiche, che disciplinino le procedure di evidenza pubblica, che introducano la concorrenza "nel" mercato ove possibile, significa sostituire monopoli privati a monopoli pubblici senza alcun vantaggio per la collettività. E anzi con danni sicuri, sia perché in tal caso il privato non regolamentato praticherebbe prezzi di monopolio e ostacolerebbe l'entrata di concorrenti nei segmenti di servizio in cui questa sarebbe possibile, sia perché la mancanza di strumenti di regolazione non consentirebbe all'ente locale di svolgere il suo compito di indirizzo e di controllo, reso più complesso dal carattere schiettamente terzo del gestore*». in *Riforma e liberalizzazione dei servizi pubblici locali: una proposta organica*, Cit. pag.8. Si veda anche *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R.VILLATA, Giappichelli, Torino, 2011, p.45.