

CONVEGNO

LA RIFORMA REGIONALE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

ASPETTI ISTITUZIONALI, NORMATIVI, GESTIONALI

LEGGE REGIONALE 3 GENNAIO 2006, N. 2

Aosta - martedì 28 marzo 2006

INTERVENTO DEL DOTT. GIUSEPPE PIPERATA

Ricercatore di diritto amministrativo dell'Università di Bologna

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI NELLA LEGISLAZIONE STATALE E NELLA LEGISLAZIONE REGIONALE VALDOSTANA.

SOMMARIO: 1. Nozioni. – 1.1. I confini del servizio pubblico locale. – 1.2. La distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza. – 2. Le fonti di disciplina dei servizi pubblici locali. – 2.1. Discipline statali di settore e criteri di raccordo con la disciplina generale. – 2.2. Discipline regionali e criteri di riparto tra Stato e regioni. – 3. Lo statuto dei servizi locali di rilievo economico: regime pubblicistico delle reti e modelli di gestione del servizio. – 4. Lo statuto dei servizi locali di rilievo non economico tra legislazione regionale e autonomia organizzativa comunale – 5. Gli strumenti di governo del servizio e la tutela dell'utente. – 6. Prospettive evolutive del settore. – 7. La disciplina dei servizi pubblici locali nella l. 3 gennaio 2006, n. 2, della Regione Autonoma della Valle d'Aosta.

1. Nozioni

L'ordinamento italiano non contempla una nozione definita di servizio pubblico locale. L'art. 112, d.lg. 18 agosto 2000, n. 267, si limita ad affermare che alla gestione dei servizi pubblici di competenza locale provvedono gli enti territoriali di riferimento e che appartengono a tale categoria di intervento i «servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali»: definizione, questa, talmente ampia da abbracciare qualsiasi attività svolta dal comune o dagli altri enti locali.

Particolarmente inutili, poi, si sono rivelati nella pratica i tentativi fatti dal legislatore di individuare elenchi tassativi di iniziative locali qualificabili *a priori* come servizi pubblici. Così, l'elenco di diciannove attività contenuto nell'art. 1, l. 29 marzo 1903, n. 103 è stato sempre considerato non esaustivo e posto *demonstrationis causa* [ad esempio, da G. Bozzi (1977), p. 366], mentre, più recentemente, il legislatore ha rinunciato ad attuare la delega regolamentare diretta ad individuare i servizi locali di rilievo industriale, contenuta nell'iniziale versione della riforma generale di settore introdotta dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, anche in considerazione della sua dubbia compatibilità con il nuovo sistema di

riparto delle competenze regolamentari derivante dalla riforma del Titolo V della Costituzione (l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3) [al riguardo si v. A. TRAVI (2003), p. 11 ss., e in termini più ampi, G.F. FERRARI (2005), p. 9 ss., e A. ZITO (2003), p. 387 ss.].

La ragione di tale situazione può essere individuata, da un lato, nell'intenzione del legislatore di riconoscere agli enti locali ampia autonomia con riferimento all'individuazione delle attività suscettibili di essere assunte come servizio pubblico locale; dall'altro, nella difficoltà di definire una nozione univoca e condivisa di servizio pubblico locale, a sua volta conseguenza della mancata ricostruzione in sede legislativa, giurisprudenziale e dottrina della più ampia nozione di servizio pubblico [per una ricostruzione completa del dibattito si rinvia a L.R. PERFETTI (2001), e F. SALVIA (2002), p. 87 ss.; sulle ambiguità della nozione F. MERUSI (2002), p. 85 ss.]. Ne è scaturita, pertanto, una «convenzionalizzazione circa le attività da riconoscere come servizio pubblico» [sono parole di M.S. GIANNINI (1985), p. 8], che rappresenta la principale caratteristica dei servizi pubblici locali sotto il profilo della loro nozione.

1.1. I confini del servizio pubblico locale.

La difficoltà di circoscrivere, in primo luogo a livello legislativo, il concetto di servizio pubblico locale in una definizione che ne individuasse chiaramente i tratti costitutivi ha prodotto una ambiguità applicativa dell'istituto, che in più occasioni la dottrina giuspubblicistica ha tentato di correggere. Già al momento dell'entrata in vigore della l. 8 giugno 1990, n. 142, infatti, la dottrina italiana, valorizzando l'aspetto organizzativo degli stessi e facendo ricorso al profilo di tipicità caratterizzante le forme di gestione previste dalla disciplina di riferimento, si propose di considerare servizi pubblici locali tutte le manifestazioni dell'ente territoriale, eccezion fatta per l'area delle funzioni pubbliche e la zona intermedia delle attività

meramente strumentali, organizzate sulla base dei modelli gestionali previsti dalla legge per tali attività [in tal senso, M. CAMMELLI (1992), p. 25, ma analogamente anche G. CAIA (1996), p. 271 ss.].

La profonda trasformazione del contesto costituzionale e legislativo di riferimento sembra non consentire più l'utilizzazione del principio di tipicità delle formule organizzative come possibile elemento di individuazione delle attività di servizio pubblico locale [sia consentito rinviare in termini più ampi a G. PIPERATA (2005)]. Inoltre, non pare possibile sopperire a tale esigenza qualificatoria ricorrendo in maniera netta alla teoria soggettiva o a quella oggettiva del servizio pubblico, considerato che a livello di servizi locali spesso le due nozioni (quella in senso soggettivo e quella in senso oggettivo) possono coesistere come chiarito dalla dottrina [per tutti, G. CAIA (1991), p. 3170] e recentemente ricordato dalla giurisprudenza (tra le tante, T.a.r. Liguria, Genova, II, n. 527/2005). Pertanto, ferma restando la possibilità di considerare il servizio pubblico distinto dalla funzione pubblica in virtù del fatto che di regola solo la seconda attività implica esercizio di potere [G. CAIA (2001), p. 937 ss.], oggi a diversi livelli ci si interroga sempre più spesso su quali criteri utilizzare per definire il servizio pubblico locale rispetto agli altri interventi posti in essere dall'ente territoriale o rispetto all'iniziativa privata.

Con riferimento alla prima direzione, è corretto segnalare i tentativi posti in essere dal giudice amministrativo italiano di utilizzare alcuni criteri formulati in sede comunitaria al fine di distinguere le concessioni di pubblico servizio dagli appalti pubblici di servizio [C. giust. Ce, 7 dicembre 2000, causa 324/98, punti 57 e 58, e in dottrina R. VILLATA (2003), p. 65 ss.]. Infatti, in diverse occasioni è stata negata la qualificazione di servizio pubblico locale ad alcune attività economiche riconducibili all'ente di riferimento, in quanto tali attività non sono direttamente finalizzate a soddisfare un bisogno della collettività, bensì una esigenza dell'ente locale (è il caso del c.d. servizio calore affrontato, da ultimo, dalla C. giust. Ce, IV,

ord. 14 novembre 2002, causa 310/01, Cons. St., V, n. 5316/2003, Tar Lombardia, Brescia, n. 1189/2003).

Con riferimento, invece, alla differenziazione dei servizi pubblici locali da eventuali iniziative private di interesse generale, è opportuno precisare che in seguito alla previsione del principio di sussidiarietà orizzontale da parte dell'art. 118 Cost., il confine tra intervento pubblico e iniziativa economica privata potrebbe subire una ridefinizione a vantaggio della seconda categoria di attività. Del resto, già prima della modifica costituzionale la dottrina aveva affermato che a proposito dell'assunzione dei servizi locali, la decisione dell'ente territoriale di intervenire in economia «presuppone un giudizio di inadeguatezza dell'impresa privata (anche se in mano pubblica) a produrre i servizi in modo da soddisfare la domanda della comunità locale» [sono affermazioni di D. SORACE (1993), p. 13, ma analoghe considerazioni in G. CORSO (1997), p. 22 ss.]

1.2. La distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza.

Se, come abbiamo visto, il dato legislativo generale di riferimento non fornisce una definizione netta di servizio pubblico locale, allo stesso tempo il medesimo dato impone una differenziazione tra due possibili categorie di attività riconducibili alla nozione di servizio. Si tratta di una scelta legislativa recente, la quale in un primo momento aveva previsto una distinzione tra le categorie dei servizi pubblici locali di tipo industriale e non (art. 35, l.n. 448/2001), in seguito, riformulata in termini di rilevanza economica o meno dei servizi in questione (art. 14, d.l. 30 settembre 2003, n. 269, conv. con modif. dalla l. 24 novembre 2003, n. 326). Si aggiunga, inoltre, che una simile distinzione presenta una notevole ricaduta sul piano organizzativo, visto che per ogni categoria di servizio corrisponde un preciso statuto organizzativo e gestionale di riferimento.

Se fino al 2001 il percorso di individuazione, assunzione e organizzazione del servizio pubblico locale rappresentava una dinamica abbastanza lineare, oggi, invece, tale dinamica appare più articolata e complessa, in quanto agli interpreti ed agli operatori si chiede non solo di ricondurre la singola iniziativa alla nozione di servizio pubblico locale, ma anche di precisarne la natura a seconda della rilevanza economica o meno dell'attività. Il legislatore, tuttavia, non ha indicato alcun criterio da utilizzare, con la conseguenza che spetta all'interprete trovare gli spunti idonei a dare un possibile significato all'elemento dell'economicità del servizio. A tal fine, può essere utile seguire il suggerimento avanzato dalla C. cost. n. 272/2004, di affidare la distinzione ad una valutazione caso per caso ed in concreto da svolgere «in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari».

Seguendo, allora, la via indicata dalla Corte costituzionale, bisogna sottolineare che oltre al significato ricavabile dal contesto giuridico europeo, il concetto di attività economica può essere ricostruito anche alla luce dell'ordinamento interno, in primo luogo richiamando l'art. 2082, c.c. ai sensi del quale tale tipologia di attività rappresenta la principale caratteristica dell'imprenditore [analogamente G. CAIA (2004), e S. VARONE (2004), p. 205 s.]. E' ormai opinione comune quella che vuole il carattere dell'economicità richiamato dall'art. 2082, c.c., riferibile solo a quelle attività in grado di essere condotte in modo da produrre degli utili e, quindi, di garantire almeno la copertura dei costi di produzione e, in ultima analisi, l'autosufficienza nel mercato [come già da tempo segnalato in dottrina: G. ROSSI (1970), p. 237 ss.]. In tale contesto, allora, la rilevanza economica potrebbe essere riconosciuta ai singoli servizi locali non *a priori* come attributo riguardante la natura dell'attività, ma soltanto come conseguenza del modello gestionale scelto dall'amministrazione per la loro organizzazione [G. MARCOU (2003), 324, F. LIGUORI (2004), p. 57 s., e A. VIGNERI (2004), 239 ss., ma sulla rilevanza economica come conseguenza

della scelta organizzativa già G. CAIA (2001), p. 974 ss., M. CAMELLI (1992), p. 24 ss., M. DUGATO (2003), p. 2582, U. POTOTSCHNIG (1992), p. 269 ss.].

2. Le fonti di disciplina dei servizi pubblici locali.

Gli artt. 112 e seguenti del d.lg. n. 267/2000 rappresentano l'ordinamento generale di riferimento dei servizi pubblici locali. Tali disposizioni, però, non esauriscono il quadro complessivo del regime dei servizi pubblici locali, il quale presenta anche fonti di disciplina speciale del settore. Tra queste bisogna ricordare, innanzitutto, l'insieme delle previsioni legislative riguardanti specifici settori di intervento, le quali determinano un panorama particolarmente complesso, in quanto contemplan provvedimenti di origine e di portata differente, tutti più o meno rilevanti al fine di definire un quadro dettagliato di riferimento. A ciò si aggiunga che la complessità di cui si è detto è destinata ad aumentare per effetto di una futura produzione legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali, che si avrà sia come conseguenza del nuovo riparto di competenza legislativa operata dal nuovo art. 117 Cost., e sia in seguito a quanto affermato nella recente sentenza della C. cost., n. 272/2004, con riferimento specifico alla disciplina dei servizi privi di rilievo economico. Non sembra azzardato affermare che per effetto dei fenomeni appena riscontrati si potrà determinare una progressiva erosione dell'ordinamento generale dei servizi pubblici locali da parte delle discipline speciali.

2.1. Discipline statali di settore e criteri di raccordo con la disciplina generale.

La tendenza ad affiancare o sostituire alla disciplina generale una disciplina di settore *ad hoc* riguarda prevalentemente i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Rispetto a tale categoria, infatti, all'originaria disciplina unitaria dei servizi pubblici locali si sta progressivamente

sostituendo una profonda settorializzazione degli stessi [J. BERCELLI (2003), p. 755 ss.]. Un esempio può essere dato richiamando la l. 5 gennaio 1994, n. 36, relativa al servizio idrico integrato, e i dd. llgs. 5 febbraio 1997, n. 22, relativo ai rifiuti solidi e urbani, 19 novembre 1997, n. 422, relativo al servizio di trasporto pubblico locale, 16 marzo 1999, n. 79, sul mercato interno dell'energia elettrica, e 23 maggio 2000, n. 164, sul mercato interno del gas naturale.

La tendenza in questione non è sfuggita al legislatore che ha novellato il quadro legislativo statale e generale di riferimento, il quale ha previsto tre tipi di raccordo tra la disciplina generale e le discipline settoriali. Innanzitutto, l'art. 113, d.lg. n. 267/2000, prevede un criterio di prevalenza della disciplina generale sulle discipline di settore. In secondo luogo, l'art. 113, cit., stabilisce l'inverso criterio della prevalenza di alcune discipline settoriali rispetto alla disciplina generale, in particolare con riferimento ai settori del gas, dell'energia elettrica e dei trasporti. Infine, la norma di riferimento per l'organizzazione dei servizi di rilievo economico prevede in più occasioni una necessaria integrazione tra disciplina generale e discipline di settore.

2.2. Discipline regionali e criteri di riparto tra Stato e regioni.

All'erosione della disciplina generale dei servizi pubblici locali, si è detto, potranno contribuire in futuro anche le regioni con proprie leggi. La questione è particolarmente delicata, anche perché solo di recente è stato possibile definire con un minimo margine di certezza, grazie alla sentenza n. 272/2004 della C. cost., il rapporto tra fonti statali e regionali rispetto alla disciplina dei servizi pubblici locali. Due, in particolare, i profili specifici affrontati dalla Consulta: il titolo costituzionale legittimante l'intervento legislativo statale in materia e la definizione dei confini fino ai quali tale competenza può estendersi senza intaccare l'analogo ruolo legislativo che deve essere riconosciuto anche alle regioni.

Rispetto alla prima questione, il Giudice delle leggi afferma che, per i caratteri che il nuovo regime dei servizi pubblici locali presenta, tale disciplina trova il suo aggancio costituzionale nella materia «tutela della concorrenza», che l'art. 117, c. 2, lett. e), della Costituzione, attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Pertanto, la tutela della concorrenza può giustificare l'intervento legislativo statale solo a condizione che i servizi pubblici locali cui si riferisce la disciplina dettata appartengano alla categoria dei servizi di rilevanza economica, dovendosi quindi far discendere l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis*, che, invece, fa riferimento ai servizi che tale rilevanza non presentano, e «proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale».

Rispetto, invece, al problema della definizione delle sfere di competenza legislativa spettanti allo Stato e alle regioni a proposito di servizi pubblici locali, la C. cost. (dopo aver sottolineato che la «tutela della concorrenza» rappresenta una materia – funzione, il cui ambito di applicazione ha carattere trasversale), arriva ad individuare nel criterio di proporzionalità ed adeguatezza lo strumento più idoneo per circoscrivere l'ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla tutela della concorrenza e sindacare anche la legittimità degli eventuali interventi statali al riguardo realizzati.

3. Lo statuto dei servizi locali di rilievo economico: regime pubblicistico delle reti e modelli di gestione del servizio.

Con riferimento all'organizzazione dei servizi locali di rilevanza economica l'art. 113, d.lg. n. 267/2000 contiene una disciplina particolarmente dettagliata. Dovendo concentrare l'attenzione sui momenti essenziali di tale disciplina, due sono in particolare gli aspetti che devono essere evidenziati: il regime pubblicistico delle reti e i modelli di gestione dei servizi.

A proposito della proprietà e della gestione delle reti e degli altri beni strumentali ai servizi locali di rilievo economico il comma 2 dell'art. 113, d.lg. n. 267/2000 cristallizza il principio della pubblicità dei beni strumentali alla produzione ed erogazione dei servizi pubblici locali, in quanto afferma che «gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici». E' evidente che tale previsione ha l'effetto di estendere la caratteristica tipica del regime demaniale, cioè l'incedibilità della proprietà spettante all'ente locale, a tutti gli impianti, le reti e le altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici economici, così introducendo una nuova categoria di beni pubblici, sottoposti ad un nuovo regime dominicale, che per caratteristiche si presenta più simile a quello riguardante il demanio che non a quello relativo al patrimonio indisponibile [in questi termini, M. DUGATO (2003), p. 528, F. LIGUORI (2004), p. 66, e S. VARONE (2004), p. 215].

La nuova disciplina dei servizi pubblici locali, così come introdotta dall'art. 35, l.n. 448/2001, contiene anche una regolazione *ad hoc* della specifica attività di gestione dei beni strumentali a tali servizi. In particolare, l'attività di gestione della rete e degli impianti viene considerata in astratto dal legislatore come attività autonoma rispetto al profilo della proprietà sugli stessi o all'erogazione del servizio, anche se in concreto potrebbe aggiungersi ai compiti spettanti ai soggetti titolari dei beni o alle imprese incaricate del servizio. Spetta, poi, al principio di separazione il compito di assicurare la tenuta del sistema, nel senso che si prevede che tendenzialmente l'organizzazione dei servizi pubblici locali deve avvenire secondo un modello di gestione separata della rete rispetto all'attività di erogazione del servizio. Tuttavia, tale eventualità risulta condizionata dalla presenza nella normativa di settore di una previsione in tal senso (cfr. art. 113, co. 3, d.lg. n. 267/2000).

Come per l'attività di gestione della rete anche per l'attività di erogazione del servizio la versione riformata dell'art. 113, d.lg. n. 267/2000,

indica diverse alternative organizzative. Si tratta, in particolare, di tre opzioni gestionali ognuna delle quali ispirata ad una *ratio* differente, anche se tutte presuppongono il rispetto delle discipline di settore e delle normative europee. La prima si basa su di un meccanismo di concorrenza per il mercato, incentrato su di una procedura concorsuale di selezione del gestore e finalizzato all'esternalizzazione del servizio ed alla parziale liberalizzazione del mercato di riferimento. Nei dettagli la gara si svolge secondo le procedure di evidenza pubblica ed è diretta alla selezione di una società di capitali (art. 113, co. 5, d.lg. n. 267/2000); è espletata dal comune direttamente oppure dalla società di capitali di cui all'art. 113, co. 13, d.lg. n. 267/2000; 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; è aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale (art. 113, co. 7, d.lg. n. 267/2000).

La seconda modalità di organizzazione del servizio economico, invece, implica una soluzione strutturale, di tipo societario, attraverso la quale realizzare una *partnership* tra pubblico e privati nell'ambito dell'attività di erogazione del servizio. Si tratta, in altri termini, della riproposizione del tradizionale modello dell'affidamento diretto alla società mista, sviluppato dagli enti locali sotto la vigenza della l.n. 142/1990, accompagnata dall'espressa previsione della necessaria scelta con gara del socio privato di riferimento (art. 113, co. 5, lett. b)) [modello analizzato in dottrina da M. CAMMELLI e A. ZIROLDI (1999), e M. DUGATO (2001), la cui legittimità è stata recentemente riaffermata dal Cons. St., V, n. 272/2005, e, a condizioni che sussistano circostanze giustificative di tipo oggettivo, da C. giust. Ce, 21 luglio 2005, causa 231/03].

La terza figura gestoria, infine, presuppone la volontà di «interiorizzare» il servizio, in quanto consiste nell'affidamento diretto dell'attività di erogazione ad un soggetto societario con capitale interamente di origine pubblica e legato agli enti di riferimento da un rapporto di delegazione interorganica. E' questo il caso del c.d. affidamento *in house*, fenomeno del tutto nuovo per le amministrazioni locali, in quanto richiama concetti e meccanismi procedurali previsti inizialmente in sede comunitaria e con riferimento a settori diversi dai servizi pubblici locali. Infatti, nel diritto comunitario l'istituto dell'*in house providing* indica una particolare forma di delegazione interorganica in presenza della quale eccezionalmente si ammette la deroga all'applicazione del principio competitivo nei casi di affidamento di lavori, forniture o servizi da parte di un soggetto pubblico o di un organismo di diritto pubblico (si v. C. giust. Ce, 9 settembre 1999, causa 108/98, Id., 18 novembre 1999, causa 107/98, Id., 14 novembre 2002, causa 310/01).

Il legislatore italiano ha recepito tale istituto a proposito dell'organizzazione dei servizi pubblici locali di rilievo economico prevedendo l'affidamento diretto a «soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» (art. 113, co. 4, lett. a)). Si deve segnalare che nelle fasi di prima attuazione di tale regime gestionale stanno emergendo numerosi problemi interpretativi e applicativi, i quali dimostrano che l'*in house* è ancora «una questione da definire» [A. MASSERA (2004), p. 849]. In particolare, le difficoltà riguardano il significato da dare ai requisiti del c.d. controllo adeguato e del c.d. soggetto dedicato che la citata disposizione richiede per poter rendere legittima l'applicazione dell'affidamento *in*

house. Con riferimento al primo dei requisiti richiamati, un utile chiarimento è recentemente pervenuto dal giudice comunitario, il quale ha precisato che non può qualificarsi *in house* la società posseduta anche da soci privati, in quanto «la partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice in questione, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi» (C. giust. Ce, 11 gennaio 2005, causa 26/2003; ma v. anche Id., 13 ottobre 2005, causa 458/2003 e il commento di G. PIPERATA 2006). Con riferimento, invece, al requisito del c.d. soggetto dedicato, la dottrina sembra oramai condividere l'idea che esso si realizzi a condizione che almeno l'80% della cifra d'affari media realizzata dall'impresa sia indirizzata all'ente locale [D. CASALINI (2003), p. 262 ss., e M. GALESÌ (2004), p. 931 ss.].

4. Lo statuto dei servizi locali di rilievo non economico tra legislazione regionale e autonomia organizzativa comunale.

Passando all'analisi della disciplina dell'organizzazione dei servizi pubblici locali di rilievo non economico contenuta nel nuovo ordinamento di settore, può risultare utile ricordare che per tali servizi la riforma del 2001, aggiungendo un nuovo articolo al d.lg. n. 267/2000, aveva confermato in parte il sistema organizzativo in precedenza valevole per tutti i tipi di servizi pubblici locali.

In linea di massima, le diverse figure organizzative che originariamente l'art. 113 *bis* disciplinava potevano essere ordinate in tre modelli di riferimento di carattere generale a seconda del maggiore o minore ruolo che il comune intendeva riservarsi nella gestione di tali servizi: il modello dell'esternalizzazione, il modello della collaborazione ed il modello dell'intervento diretto. Il modello dell'esternalizzazione si caratterizzava per la scelta dell'ente locale di provvedere all'erogazione di un servizio

attraverso un operatore esterno all'amministrazione dell'ente medesimo. Il modello della collaborazione, invece, presupponeva l'intenzione dell'ente locale di provvedere alla gestione del servizio non economico mediante figure organizzatorie, come la società, la fondazione o l'associazione, in grado di assicurare una fattiva cooperazione tra pubblico e privato. Infine, il modello dell'intervento diretto racchiudeva le ipotesi in cui l'ente locale decideva di gestire il servizio in prima persona (gestione in economia) oppure attraverso una propria articolazione strutturale (azienda speciale e istituzione).

Come ricordato, tale sistema gestionale ha perso il suo fondamento legislativo in seguito alla sentenza n. 272/2004 della C. cost. A questo punto, non si può non domandarsi quali siano oggi le fonti di disciplina dei servizi pubblici locali privi di rilievo economico. L'interrogativo non è di poco conto, in quanto potrebbe sembrare, a prima vista, che la sentenza in questione abbia l'effetto di determinare un vuoto di disciplina rispetto alla categoria di servizi pubblici locali non economici e colmabile soltanto ad opera dei singoli legislatori regionali. Tuttavia, bisogna ricordare che la C. cost. è giunta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 113 *bis*, non solo a tutela delle competenze regionali, ma anche a tutela dell'autonomia degli enti locali, dato che espressamente afferma non solo che l'articolo in questione «si configura come illegittima compressione dell'autonomia regionale e locale», ma soprattutto che la dichiarazione di illegittimità costituzionale di tale articolo avrà l'effetto di creare «spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale». Una tale conclusione, quindi, sembra non escludere in concreto la possibilità che l'ente locale svolga, legittimamente, un ruolo attivo nella disciplina, organizzazione e gestione del servizio pubblico privo di rilievo economico indipendentemente dall'esistenza di una legge regionale di riferimento [analogamente G. MARCHI (2005), p. 32 s., e G. SCIULLO (2004)]

5. Gli strumenti di governo del servizio e la tutela dell'utente.

Come emerge dall'analisi svolta, nell'ordinamento statale relativo ai servizi pubblici locali prevalgono le soluzioni organizzative basate sull'affidamento del servizio a soggetti esterni all'ente e da questo distinti anche se a diverso modo. Ciò, comunque, non toglie che il governo complessivo del servizio rimanga saldamente nelle mani del comune di riferimento, se si vuole, come conseguenza delle caratteristiche che connotano tali tipologie di interventi in economia: la titolarità pubblica della attività e la sua doverosità [sottolineano tali aspetti, M. DUGATO (2003), p. 2591 s., F. GOGGIAMANI (2005), p. 137 ss., A. ROMANO (1995), p. 472 ss.].

Il comune può esercitare la suddetta funzione di governo in diversi momenti e con più strumenti. Innanzitutto, già al momento della scelta del modello gestionale l'ente provvede a definire gli aspetti fondamentali di avvio e sviluppo dell'iniziativa locale. Tuttavia, è soprattutto in una fase successiva che il comune può svolgere pienamente il suo ruolo di governo, a tale scopo avvalendosi di particolari compiti e funzioni previsti nella disciplina generale [sulla cui qualificazione in chiave regolatoria o meno si sono espressi B. BOSCHETTI (2003), p. 100 ss., e G. NAPOLITANO (2002), p. 25 ss.]. A tal fine, il diritto positivo prevede che gli enti locali – anche in forma associata - «individuano gli standard di qualità delle prestazioni e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori» (art. 35, co. 14, l. n. 448/2001). Inoltre, spetta all'ente anche un'ulteriore possibilità di intervento, ma soltanto in caso di inerzia dell'Autorità di settore competente, al fine di definire «gli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza», necessari per poter indire la gara per l'affidamento del servizio, nonché definire i canoni per la gestione delle reti (art. 113, co. 7 e 13, d.lg. n. 267/2000).

Altri strumenti di governo a tal fine utilizzabili sono, ad esempio, la potestà regolamentare, la definizione dei prezzi e delle tariffe, l'approvazione di carte dei servizi, nonché la negoziazione dei contratti di servizio. Proprio il contratto di servizio rappresenta lo strumento al quale la nuova disciplina dei servizi pubblici locali dedica maggiore attenzione. Infatti, la disposizioni di riferimento riservano al contratto di servizio il compito di regolare i rapporti tra l'ente ed i soggetti gestori e ne prevedono l'utilizzazione in diverse circostanze relative sia alla gestione della rete che all'erogazione del servizio [per una analisi dell'istituto, A. ROMANO TASSONE (1998)].

Infine, è necessario segnalare che, come in parte anticipato, i poteri di governo che l'ordinamento generale sui servizi pubblici locali riconosce all'ente locale possono essere esercitati anche al fine di assicurare una maggiore tutela dell'utenza. Bisogna, infatti, segnalare che solo recentemente, in seguito all'introduzione di politiche di privatizzazione e di liberalizzazione del settore, anche con riferimento ai mercati di servizio pubblico locale si è affermata una maggiore attenzione alla qualità della prestazione e ai conseguenti profili di tutela dell'utente [come sottolineato da A. CORPACI (2003), p. 12, e G. NAPOLITANO (2001), p. 223 ss.]. In tale contesto, si giustifica l'esplicito richiamo operato dall'art. 112, co. 2, d.lg. n. 267/2000, alla disciplina contenuta nell'art. 11, d.lg. 30 luglio 1999, n. 286, con il quale si riconosce anche a livello di servizi pubblici locali il diritto dell'utenza alla qualità della prestazione e il rilancio della carta dei servizi come principale strumento per realizzarlo.

6. Prospettive evolutive del settore.

I servizi pubblici locali rappresentano un settore di intervento pubblico che nel corso degli ultimi anni ha subito processi di innovazione e di trasformazione ampi e profondi, molto spesso imposti a livello comunitario [dinamiche che si colgono in tutta la loro pienezza attraverso le

analisi contenute in A. MASSERA (2004), e G. NAPOLITANO (2005); con riferimento ad un arco temporale molto ampio si v. anche F. MERUSI (2004)]. Tuttavia, alcuni di questi processi ancora non si sono conclusi, mentre altri hanno richiesto aggiustamenti da parte del legislatore, il quale non sempre è intervenuto in maniera coerente con le politiche di fondo che avevano connotato precedenti interventi di riforma. Pertanto, in tale contesto appare difficile redigere bilanci e trarre possibili conclusioni, in quanto si tratterebbe di analisi approssimative su fenomeni ancora in movimento. Eppure qualche considerazione sulla situazione attuale e sulle prospettive future del settore ci sembra utile farla, quantomeno per sottolineare che sarebbe oramai necessario prendere atto che il concetto di servizio pubblico locale tende sempre di più ad assumere una valenza dinamica ed elastica e a subire l'influenza di nuovi principi organizzativi [in particolare, sui nuovi principi dei servizi pubblici si v. R. CAVALLO PERIN (2000), p. 41 ss., e G. PIPERATA (2005), spec. p. 182 ss.]. Come, infatti, è stato evidenziato recentemente, il servizio pubblico non indica più una categoria giuridica rigida e statica, ma soltanto «una scala di intensità»: premesso che il servizio pubblico implica sempre un intervento di determinazione dell'offerta da parte dei pubblici poteri, tale intervento può manifestarsi secondo diverse intensità, che vanno da un estremo rappresentato dall'intervento diretto in economia da parte del soggetto pubblico al fine di far fronte ai bisogni manifestati dalla collettività e non altrimenti soddisfabili, all'altro estremo del ruolo regolativo o promozionale svolto dai pubblici poteri rispetto ad attività private che soddisfano anche interessi pubblici [il riferimento è alla ricostruzione di G. MARCOU (2003), p.327 ss.].

Se si guarda, però, ai recenti interventi di riforma che hanno interessato i servizi pubblici locali non sembra che il legislatore abbia avuto consapevolezza di tale evoluzione [come segnala anche M. CAMELLI (2003)]. Anzi, gli ultimi ritocchi apportati al quadro ordinamentale generale confermano l'uso dell'istituto del servizio pubblico locale in chiave di

riserva alla gestione pubblica dell'attività economica, così frustrando i timidi tentativi di apertura dei mercati di riferimento alle logiche della liberalizzazione e della privatizzazione e determinando anche una asimmetria con le politiche di trasformazione realizzate a livello di servizi nazionali [è quanto segnalato da G. NAPOLITANO (2005), p. 57 ss.]. Sono evidenti le conseguenze che da tale situazione derivano: la condanna per il servizio pubblico locale a rimanere sospeso in un limbo tra gestione diretta e regolazione, tra riserva comunale e mercato, tra pubblico e privato.

7. La disciplina dei servizi pubblici locali nella l. 3 gennaio 2006, n. 2, della Regione Autonoma della Valle d'Aosta.

La l.n. 2/2006 della regione autonoma della Valle d'Aosta contiene un quadro generale di riferimento a proposito dei servizi pubblici locali erogati dai comuni valdostani.

La legge regionale segue in linea generale l'impostazione della disciplina nazionale in materia, anche se, come si vedrà, non mancano significative peculiarità nella definizione del contesto giuridico delle attività di riferimento.

Innanzitutto, come nella legge statale, la legge regionale n. 2/2006 distingue tra servizi locali di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica, collegando a ciascuna categoria uno specifico statuto organizzativo.

Con riferimento allo statuto organizzativo dei servizi pubblici locali di tipo economico la nuova disciplina regionale solo in alcuni passaggi presenta dei punti di contatto con la disciplina statale contenuta nell'art. 113, d.lgs. 267/2000. Ciò, infatti, può essere riscontrato sia a proposito delle forme di gestione delle reti e di erogazione del servizio che riprendono i modelli della esternalizzazione a imprese idonee, dell'affidamento a società mista e a società *in house* previsti dalla legislazione statale (art. 113, c. 4, l.r.

n. 54/1998), sia a proposito di organizzazione delle attività di gestione delle reti, degli impianti e delle dotazioni patrimoniali per le quali si assiste ad un esplicito rinvio ai principi ed alle regole contenute nella disciplina statale (art. 113, c. 3, l.r. n. 54/1998).

Per il resto le disposizioni contenute nella legge regionale valdostana presentano alcune novità sotto almeno tre profili.

Il primo profilo è quello della particolare attenzione data alla esplicitazione delle finalità e dei criteri che devono ispirare l'individuazione e l'organizzazione dei servizi pubblici locali di rilievo economico. Sotto tale profilo, la l.r. n. 2/2006 si colloca sulla scia delle scelte operate dalle altre regioni italiane che sono intervenute in materia con una propria legge. In particolare, le finalità che debbono caratterizzare l'erogazione dei servizi con rilevanza economica sono rappresentate dalla continuità, solidarietà, sicurezza, eguaglianza che dovrebbero interessare lo svolgimento della attività, dalla garanzia di qualità, efficienza, efficacia ed economicità, universalità delle prestazioni e, infine, dalla accessibilità dei prezzi (art. 113, c. 1, l.r. n. 54/1998). Inoltre, si precisa anche che tali finalità devono essere perseguite nel rispetto di alcuni criteri, come ad esempio quello che impone di organizzare il servizio in modo da garantire la piena copertura anche per le zone territorialmente svantaggiate o la predisposizione di standards più rigorosi e obblighi di servizio per ragioni di tutela della salute o dell'ambiente (art. 113, c. 2, l.r. n. 54/1998).

Altre novità rispetto alla disciplina statale possono essere rilevate con riferimento ad alcune disposizioni contenute nella l.r. n. 2/2006 e riguardanti l'organizzazione dei servizi pubblici locali di rilievo economico. Il riferimento è, principalmente, alla previsione della possibilità di affidare al soggetto incaricato della gestione di un servizio economico anche servizi non economici, purché il gestore abbia la caratteristica di società in *house* o società mista partecipata dagli enti locali titolari del servizio (art. 113, c. 6, l.r. n. 54/1998). Inoltre, di particolare interesse è anche la previsione di un

obbligo di separazione contabile in capo al soggetto gestore nel caso in cui svolga attività diverse contestualmente a quelle oggetto di affidamento da parte dell'ente pubblico (art. 113, c. 8, l.r. n. 54/1998).

Ultima novità a proposito della disciplina regionale dei servizi locali di tipo economico è quella relativa alla puntuale regolazione del rapporto tra enti locali e soggetti gestori. Al riguardo, il nuovo art. 113 della l.r. n. 54/1998 delinea il contratto di servizio come strumento di disciplina del rapporto tra gestore ed ente locale, ma anche come il principale strumento di regolazione del servizio. Spetta, infatti, a tale strumento definire le attività oggetto e la durata dell'affidamento, gli standards delle prestazioni di servizio, le modalità di vigilanza e le conseguenze per eventuali disfunzioni o inadempimenti, gli eventuali obblighi di servizio pubblico, ecc.

Con riferimento ai servizi pubblici locali privi di rilevanza economica la l.r. n. 2/2006 colma la lacuna lasciata dalla dichiarazione di incostituzionalità che ha colpito l'art. 113 bis, d.lgs. n. 267/2000. Per l'organizzazione dei servizi in questione, infatti, viene previsto un ampio ed articolato ventaglio di formule gestionali che vanno dalla gestione in economia, all'affidamento con gara a terzi, all'affidamenti diretto ad enti pubblici strumentali (istituzione e azienda speciale) o a soggetti privati partecipati (società mista, società in *house*, associazione e fondazione).

Ma la novità più interessante contenuta nell'art. 113 bis della l.r. n. 54/1998, così come introdotto dalla l.r. n. 2/2006, riguarda l'individuazione e la conseguente gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica. Secondo tale articolo, infatti, oltre che per l'organizzazione dei servizi non economici «per natura» cui fa generico riferimento il comma 1, gli enti locali potrebbero ricorrere allo statuto organizzativo dei servizi non economici anche per erogare quelle attività che sono riconducibili a tale categoria «in quanto erogati in condizioni tali da non incidere sugli scambi al di fuori del contesto locale» (comma 2). Comunque, il legislatore valdostano ha accompagnato tale eventualità con la previsione di alcune

cautele, come, ad esempio, l'obbligo per i comuni di motivare la delibera di assunzione del servizio con l'indicazione delle condizioni di fatto che giustificano la qualificazione dell'attività come servizio non economico o anche la predeterminazione dei criteri in presenza dei quali procedere all'assunzione del servizio nei termini di cui si è detto.

Un'ultima osservazione deve essere riservata all'art. 113 *ter*, l.r. n. 54/1998, così come introdotto dalla l.r. n. 2/2006. Tale articolo, infatti, è dedicato alla definizione delle caratteristiche delle figure societarie (in house e mista), alle quali possono essere affidati direttamente sia servizi con che privi di rilevanza economica.

BIBLIOGRAFIA

- BERCELLI, *I servizi pubblici locali tra disciplina generale e discipline di settore (dopo l'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, finanziaria 2002)*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, p. 742 ss.
- BERLINGERIO, *Studi sul pubblico servizio*, Milano, Giuffrè, 2003, spec. p. 223 ss.
- BOSCHETTI, La tutela degli utenti, in *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria 2002)*, a cura di A. Travi, cit., p. 100 ss.
- BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 363 ss.
- CAIA, *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2004
- CAIA, *Funzione pubblica e servizio pubblico*, in L. Mazzaroli e altri, *Diritto amministrativo*, I, Bologna, Monduzzi, 2001, 3^a ed., p. 923 ss.
- CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, p. 3167 ss.
- CAIA, *Sub artt. 22 e 23*, in *Commentario della Costituzione*, Fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Art. 128. Supplemento*, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro italiano, 1996, p. 262 ss.
- CAMMELLI e ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999, 2^a ed.
- CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Napoli, Novene, 2003
- CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, p. 41 ss.
- CORSO, *La gestione dei servizi locali tra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Atti del XLI^o Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Milano, Giuffrè, 1997, p. 21 ss.
- DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale*, a cura di S. Cassese, III, Milano, Giuffrè, 2003, 2^a ed., p. 2581 ss.;
- LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004
- DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, Ipsoa, 2001.

DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, p. 519 ss.

FERRARI, *Servizi pubblici locali e forme miste di gestione pubblico – privati*, in *L'attuazione del Titolo V della Costituzione*, Atti del L° Convegno di studi amministrativi – Varenna 16 – 18 settembre 2004, datt., in corso di pubbl., Milano, Giuffrè, 2005

GALESI, *In house providing: verso una concreta definizione del «controllo analogo»?», in *Urb. appal.*, 2004, p. 931 ss.*

GIANNINI, *Il servizio pubblico sotto il profilo giuridico*, in *Statistica e pubblica amministrazione. II. I servizi pubblici*, a cura di R. Perez, Milano, Giuffrè, 1985, p. 3 ss.

GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2005, spec. p. 137 ss.

Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, a cura di A. Massera, Pisa, Edizioni Plus, 2004

La tutela degli utenti dei servizi pubblici, a cura di A. Corpaci, Bologna, Il Mulino, 2003

M. CAMMELLI, *Concorrenza, mercato e servizi pubblici: le due riforme*, in *Riv. trim. app.*, 2003, p. 513 ss.

M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Regioni*, 1992, p. 7 ss.

MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 27 ss.

MARCOU, *Il servizio pubblico tra attività economiche e non economiche*, in *Liberalizzazione del trasporto terrestre e servizi pubblici economici*, a cura di A. Brancasi, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 313 ss.

MASSERA, *L'in house providing: una questione da definire*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 849 ss.

MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 37 ss.

MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, Il Mulino, 2002, p. 59 ss.

NAPOLITANO, *Regolazione o programmazione nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali?*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, fasc. 2-3, 2002, p. 17 ss.

NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Bologna, Il Mulino, 2005.

NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001

PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001

PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. 448/2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 575 ss.

PIPERATA, *L'affidamento in house nella giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Giornale dir. amm.*, 2006, p. 135 e ss.

PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005

POTOTSCHNIG, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1992, p. 269 ss.

ROMANO TASSONE, *Il contratto di servizio*, in *Dir. trasp.*, 1998, p. 613 ss.

ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 459 ss.

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

SALVIA, *I servizi pubblici nella letteratura recente*, in *Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Annuario 2001*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 87 ss.

SCIULLO, *Stato, regioni e servizi pubblici locali nella pronuncia n. 272/2004, della Consulta*, in *www.lexitalia.it*, n. 7-8, 2004

SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Ec. pubbl.*, 1993, p. 11 ss.

TRAVI, *Note introduttive*, in *La riforma dei servizi pubblici locali (art. 35 l. 28 dicembre 2001, n. 448, legge finanziaria 2002)*, a cura di A. Travi, in *Nuove leggi civili*, 2003, p. 8 ss.

VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004

VIGNERI, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, in *Commenti al T.U. sull'ordinamento delle autonomie locali*, coord. L. Vandelli, Rimini, Maggioli, 2004

VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 2003, 3^a ed.

ZITO, *I riparti di competenza in materia di servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Dir. amm.*, 2003, p. 387 ss.

GIUSEPPE PIPERATA