

BACKGROUND PAPER N. 1/2012

**Governo e *governance*
dei servizi pubblici locali
di rilevanza economica:
stato dell'arte in
prospettiva giuridica**

TOMMASO BONETTI^a

^a Ricercatore di diritto amministrativo nell'Università Iuav di Venezia;
S.P.I.S.A. - Università di Bologna

HerAcademy, la Corporate University del Gruppo Hera, si pone l'obiettivo di sviluppare competenze e comportamenti di eccellenza all'interno del Gruppo e valorizzare il capitale umano del territorio di riferimento, confrontandosi anche con le migliori esperienze di successo, il contributo di importanti realtà accademiche e il coinvolgimento degli stakeholder di riferimento.



www.gruppohera.it/heracademy
heracademy@gruppohera.it

INDICE

1. Introduzione.
 - 1.1. Dal «socialismo municipale» alla «demunicipalizzazione».
 - 1.2. Il regime giuridico vigente dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra tutela della concorrenza e processi di liberalizzazione.
 - 1.3. Il sistema dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: cenni in prospettiva comparata.
 - 1.4. I servizi pubblici locali come «risorsa economica contesa»: una breve chiosa preliminare.

2. La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: profili generali.
 - 2.1. Il quadro regolatorio del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra ordinamento europeo e ordinamento nazionale.
 - 2.2. Statuto generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e discipline settoriali.
 - 2.3. Proprietà e gestione delle reti dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.
 - 2.4. Ambiti territoriali di organizzazione dei servizi e processi di «liberalizzazione»: quale ruolo per l'ente locale?

3. Forme di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e modelli gestionali.
 - 3.1. Servizi pubblici locali di rilevanza economica: le modalità di affidamento.
 - 3.2. Quadro giuridico di riferimento delle società pubbliche di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: profili organizzativi, regime dell'attività, limiti alla capacità di azione.
 - 3.3. Verso uno «statuto» giuridico delle società pubbliche quotate nei mercati regolamentati?

4. L'indirizzo e la determinazione delle attività sociali tra *government* e *governance* pubblica.
 - 4.1. Riflessi giuridici del rapporto tra *government* e *governance* nell'ambito delle società pubbliche di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: il regime delle incompatibilità.
 - 4.2. Nomina e revoca degli amministratori.
 - 4.3. Cenni in tema di autonomia statutaria e patti parasociali.

5. I controlli sulle attività sociali: un quadro di sintesi.
 - 5.1. *Focus*: la «questione» della responsabilità degli amministratori e gli orientamenti della Corte di Cassazione e della Corte dei Conti.
 - 5.2. Autorità amministrative indipendenti e regime dei controlli «esterni»: profili ricostruttivi.

6. Alcune considerazioni conclusive: il regime giuridico dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra «innovazioni» e «contraddizioni».

EXECUTIVE SUMMARY

Scopo del *background paper* è di rappresentare il quadro giuridico di riferimento in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica¹.

La finalità, in altri termini, è quella di ricostruire ed analizzare il regime giuridico dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce delle vorticose modificazioni che hanno segnato negli ultimi anni il relativo «statuto» disciplinare².

Da alcuni anni, infatti, il legislatore italiano sembra all'affannosa ricerca di un «nuovo» «statuto» giuridico da fornire ai servizi pubblici locali di rilevanza economica³.

Nell'ultimo decennio i tentativi sono stati numerosi ed hanno provato a ridefinire gli aspetti generali di un ambito così rilevante per il governo locale; tentativi che, invero, si sono intrecciati con una pluralità di interventi settoriali imposti spesso dalle istituzioni comunitarie, come per il servizio elettrico e per il *gas* naturale nonché - per altro verso - con scelte legislative compiute dalle regioni nei rispettivi ambiti di competenza.

¹ Osserva M. CAMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *giustamm.it*, 2010, 1, «fare oggi il punto sul regime dei servizi pubblici locali sotto il profilo della concorrenza per il mercato e la regolazione è un'impresa da collocare senza sforzo tra le 'missioni impossibili'. Oltre ai ben noti elementi problematici di base, tra i quali è da ricomprendere innanzitutto cosa debba intendersi per 'regolazione', per 'servizi' (economici o meno) e per 'locale', si aggiungono la vertiginosa, e non lineare, sequenza di interventi legislativi, certo più adatti ad una trasmissione del tipo 'tutto il diritto minuto per minuto che ad una riflessione sistematica, e l'universale consapevolezza che tra quanto prescritto dalla legge e quanto avviene in concreto vi sono relazioni assai più tenui di quanto sarebbe lecito attendersi».

² I servizi pubblici locali sono attività economiche in astratto suscettibili di essere esercitate in forma d'impresa; rispetto alle mere attività d'impresa, si connotano per la loro diretta ed immediata finalizzazione alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività locale. Per qualificare una determinata attività pubblica d'impresa quale servizio pubblico locale, inoltre, è necessaria l'assenza del mercato ovvero la sua inadeguatezza; occorre, cioè, che l'assenza dell'intervento pubblico determini l'insoddisfazione in senso assoluto od anche solo relativo del bisogno collettivo. Da qui la configurazione in termini dinamici del concetto di servizio pubblico locale, nel tempo e nello spazio, «[...] così che attività che appaiono servizi pubblici in un particolare contesto, possono non esserlo in un altro ambito territoriale ed in un momento diverso, secondo il differente atteggiarsi dei bisogni e le differenti risposte del mercato»: così M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2003, 2581 ss.; si cfr., in generale, anche G. CAIA, *Sub artt. 22 e 23*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, *Art. 128. Supplemento*, Bologna, 1996, 262 ss.; ID., *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, 1990, *ad vocem*; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2003.

³ Così G. PIPERATA, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2012, 122 ss.

Non solo: il regime dei servizi pubblici locali ha subito anche ripensamenti governativi, interventi correttivi da parte della Corte Costituzionale e persino una consultazione referendaria tenutasi nel giugno 2011.

Tutto ciò diviene fonte di instabilità del sistema; instabilità che, fatalmente, si è riflessa sia sugli assetti organizzativi e gestionali esistenti sia sulle politiche di sviluppo territoriale seguite dagli enti titolari e dagli operatori economici come pure, in generale, sul funzionamento dei relativi mercati di riferimento⁴.

Contorni emblematici, da questo punto di vista, assume l'estrema difficoltà di ricostruire in termini giuridicamente unitari la figura delle cd. *multi-utilities* e, per l'effetto, la relativa disciplina applicabile - comprese quelle quotate nei mercati regolamentati, anche alla luce dei processi di riorganizzazione territoriale e, addirittura, di fusione societaria prospettati nel quadro delle politiche pubbliche volte a contrastare gli effetti delle dinamiche recessive in essere.

La causa di tale turbolenza - innanzitutto normativa, ma anche istituzionale e gestionale - sembra doversi ricondurre, almeno in prima battuta, alla difficoltà per il legislatore di identificare un accettabile punto di equilibrio tra contrapposte categorie concettuali che oggi condizionano la definizione del quadro giuridico da applicare ai servizi pubblici locali, a partire dai processi di liberalizzazione in atto; contrapposizioni che riguardano, prima di ogni altra cosa, il confronto tra politica ed economia, Stato e mercato, pubblico e privato, autonomia e libertà, regolazione e gestione, e via dicendo⁵.

Si ricava così l'impressione, osservando le linee di riforma del settore, che il legislatore stia tentando di innestare sul tradizionale sistema giuridico del servizio pubblico locale un diverso modello di organizzazione di servizi prestazionali; da un lato, infatti, si afferma nuovamente la titolarità comunale dei servizi e la conseguente responsabilità; dall'altro, però, si registra la fortissima tendenza a spostare verso i soggetti privati tutte le dinamiche gestionali ed in sedi differenti quelle propriamente regolatorie e gestionali.

⁴ In generale, si cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di F. Pugliese*, a cura di E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, Napoli, 2010, *passim*.

⁵ In questi termini, G. PIPERATA, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 122 ss.

Il contesto socio economico di riferimento, del resto, si caratterizza oggi per una serie di trasformazioni legate alla tecnica, ai mercati, alla società ed alle istituzioni che impongono di rivedere il ruolo spettante al pubblico, di aprire la gestione di tali attività ad logiche diverse da quelle del monopolio pubblico e di riscrivere i rapporti tra autonomia locale e iniziativa economica privata; una prospettiva di politica del diritto, quest'ultima, che emerge con forza anche nell'ultimo intervento riformatore di cui all'articolo 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito in legge 16 settembre 2011, n. 148 s.m.i.

Si tratta di trasformazioni profonde che, anche alla luce delle opzioni di «liberalizzazione», mettono in discussione dalle fondamenta il concetto stesso di «servizio pubblico locale» e a fronte delle quali il legislatore non può non interrogarsi sulla relativa attualità nella prospettiva di restituire maggiori certezze agli operatori economici interessati, sempre più attori fondamentali nell'ambito delle dinamiche di crescita e sviluppo dei diversi sistemi territoriali⁶.

Sicché, «[...] il sistema dei servizi pubblici locali rimane ancora sospeso in una *impasse* tra il nuovo che ancora stenta ad avviarsi, il passato che è alle spalle e una larga area segnata dai regimi (più o meno) transitori»⁷.

In vista di un periodo transitorio che si annuncia non breve, riemergono così con forza «[...] i temi della efficienza dell'impresa pubblica, del ruolo giocabile dagli ambiti sovracomunali e dalla integrazione tra settori, di più forti poteri di regolazione e di controllo [...] sia riferiti *ex ante* al procedimento di affidamento del servizio che alle verifiche *ex post* anche per opera di sedi appositamente dedicate [...] dei presupposti e delle modalità di esternalizzazione, di più adeguate forme di *governance* in particolare tra enti locali e società quotate»⁸.

⁶ Con riferimento alle dinamiche involgenti la dimensione giuridica del governo del territorio, sia consentito il rinvio a T. BONETTI, *Il diritto del governo del territorio in trasformazione. Assetti territoriali e sviluppo economico*, Napoli, 2011, spec, 209 ss.

⁷ Così M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 4. Si legga anche G. CAIA, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di F. Pugliese*, cit., *passim*.

⁸ Ancora, M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 3; si cfr. anche G. NAPOLITANO, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Econ. serv.*, 2010, 437 ss.

Nel quadro della ridefinizione dei contorni del regime giuridico dei servizi pubblici di rilevanza economica, sono queste alcune delle sfide cui sono oggi attesi legislatore, giudici, interpreti nonché, naturalmente, attori pubblici e operatori privati.

Altrimenti, in un contesto così frammentato già sul piano normativo, «[...] il rischio è che le società a partecipazione pubblica continuino a vagare per il regno di Logres, come il Cavaliere verde o come Parsifal, in un'apparente ricerca del Graal e nella sola consapevolezza dell'incertezza del futuro. Loro, degli enti territoriali e degli utenti»⁹.

⁹ Così M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il Cavaliere per il regno di Logres*, in *Ist. fed.*, 2011, 12.

ABSTRACT

From many years the Italian legislator is looking for a new juridical «statute» to be addressed to the local public utility services having an economic impact.

In the last decade several attempts have been attempted and both of them have tried to redefine the general aspects of this particular field that is very important for the local government.

These undertakings have been weaved with sectional intervention sometimes directly required by European Institutions, as it happened for the electric and natural gas services as well as with legislative decisions, on the other hand, brought by the regions in their respective sphere of competence.

The legal framework applied to the local public utilities services has suffered several governmental afterthought, few correction intervention of Constitutional Court and, last but not least, it has been subject to a referendum consultation held on June 2011.

This legal environment creates inevitably a tough instability of the system.

This uncertainty is most reflected (i) over the current management asset; (ii) on the developing and organizing policies pursued by the holder public body and by the economic operator; (iii) on the functioning of the relevant market.

The reason of this upheaval - primarily legislative but inevitably also institutional and administrative - seems to be caused by the legislator's troubles for finding a point of balance between the opposing conceptual categories that nowadays sensitively conditioning the definition of the legal framework to be applied towards the local public utility services. The said conflicting positions are primarily focus on the comparison between (i) politics and economy; (ii) state and market; (iii) private and public; (iv) autonomy and freedom; (v) regulation and management.

It is true that is not easy to open to competition rules economic sectors that for a long time have been the backbone of the former public monopoly.

Typical examples from this side is the difficulty to set forth an applicable legal regime to the homogenous figure, even if the main typical features are still to be defined, of the so called *multi-utilities*.

This hindrance increase for the multi-utilities that are: (i) listed in one of the Italian regulated market; (ii) subject to important territorial reorganization; (iii) subject to merger process as recently prospected by the public policies with the purpose to minimize the negative effects brought out by the current economic recession.

Observing the reform guidelines of the sector, we gain the general impression that the Italian legislator is trying to implement over the traditional juridical system of the local public utility services a new model of organization of service performance. This approach seems to be adopted also in consideration of the future liberalization of certain sector. In fact if from one side it is affirming the municipality capacity for carrying out certain public services and the related liability from the other side it is also registering the strong inclination to move towards private operator all the aspects connected to the managerial activities of public sector including also the regulatory and management aspects of the same.

The relevant economic environment is currently characterized by a series of transformation linked with the market, companies, technique and by the institutions. The latter have in the last years rethink the role to be granted to the public institutions and have consequently strong endorsed the opening of the managerial activities linked with public services to the market and in particular to apply to the public services new approaches and laws.

This deep restructuring process will have the benefit to rewrite completely the relation between local authorities and the private freedom of the enterprise.

These deep transformations have completely undermined the general traditional concept applied to the local public utility services.

This fact should impose to the legislator the task to redefine the entire matter. Only in this way, in fact, will be granted to the economic operator the necessary legal certainty that is the preliminary condition to start an economic activity. In addition to that it is important to highlight that nowadays these economic operators are

getting the role of “*key players*” within the growing and developing dynamics of the different territorial systems.

As it has been pointed out, at the time being, the entire system of the local public utility services remains pendent between a new system that is hard to put on and the former that has been distinguished by several temporary legal frameworks.

Obviously each sector has its own particular history but some contradictions other than be common to all sectors are also hardly to overcome.

Among these ones, fatally, the major issue seems to be the fact that are not easily compatible the ties, and limits, of the relevant market as well as the ties, and restrictions, of separation between the ownership and management from one side and to the other side by the fact that the legitimation of public (not only) in Italy is strictly connected by the local public utility services and their functioning¹⁰.

¹⁰ See M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *giustamm.it*, 2010.

1. INTRODUZIONE

Scopo dell'indagine che si intende condurre è quella di rappresentare il quadro giuridico di riferimento in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La finalità, in altri termini, è quella di ricostruire ed analizzare il regime giuridico dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce delle vorticose modificazioni che hanno segnato negli ultimi anni il relativo «statuto» disciplinare¹¹.

In questa prospettiva, tenendo conto dello «spirito» che anima il presente *background paper*, ci si soffermerà soprattutto sui profili di *government* e *governance* delle società a partecipazione pubblica di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, rivolgendo di volta in volta una particolare attenzione anche ai caratteri organizzativi e gestionali delle cd. società *multi-utilities*, comprese quelle quotate nei mercati regolamentati.

Per raggiungere tali obiettivi, in via preliminare, è necessario chiarire cosa si intende per «servizi pubblici locali» secondo l'orientamento dominante nell'ambito della scienza giuspubblicistica.

«All'espressione servizio pubblico locale, infatti, si è tradizionalmente fatto ricorso per indicare quell'insieme di attività svolte dagli enti locali che non possono ricondursi al concetto di funzione amministrativa, ma che, al contempo, non possono qualificarsi come attività meramente economiche»¹².

In questo senso, la classificazione di una determinata attività come servizio pubblico locale ha sempre determinato «[...] l'applicazione di un regime giuridico proprio e differente sia da quello che regola le funzioni sia da quello che governa le ordinarie

¹¹ Del resto, osserva M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *giustamm.it*, 2010, 1, «fare oggi il punto sul regime dei servizi pubblici locali sotto il profilo della concorrenza per il mercato e la regolazione è un'impresa da collocare senza sforzo tra le 'missioni impossibili'. Oltre ai ben noti elementi problematici di base, tra i quali è da ricomprendere innanzitutto cosa debba intendersi per 'regolazione', per 'servizi' (economici o meno) e per 'locale', si aggiungono la vertiginosa, e non lineare, sequenza di interventi legislativi, certo più adatti ad una trasmissione del tipo 'tutto il diritto minuto per minuto che ad una riflessione sistematica, e l'universale consapevolezza che tra quanto prescritto dalla legge e quanto avviene in concreto vi sono relazioni assai più tenui di quanto sarebbe lecito attendersi».

¹² Così M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2003, 2581; in generale, con riferimento ai servizi pubblici locali e senza pretesa di esaustività, si cfr. tra gli altri G. CAIA, *Sub artt. 22 e 23*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, *Art. 128. Supplemento*, Bologna, 1996, 262 ss.; F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali*, Torino, 2007; S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, 2008; F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, Bologna, 2002; L.R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, 2001; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, 2005; R. VILLATA, *Pubblici servizi*, Milano, 2003.

attività imprenditoriali. Le sue peculiarità più evidenti sono rappresentate da una puntuale disciplina degli aspetti organizzativi, dalla definizione in chiave parzialmente pubblicistica delle forme giuridiche di azione e da un relativo appesantimento del regime contrattuale del soggetto esercente l'attività»¹³.

Pertanto, si può affermare che i servizi pubblici locali sono attività economiche in astratto suscettibili di essere esercitate in forma d'impresa; rispetto alle mere attività d'impresa, invero, si connotano per la loro diretta ed immediata finalizzazione alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività locale.

Per qualificare una determinata attività pubblica d'impresa quale servizio pubblico locale, inoltre, è necessaria l'assenza del mercato ovvero la sua inadeguatezza; occorre, cioè, che l'assenza dell'intervento pubblico determini l'insoddisfazione in senso assoluto od anche solo relativo del bisogno collettivo. Da qui la configurazione in termini dinamici del concetto di servizio pubblico locale, nel tempo e nello spazio, «[...] così che attività che appaiono servizi pubblici in un particolare contesto, possono non esserlo in un altro ambito territoriale ed in un momento diverso, secondo il differente atteggiarsi dei bisogni e le differenti risposte del mercato»¹⁴.

Come evidenziato, peraltro, la sussunzione giuridica di una determinata attività come servizio pubblico locale ha tradizionalmente determinato l'applicazione di un particolare regime giuridico; un regime che, fino a tempi recenti, risultava caratterizzato per la definizione di un quadro generale di riferimento applicabile a tutti i servizi pubblici locali, cui si sono progressivamente affiancate, in parte derogandolo, discipline preordinate a regolare determinati settori.

Più recentemente, però, sono emersi profondi tratti distintivi tra ambiti differenti. «Alcuni hanno continuato ad essere caratterizzati in via esclusiva o fortemente prevalente dall'immediato rilievo sociale dell'attività e dalla particolare sensibilità degli interessi, rispetto a cui gli aspetti della concorrenza tra gli operatori del mercato ha mantenuto un ruolo secondario. In altri servizi, invece, la prospettiva è

¹³ M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 2581.

¹⁴ M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 2582. Sulla difficoltà di definire il concetto di servizio pubblico locale, già S. CASSESE, *I servizi pubblici nel mezzogiorno*, Roma, 1969, 7.

apparsa invertita in ragione della forte valenza imprenditoriale dell'attività costituente l'oggetto del servizio»¹⁵; ambiti, questi, progressivamente caratterizzati da canoni ispiratori diversificati e da una certa disomogeneità di regolazione.

Ne deriva una maggiore complessità del quadro normativo di riferimento: per individuare la disciplina applicabile all'attività di un ente locale, infatti, non è sufficiente determinare la natura di servizio pubblico, ma occorre anche chiarire se l'attività stessa abbia o meno rilevanza economica¹⁶.

Il che, peraltro, costituisce un'azione ermeneutica non sempre di facile enucleazione. D'altronde, proprio ai fini della distinzione tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di tale rilevanza, a fronte della rilevata inidoneità di criteri distintivi di natura astratta, sostanzialistica e/o ontologica, il giudice amministrativo tende a far ricorso a criteri relativistici, che tengano conto delle peculiarità del caso concreto, quali la concreta struttura del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico-organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio¹⁷.

In questa sede, peraltro, ci si soffermerà unicamente sui servizi pubblici locali di rilevanza economica¹⁸.

Ciò detto, per quanto concerne la metodologia dell'indagine, due precisazioni preliminari si impongono.

Innanzitutto, per raggiungere gli obiettivi prefissati, si procederà ad incrociare il lavoro, sia in sede di analisi che di ricostruzione, non solo con i contributi offerti

¹⁵ M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, cit., 2583.

¹⁶ Invero, l'articolo 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 aveva originariamente distinto tra servizi di rilevanza industriale e servizi di rilevanza non industriale: sul punto, comunque, si cfr. anche *sub* § 1.1.

¹⁷ Così, tra le altre, Cons. St., sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529.

¹⁸ E' proprio del concetto stesso di servizio pubblico, come anticipato, l'impossibilità di tipizzare le attività che possono essere ricondotte a tale categoria e anche - una volta fatto ciò - qualificarle in maniera definitiva come di rilievo economico o viceversa. Del resto, a tali conclusioni sono giunte le Istituzioni europee, le quali in più occasioni hanno ricordato che la possibilità di qualificare in termini di servizio pubblico una determinata attività è una decisione che dipende da fattori giuridici, culturali, economici e tecnologici; con la conseguenza che non solo non è possibile compilare un elenco definitivo dei servizi economici e non economici, ma il confine tra le due categorie di servizi cambia continuamente a causa delle trasformazioni tecnologiche, economiche e sociali che interessano i mercati di riferimento. A tal fine, si v. la comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale*, 20 settembre 2000, COM(2000)580, la relazione della Commissione al Consiglio europeo di Laeken, *Servizi di interesse generale*, 17 ottobre 2001, COM(2001)598, il *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003)270, e il successivo *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, 12 maggio 2004, COM(2004)374.

dalla letteratura giuspubblicistica in materia, ma anche - per quanto possibile - con gli apporti forniti dalle scienze economiche.

Va da sé che l'angolo di visuale rimane quello del giurista pubblicista.

Non sembra possibile, però, prescindere dall'ausilio degli strumenti interpretativi messi a disposizione dagli altri rami del sapere scientifico. Certo, si tratterà al più di cenni o meri rinvii, ma ugualmente utili ad arricchire la trama argomentativa, nonché ad afferrare la complessità dei rapporti economici e dei relativi nodi problematici sottesi all'indagine. Lo stesso, invero, vale con riguardo ad indagini, studi ed approfondimenti svolti da istituti di ricerca e/o associazioni di categoria relativamente alle società a partecipazione pubblica locale e, in questo quadro, a quelle che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Secondariamente, per quanto riguarda i riferimenti ad altri ordinamenti europei, corre l'obbligo di avvertire fin d'ora che non si tratta di una analisi comparata in senso stretto; l'indagine che si intende condurre, cioè, non ha alcuna pretesa «comparativistica» in senso stretto; né, a ben vedere, lo consentirebbero l'economia e le finalità del presente lavoro.

Al contempo, però, si è pienamente consapevoli della notevole rilevanza degli altri ordinamenti europei, specialmente nel quadro dell'influenza dispiegata dall'ordinamento comunitario, anche rispetto all'eventuale definizione di opzioni di politica del diritto e/o di modelli da impiantare e sviluppare in seno all'ordinamento italiano.

Da qui, conseguentemente, la scelta di riferirsi comunque a modelli, istituti e, più in generale, alla cultura giuridica di ordinamenti diversi laddove risulti di volta in volta strettamente necessario e coerente con gli obiettivi complessivi della ricerca.

1.1. DAL «SOCIALISMO MUNICIPALE» ALLA «DEMUNICIPALIZZAZIONE»

Secondo l'orientamento storico-giuridico prevalente, i servizi pubblici locali si presentano quale conseguenza della rivoluzione industriale nella prospettiva di

corrispondere al mutare della «qualità» e della «quantità» dei bisogni collettivi derivanti dal fenomeno dell'urbanesimo¹⁹.

Per far fronte a siffatti «nuovi» bisogni, in un primo momento, le amministrazioni comunali sperimentarono configurando innovative soluzioni organizzative e gestionali²⁰.

In seguito, anche al fine di superare tale «pionieristica» stagione, il legislatore detta una disciplina normativa *ad hoc*, ovvero la legge 29 marzo 1903, n. 103 ed il relativo regolamento di attuazione r.d. 10 marzo 1904, n. 108; una disciplina attraverso la quale si introduceva in via generale un sistema di municipalizzazione mediante assunzione in via diretta delle attività da parte dei comuni e delle province. Il che, peraltro, lasciava a siffatti enti sia la scelta in ordine alla definizione del campo del proprio intervento sia la relativa opportunità.

La municipalizzazione rinveniva i corrispondenti fondamenti «[...] nella teorica delle pubbliche imprese, che rappresentava il prodotto del tentativo di fissare le basi di una nuova scienza finanziaria pura e che intendeva dimostrare le virtù economiche e di efficienza dell'intervento pubblico come produttore; virtù che giustificavano la distribuzione dei costi del servizio sulle collettività»²¹.

Le forme gestionali previste dalla legge Giolitti erano essenzialmente tre: la gestione in economia, l'azienda municipalizzata e la concessione; in seguito, furono integrate anche con altri modelli come le aziende speciali e le società a partecipazione pubblica locale totale o miste²².

Uno dei cardini di tale articolato sistema normativo era «[...] la valorizzazione dell'autonomia locale nella assunzione di una attività come servizio pubblico locale (salvo i casi di servizi obbligatori) e nella definizione dell'assetto organizzativo (sia pur nei limiti dei modelli tipizzati)»²³.

¹⁹ Si cfr. F. RUGGE, *Gli esordi della municipalizzazione in Italia. Appunti su Stato, autonomie, «socialismo municipale»*, in *Jus*, 1984, 191 ss.

²⁰ M.S. GIANNINI, *I comuni*, in *I comuni*, a cura di ID., Vicenza, 1967, 35.

²¹ M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo*, cit., 2584.

²² Peraltro, relativamente ai servizi con una valenza sociale o culturale, l'ambito delle figure gestionale venne esteso comprendendo altresì istituti come le istituzioni, le associazioni e le fondazioni partecipate.

²³ G. PIPERATA, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2012, 122 ss.

Pertanto, «la municipalizzazione dei servizi pubblici locali [...] non rappresentava una scelta assoluta, imposta obbligatoriamente agli enti locali dal dato legislativo. Anzi. Il legislatore affidava alle amministrazioni interessate la valutazione dei presupposti, l'opportunità dell'intervento pubblico e la scelta dei modelli da seguire caso per caso»²⁴.

Successivamente all'entrata in vigore della legge del 1903, si sono susseguiti una serie di interventi normativi che concorsero a rendere più articolato il quadro regolatorio di riferimento; al punto che, con il r.d. 15 ottobre 1925, si procedette a riordinare la materia; l'articolo, in particolare, conteneva un elenco dei servizi pubblici locali che gli enti locali potevano assumere direttamente; il che risultò fonte di un lungo dibattito in dottrina in quanto taluni ne argomentavano la natura tassativa, altri la valenza meramente esemplificativa²⁵.

Nondimeno, il sistema disegnato, ordinato e legittimato dalla legge Giolitti ha retto per quasi cento anni; basti pensare, del resto, che pur in uno scenario mosso da orizzonti assiologici profondamente differenziati rispetto a quelli immaginati agli inizi del secolo scorso, ancora oggi l'articolo 112 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 continua 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».

In questo lungo lasso di tempo, anche al netto delle profonde trasformazioni dell'ordinamento, a partire dall'avvento della Costituzione repubblicana e tralasciandone un'analisi puntuale, una delle innovazioni più significative ha riguardato l'introduzione - ai sensi dell'articolo 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 - del modello societario quale modello gestionale da utilizzare per quelle tipologie di servizi caratterizzati da profili di economicità; il che, peraltro, non ha fatto altro che

²⁴ Ancora, G. PIPERATA, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 142 ss.

²⁵ Al riguardo, M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, 619; G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, in *Enc. giur.*, 1990, 2.

conferire piena legittimità ad una dinamica organizzativa già pienamente invalsa nella prassi²⁶.

E' solo con l'articolo 35 della legge n. 448/2001, perciò, che si assiste ad un deciso cambio di paradigma.

Tale disposizione, infatti, distingueva tra servizi pubblici locali di tipo industriale e non; una distinzione, poi, riformulata in termini di rilevanza economica o meno dei servizi in questione²⁷; il che, peraltro, rileva soprattutto in chiave gestionale, così che ad ogni categoria di servizio corrisponde un preciso statuto organizzativo e gestionale di riferimento²⁸.

Con specifico riguardo all'organizzazione dei servizi di rilevanza economica, il regime relativo alle opzioni gestionali possibili è stato ridefinito dalla riforma del 2001 sulla base di almeno tre principi ispiratori: la proprietà pubblica delle reti, la separazione tra gestione delle reti ed erogazione del servizio ed il *favor* verso meccanismi concorrenziali relativamente all'aggiudicazione delle attività di erogazione.

In questo scenario, l'autonomia locale non veniva meno; in quanto ci si limitava a mettere a disposizione dell'ente locale una serie di formule organizzative relative alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: l'affidamento con gara del servizio, l'affidamento diretto a società miste e quello, sempre diretto, a società *in house providing*.

Al riguardo, è stato opportunamente rilevato che «da riforma del 2001 (soprattutto, nel testo stabilizzatosi dopo i correttivi del 2003), [...] pur rivedendo il quadro

²⁶ Al riguardo, nell'impossibilità di dar conto della sterminata bibliografia in tema, ci si limita a rinviare a: *Le spa comunali e la gestione dei servizi pubblici*, a cura di G. ALPA, A. CARULLO, A. CLARIZIA, Milano, 1998; *I servizi pubblici locali: evoluzione e prospettive*, a cura di G. CAIA, Rimini, 1995; M. CAMMELLI, A. ZIROLDI, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, 1999, 2ª ed.; M. DUGATO, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; P. PIRAS, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, 1994; *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, a cura di G. SANVITI, Bologna, 1995; *Le società miste per i servizi locali*, a cura di F. TRIMARCHI, Milano, 1999. Si cfr. anche F.A. ROVERSI MONACO, *Società con partecipazione minoritaria degli enti locali e gestione dei servizi pubblici*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, I, Milano, 1993, 719 ss.

²⁷ Per effetto dell'articolo 14 del decreto legge 30 settembre 2003, n. 269, conv. con modif. dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

²⁸ Con riguardo alle riforme dei servizi pubblici locali relative ai primi anni 2000, tra gli altri, si cfr.: *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, a cura di M.P. CHITI, Bologna, 2006; M. DUGATO, *La disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 121 ss.; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2006, 5527 ss.; A. VIGNERI, *Servizi pubblici e interventi pubblici locali*, in *Commenti al T.U. sull'ordinamento delle autonomie locali*, coord. L. VANDELLI, Rimini, 2004.

organizzativo, non sovverte i rapporti tra pubblico e privato con riferimento al ruolo da svolgere nella gestione dei servizi pubblici locali. Tuttavia, essa segna una cesura con il precedente regime giuridico e anticipa le linee di trasformazione che verranno portate avanti dalle riforme successive, come dimostra il nuovo testo dell'articolo 113 del decreto legislativo n. 267/2000, fin dal suo *incipit*, nel momento in cui collega la disciplina dei modelli di gestione dei servizi pubblici locali alle esigenze di tutela della concorrenza. In tale prospettiva, le formule gestorie dei servizi pubblici locali sono predefinite dal legislatore non più per accompagnare l'esercizio dell'autonomia locale finalizzato all'intervento diretto in economia, bensì sono regole pensate per un mercato - quello dei servizi locali - nel quale debba essere garantita la concorrenza»²⁹.

Al contempo, però, la riforma del 2001 anticipava e prefigurava alcune innovazioni successive che hanno concorso a ridefinire i contorni del regime giuridico generale dei servizi pubblici locali³⁰.

Vale la pena evidenziare quelle più significative.

Innanzitutto, pur conservando una indubbia valenza sociale, gli operatori economici privati non manifestano più, con riguardo al settore dei servizi pubblici locali, scarsa capacità di intervento; ciò che sembra dipendere da una pluralità di fattori, non tutti di matrice giuridica, a partire dallo sviluppo tecnologico e dalla globalizzazione dei traffici e del mercato. Del resto, come è stato efficacemente notato, tali servizi costituiscono risorse significative, quali espressioni di valori economici in grado di incidere in maniera apprezzabile sul prodotto interno lordo nazionale e, come tali, «contesi» dal settore produttivo e dagli operatori pubblici³¹.

In secondo luogo, anche in chiave prettamente giuridica, non si può non riconoscere la notevole influenza dispiegata dall'ordinamento europeo; influenza che si è

²⁹ G. PIPERATA, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 123. In generale, si legga anche F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, 2004, 37 ss.

³⁰ Senza dimenticare, tra gli altri, il ruolo del giudice costituzionale: il riferimento è a Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 27 ss., con commento di G. MARCHI, *I servizi pubblici locali tra potestà legislativa statale e regionale*; ID., 17 novembre 2010, n. 325, *ibidem*, 2011, 484 ss., con commento di L. CUOCOLO, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, e di A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss.

³¹ In tal senso, G. PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, in *Ist. fed.*, 2009, 325 ss.

svilupata soprattutto rispetto alla necessità di conformare ed adeguare l'ordinamento al principio di derivazione comunitaria relativo alla tutela della concorrenza³².

Sicché, è anche alla luce di tali innovazioni che vanno letti gli ultimi tentativi compiuti dal legislatore italiano diretti a riordinare il quadro giuridico dei servizi pubblici locali di rilevanza economica secondo schemi marcatamente improntati a logiche di privatizzazione e liberalizzazione³³.

Con l'articolo 23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, conv. con modif. in legge 6 agosto 2008, n. 133 s.m.i., sono stati ulteriormente diversificati gli statuti organizzativi applicabili ai servizi di rilevanza economica, a seconda dei mercati di riferimento e della natura del servizio pubblico locale che si intende gestire³⁴; disposizione in seguito attuata attraverso il regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168³⁵.

Senonché, come noto, l'articolo 23 *bis* è stato abrogato a seguito delle consultazioni referendarie del 12 e 13 giugno 2011³⁶.

Nondimeno, il legislatore italiano ha introdotto l'articolo 4 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138 convertito in legge 16 settembre 2011, n. 148 s.m.i. con il quale

³² In generale, tra gli altri, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, 370 ss.; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Roma - Bari, 2000, 83 ss.; M. LONG, «Service public et réalités économiques du XIX e siècle au droit communautaire», in *Rev. fr. dr. adm.*, 2001, 1161 ss.; F. MERUSI, *Le leggi del mercato*, cit., 59 ss.; M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.; *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, a cura di A. MASSERA, Pisa, 2004; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Bologna, 2005; F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, 2010. Per quanto concerne, in particolare, i servizi pubblici locali: M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di L. VANDELLI, C. BOTTARI, D. DONATI, Rimini, 1994, 179 ss.; L. VASQUES, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, Torino, 1999, 24 ss.; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, 2004; G. CAIA, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di F. Pugliese*, a cura di E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, Napoli, 2010.

³³ In tema, per tutti G. CAIA, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, cit., *passim*.

³⁴ Ulteriormente modificato dall'articolo 15 del decreto legge 25 settembre 2009, n. 135, conv. con legge 20 novembre 2009, n. 166; tra i diversi commenti, si cfr. M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. BRUTI LIBERATI, F. DONATI, Torino, 2010, 127 ss.; M. DUGATO, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 41 ss.; F. MERUSI, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2009, 307 ss.; *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Torino, 2011.

³⁵ Per un commento al regolamento, si v. F. FRACCHIA, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, V, 106 ss.

³⁶ Al riguardo, si cfr. anche Corte cost., ord. 26 gennaio 2011, n. 24.

ha sostanzialmente riproposto il regime giuridico previgente, escludendo espressamente dal relativo ambito di applicazione il servizio idrico integrato.

1.2. IL REGIME GIURIDICO VIGENTE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA TRA TUTELA DELLA CONCORRENZA E PROCESSI DI LIBERALIZZAZIONE

Con l'introduzione dell'articolo 4 del decreto legge n. 138/2011, convertito con modificazioni in legge n. 148/2011 s.m.i., il legislatore ha adeguato la disciplina dei servizi pubblici locali al *referendum* popolare ed alla normativa dell'Unione europea, riproponendo peraltro i tratti essenziali del quadro positivo previgente.

Si tratta di una disposizione di assoluto rilievo che, improntata ad opzioni di politica del diritto dirette a promuovere processi di liberalizzazione ed a favorire dinamiche pro-concorrenziali, costituisce il punto di partenza obbligato per qualsivoglia indagine in tema di servizi pubblici locali nell'attuale contesto ordinamentale.

Sulla base di tale disposto normativo, infatti, gli enti locali, nel rispetto dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dopo aver individuato i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e universale, sono chiamati a verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, *liberalizzando* tutte le attività economiche; ciò che, invero, dovrà avvenire compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

All'esito di tale verifica, l'ente locale deve adottare una «delibera quadro» che illustra l'istruttoria compiuta ed evidenzia, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici per la comunità locale derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio³⁷.

³⁷ Si cfr. ora anche il parere del Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, n. 2805 dell'11 giugno 2012, sullo schema di decreto ministeriale recante regolamento di attuazione dell'articolo 4, comma 33 *ter*, del decreto legge n. 138/2011, recante i criteri per la verifica della realizzabilità di una gestione

Con la stessa delibera, poi, gli enti locali valutano altresì l'opportunità di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali nei casi in cui possa essere dimostrato che tale scelta risulti economicamente vantaggiosa.

Sul punto, merita di essere evidenziato che la delibera in questione è adottata previo parere obbligatorio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato; l'Autorità si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali.

Sul piano temporale, l'invio all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per il parere obbligatorio, della verifica e del relativo schema di delibera quadro, è effettuato entro dodici mesi dall'entrata in vigore del decreto legge n. 138/2011 e, poi, periodicamente secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali.

In ogni caso, però, la delibera quadro è adottata prima di procedere al conferimento ovvero al rinnovo della gestione dei servizi, entro trenta giorni dal rilascio del parere da parte dell'Autorità garante.

Altrimenti, in assenza della predetta delibera, l'ente locale non può procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva.

Rinviando ai paragrafi seguenti l'esame più puntuale della disciplina in questione relativamente ai profili di *government* e *governance*, emerge con forza un aspetto che occorre fin d'ora sottolineare.

Attraverso le recenti riforme, il legislatore persegue un disegno di politica del diritto orientato a promuovere il mercato e la libera iniziativa economica.

Non solo, infatti, si prevedono misure preordinate a privatizzare i gestori e meccanismi di concorrenza per il mercato, ma si disciplinano anche forme dirette a favorire processi di liberalizzazione, nella prospettiva di aprire i mercati dei servizi pubblici locali alla libera competizione tra più operatori economici pubblici e privati.

concorrenziale dei SPL di rilevanza economica, per l'adozione della delibera quadro nonché disposizioni attuative per il progressivo miglioramento, mediante un sistema di *benchmarking*, della qualità ed efficienza di gestione dei medesimi servizi, ed ulteriori necessarie misure di attuazione.

Dalla nuova disposizione emerge così una netta preferenza legislativa per la concorrenza quale principio di organizzazione dei mercati di servizio pubblico locale.

Sulla base dell'articolo 4 del decreto legge n. 138/2011, nel caso in cui dovesse procedere alla riorganizzazione del servizio pubblico di tipo economico, l'ente locale dovrà procedere, preliminarmente, ad aprire il mercato di riferimento alla concorrenza.

Solamente laddove ciò non fosse possibile, in assenza ovvero per le carenze del mercato rispetto alle esigenze di soddisfacimento dei bisogni, l'ente locale potrà attribuire diritti di esclusiva seguendo le modalità previste nei commi 8 e seguenti del medesimo articolo 4.

Le politiche di liberalizzazione del settore sono sviluppate dal decreto legge n. 138/2011 anche con misure finalizzate a ridurre la possibilità per l'ente pubblico titolare di gestire direttamente il servizio o di spingerlo a dismettere le gestioni monopolistiche esistenti o a interrompere gli affidamenti in essere non conformi.

Tra le prime rientrano tutti quei limiti posti dall'ordinamento vigente al ricorso al modello societario *in house* e gli altri vincoli posti al modello dell'intervento in economia tramite società a partecipazione pubblica³⁸.

Tra le seconde, invece, vanno ricomprese quelle disposizioni che incentivano gli enti locali con una logica di premialità economica a dismettere le società partecipate (articolo 5 del decreto legge n. 138/2011) nonché il rigido regime transitorio previsto nel comma 32 dell'articolo 4 in esame, nel quale si fissano precisi termini di scadenza delle gestioni attuali non in linea con il nuovo sistema organizzativo dei servizi pubblici locali di tipo economico³⁹.

³⁸ Sotto tale profilo, il decreto legge n. 138/2011 si affianca ad altre più recenti disposizioni che si sono mosse in tale direzione, come ad esempio l'articolo 13 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, conv. in legge 4 agosto 2006, n. 248 ovvero l'articolo 3, commi 27 ss. della legge 24 dicembre 2007, n. 244.

³⁹ Tutto ciò, poi, va necessariamente collegato anche quelle previsioni di diritto positivo preordinate a conformare l'ordinamento verso forme obbligatorie di organizzazione dei servizi in ambiti territoriali ottimali di ampiezza comunque non inferiore alla scala provinciale: si cfr., al riguardo, *sub* § 2.3.

1.3. IL SISTEMA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA: CENNI IN PROSPETTIVA COMPARATA

Rivolgendo lo sguardo all'esterno del perimetro dell'ordinamento italiano, pur con i limiti evidenziati in precedenza, si possono rintracciare, con riferimento ai regimi giuridici dei servizi pubblici propri di altri ordinamenti europei, alcune similitudini, alcuni tratti ricorrenti, rispetto alle dinamiche ed alle trasformazioni che stanno interessando il sistema italiano.

Pur trattandosi di realtà fatalmente differenziate, sia per quanto concerne le categorie giuridiche di riferimento sia per quanto riguarda il disegno organizzativo e le modalità attraverso cui vengono erogate le prestazioni, sembra possibile ravvisare un minimo comune denominatore nel novero delle problematiche di ordine giuridico e «metagiuridico» che involgono i rispettivi regimi giuridici in tema di servizi pubblici anche locali⁴⁰.

In primo luogo, le recenti vicende finanziarie e la crisi economica globale che stanno colpendo da vicino, in particolare, alcuni Paesi dell'Unione europea, hanno posto nuovamente l'accento sull'importanza delle privatizzazioni e/o liberalizzazioni, nuovamente annoverate fra i possibili rimedi per il risanamento del debito pubblico. Al riguardo, ad esempio, sia la Grecia che la Spagna hanno puntato sulle privatizzazioni come misure per ridurre il debito pubblico.

La Spagna, ad esempio, ha avviato un programma di ristrutturazione e privatizzazione delle cajas - gli istituti di credito delle regioni autonome - e i governi locali hanno portato a termine le Ipo di Banca civica e di Bankia, la Cassa catalana. In generale, comunque, al pari della crisi, anche le privatizzazioni assumono una dimensione globale o mondiale che registra oltre 500 operazioni ad opera dei Paesi più forti con circa 160 miliardi di euro di proventi⁴¹.

Al contempo, però, come emerge da un recente rapporto sul cd. «capitalismo municipale» elaborato da un autorevole istituto di ricerca, «il processo di

⁴⁰ Per un utile raffronto tra l'esperienza italiana e quella tedesca in tema di servizi pubblici, è ancora proficua la lettura di M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.

⁴¹ Al riguardo, si cfr. G. NAPOLITANO (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Rapporto Irpa n. 1/2012, 3 ss. anche per i dati citati nel testo.

privatizzazioni aveva subito, a livello globale, una battuta d'arresto con la crisi economica. In particolare già l'anno successivo, il 2009, alcuni dati andavano in tal senso. Nei Paesi Ocse, il 2009 è stato caratterizzato non solamente da un freno alle privatizzazioni (a ragione della crisi economica internazionale) ma anche da una forte ascesa dell'intervento pubblico, mentre, nei Paesi in transizione dall'economia pianificata al mercato e nell'economie emergenti, il processo di denazionalizzazione è proseguito secondo il ritmo degli anni precedenti la crisi, ove non più rapido. Il tradizionale rapporto annuale della Reason Foundation, uno dei principali osservatori internazionali sulle privatizzazioni nei Paesi Ocse, afferma che 'l'interesse nelle privatizzazioni rimane altissimo' (nonostante la crisi finanziaria ed economica) e che 'oggi come non mai i Governi devono riesaminare con attenzione le loro priorità e concentrarsi sulle loro funzioni a loro essenziali utilizzando al meglio le capacità del settore privato in materia di gestione'. Il rapporto, però, pone l'accento non tanto sul processo di privatizzazioni quanto sui progressi in materia di *partnership* tra il settore pubblico e quello privato e di gestione privata in settori come gli istituti di prevenzione e pena e l'istruzione, specialmente negli Usa, anche se tratta pure di privatizzazioni in servizi pubblici quali i trasporti, l'acqua e lo smaltimento dei rifiuti (Reason Foundation, 2009). Non mancano certo episodi significativi di politiche di privatizzazione messe in risalto dalla Reason Foundation; il documento cita, in particolare, l'esempio della città di Chicago. In generale, però, è l'aumento dell'intervento pubblico a dominare la scena nei Paesi Ocse. Negli Usa, l'indebitamento della pubblica amministrazione federale è giunto, nel 2009, al 12% del Pil principalmente a ragione dei salvataggio bancari ed industriali; lo stock complessivo di debito (pubblico e privato) supera il 300% del Pil, mentre, all'epoca della Grande Depressione degli Anni '30, era giunto al 150% del Pil. Nell'Unione Europa (UE) e nell'unione monetaria in generale, l'espansione del debito, dell'indebitamento e dell'intervento pubblico causa rischi alla tenuta stessa della moneta unica. I consuntivi 2009 indicano che lo stock di debito e l'indebitamento netto delle pubbliche amministrazioni, giunti al 135% ed al 13% del Pil per la Repubblica Ellenica, toccano il 96% ed il 14% per l'Irlanda, il 75% e l'11% per la

Spagna e il 91% l'8% per il Portogallo. In aggregato, lo stock debito pubblico per l'area dell'euro sfiora il 90%, principalmente, però, a ragione non delle intemperanze del "club Med" (Grecia, Portogallo, Spagna) e dell'Irlanda, ma della forte espansione dei disavanzi di bilancio di Germania e Francia sia per salvataggi bancari (ed industriali) sia per sostenere la domanda. Pure interpretando generosamente il 'Protocollo' del marzo 2005 con il quale sono stati ammorbiditi i vincoli del 'patto di crescita di stabilità' in caso di recessione prolungata, queste cifre sono molto lontane dai parametri definiti nei trattati (un tetto del 3% del Pil all'indebitamento netto ed un andamento tendenziale verso uno stock del debito pubblico non superiore al 60% del Pil). In questo quadro, l'Italia appare con la Germania e la Repubblica Ceca uno dei tre Paesi con il più basso 'indice di malessere' nella nuova versione elaborata da Pierre Cailleteau - l'indice è, in questa versione, la sommatoria di tasso di disoccupazione e di indebitamento netto della pubblica amministrazione in percentuale del Pil. [...]. Rispetto a questo quadro per i Paesi Ocse, il processo di privatizzazione continua con relativo successo nei Paesi in transizione. Nell'autunno 2009, il Journal of Economic Literature ha pubblicato una rassegna analitica di circa 300 studi (Estrin, Hanousek, Kočenda, Svejnar, 2009). Le privatizzazioni, adesso giunte alla "seconda generazione", vengono esaminate in termini di efficienza, rendimenti e altri indicatori finanziari; i vari studi vengono anche distinti in base a specifiche metodologie econometriche al fine di valutarne la relativa affidabilità e focalizzare l'attenzione sui risultati più credibili. Viene anche tracciata una tassonomia tra effetti di breve e di medio - lungo periodo e sulla base delle pertinenti aree geografiche (Europa Centrale, Commonwealth degli Stati Indipendenti - ossia ex Unione Sovietica - e Cina). In generale, gli esiti finanziari ed economici sono positivi, specialmente se visti nel medio periodo e se la cessione avviene dallo Stato ad azionisti interni [...]. Secondo i dati pubblicati dal Privatization Barometer dal 1980 al 2010 i Paesi europei con un più alto tasso di

privatizzazioni, misurato in termini di miliardi di euro di introiti sono stati il Regno Unito, la Germania, l'Italia e la Francia»⁴².

In secondo luogo, con riferimento all'ordinamento europeo nel suo complesso vale la pena registrare l'emersione di un fenomeno, impensabile fino ad alcuni anni fa, che investe il regime dei servizi pubblici locali di rilievo economico.

Ci si riferisce, in particolare, al fatto che i servizi pubblici rappresentano ormai un importante banco di prova anche per alcune politiche europee.

Si pensi, ad esempio, agli strumenti che recentemente l'Unione europea ha messo a disposizione dei poteri regionali al fine di realizzare forme di cooperazione transfrontaliera, primo fra tutti il Gruppo Europeo di Cooperazione Territoriale, previsto dal regolamento CE 1082/2006.

Si tratta di strumenti che danno ampio rilievo ai servizi pubblici come settore all'interno del quale sviluppare la più ampia prospettiva di cooperazione.

Del resto, già ora esistono cooperazioni transfrontaliere tra territori confinanti riguardanti servizi pubblici; infatti, sono proprio i servizi locali, come quelli idrici, dei trasporti o energetici, che maggiormente si prestano a rapporti di cooperazione tra poteri regionali e locali appartenenti a stati diversi ma contermini⁴³.

1.4. I SERVIZI PUBBLICI LOCALI COME «RISORSA ECONOMICA CONTESA»: UNA BREVE CHIOSA PRELIMINARE⁴⁴

Diversi rapporti e studi hanno, negli ultimi anni, rappresentato con una certa precisione il settore dei servizi pubblici locali, registrando *performance* economiche utili per cogliere la portata del settore nell'ambito sistema economico nazionale⁴⁵.

⁴² Così G. NAPOLITANO (a cura di), *Il capitalismo municipale*, Rapporto Irpa n. 1/2012, cit., 3 ss., anche per i dati citati nel testo e qui integralmente richiamati.

⁴³ Si cfr., sul punto, L. SOVERINO, *I servizi pubblici nell'Euroregione: nuove prospettive di diritto comunitario per la cooperazione transfrontaliera, tra Consiglio d'Europa e potere estero delle Regioni (a proposito del regolamento CE 1082/2006)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 17 ss.

⁴⁴ Le considerazioni svolte in questo § sono riprese dal contributo di G. PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, cit., 325 ss.

⁴⁵ Si cfr., ad esempio, Unioncamere, *Le società partecipate dagli enti locali. Rapporto 2007*, Roma, Retecamere, 2008; ISAE, *Finanza pubblica e Istituzioni*, Isae, Roma, 2007; Publica.SWG, *I servizi pubblici locali e il loro valore per il territorio. Le esperienze nelle 14 aree metropolitane*, a cura di E. RISSO, 2006; B. BORTOLOTTI, L. PELLIZZOLA, C. SCARPA, *Il governo locale azionista: proprietà, controllo, efficienza nei servizi pubblici locali*, in www.astridonline.it.

L'analisi dei dati a disposizione, ancorché in taluni casi parziali, offre lo spunto per svolgere una breve chiosa preliminare.

Innanzitutto, i servizi pubblici locali costituiscono una delle risorse significative all'interno di un contesto economico più ampio. Non solo, infatti, i valori economici relativi ai mercati di *local utility* presentano un'apprezzabile incidenza sul PIL nazionale, ma il settore in questione produce una ricchezza di cui i pubblici poteri beneficiano sotto molteplici aspetti. Solo nel 2006, ad esempio, nelle cinque più grandi città italiane sono stati distribuiti 220 milioni di dividendi, riconducibili alla partecipazione degli stessi comuni al capitale sociale di società incaricate della gestione di servizi locali. Lo stesso, peraltro, emerge anche tenendo conto della *performance* relativa al comparto registrata nei mercati regolamentati.

In secondo luogo, i servizi pubblici si presentano come elemento di sviluppo per i territori e le economie locali, come dimostrano sia il numero di addetti delle aziende di servizio pubblico locale sia il novero complessivo degli investimenti per lo sviluppo locale.

Vi è di più. E' stato evidenziato, infatti, che «inteso come risorsa economica il servizio pubblico assume un diverso significato a seconda che lo si guardi dalla prospettiva del privato o del pubblico: per i privati operatori si tratta di una risorsa economica da contendere ai mercati pubblici e affidare definitivamente alle logiche della concorrenza e del profitto, sia pur temperate dal rispetto di obblighi di servizio e della regolazione amministrativa dettata dagli enti preposti al governo del settore; per i pubblici poteri è una risorsa ancora da trattenere sotto l'influenza ed il dominio istituzionale e, soprattutto, da sfruttare più che possibile per la realizzazione di economie da reinvestire nelle altre politiche pubbliche. Si tratta di una contesa, oggi più che mai, evidente e che caratterizza tutti gli interventi legislativi di riforma ultimamente approvati»⁴⁶.

In estrema sintesi, quanto evidenziato dimostra che i servizi pubblici del governo locale hanno subito ad opera della recente legislazione una valorizzazione del loro aspetto economico.

⁴⁶ G. PIPERATA, *I servizi pubblici nel sistema locale: una risorsa economica contesa*, cit., 326-327.

Allo stesso tempo, però, tale fenomeno è stato accompagnato da una sorta di «contesa» degli stessi da parte dei pubblici poteri, tutti interessati a rivendicare la prevalenza del loro ruolo, a volte, come nel caso dello Stato e delle regioni, di regolatore dei mercati di riferimento e altre, come nel caso dei comuni, di titolari delle rispettive attività e delle responsabilità finali delle prestazioni erogate nei confronti degli utenti - elettori.

2. GOVERNMENT DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA: IL QUADRO REGOLATORIO DEL SETTORE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA TRA ORDINAMENTO EUROPEO E ORDINAMENTO NAZIONALE

Per rappresentare il quadro giuridico di riferimento in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica, non si può non considerare il dato di fondo relativo al fenomeno di progressiva «europeizzazione» che informa e permea di sé l'intero settore⁴⁷.

A partire soprattutto dalle riforme degli ultimi anni, infatti, sono cambiati i principi giuridici di riferimento per il servizio pubblico locale, specialmente per effetto dell'influenza dispiegata dall'ordinamento comunitario in ordine all'applicazione dei principi libertà di stabilimento, di prestazione dei servizi e, per questa via, di tutela della concorrenza in vista della costruzione e/o implementazione del mercato unico. Ora, come noto, i principi giuridici hanno una rilevanza fondamentale in quei campi di intervento pubblico, *in primis* quello dei servizi pubblici, che si sono caratterizzati per molto tempo - e ancora sotto alcuni aspetti continuano ad essere caratterizzati - da un *deficit* di disciplina organica.

E' stato notato, del resto, che rispetto a tale settore i principi ricavabili dall'ordinamento giuridico acquistano una importanza determinante, in quanto agiscono ora «[...] come opera di sistemazione di episodici o settoriali interventi del legislatore nei servizi pubblici, [ora] come innovazione costituzionale che definisce l'interpretazione delle disposizioni preesistenti, [ora] come riduzione del molteplice ad unità di un ordinamento»⁴⁸.

Al riguardo, inoltre, è stato osservato che «[...] nel corso degli ultimi anni i principi che avevano accompagnato lo sviluppo della municipalizzazione e che avevano guidato l'affermazione del servizio pubblico locale come snodo chiave del governo locale sono stati affiancati e, in alcuni casi, hanno lasciato il posto a nuovi principi,

⁴⁷ Nel senso richiamato, per quanto con riferimento al diritto amministrativo nazionale, da G. SCIULLO, *L'impatto del diritto comunitario sul diritto amministrativo*, in *giustamm.it*, secondo cui «[...] per 'comunitarizzazione' (o 'europeizzazione') di un settore giuridico vuole intendersi non una occasionale o sporadica influenza esercitata su di esso dal diritto comunitario, ma una sistematica e diffusa incidenza sugli istituti, regole e rapporti propri di tale settore».

⁴⁸ Così, R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 42.

soprattutto a quelli derivanti come conseguenza della partecipazione dell'Italia al processo di integrazione europea e come conseguenza delle principali riforme istituzionali recentemente realizzate, primo fra tutti quello della concorrenza»⁴⁹.

Sicché, proprio in tale prospettiva, l'organizzazione dei pubblici servizi appare oggi marcatamente condizionata dalla necessità di adeguarsi il più che possibile al principio di derivazione comunitaria riguardante l'apertura alla libera concorrenza del mercato di riferimento⁵⁰.

Il che, per l'effetto, sta lentamente trasformando al livello nazionale e locale i settori tradizionalmente di servizio pubblico, stante anche il maggiore impatto avuto dalla costituzione economica europea sull'ordinamento italiano rispetto agli ordinamenti di altri Paesi⁵¹ ed a fronte dei diversi interventi legislativi ispirati a politiche di liberalizzazione e di privatizzazione.

Proprio a tale categoria di interventi vanno ricondotti gli ultimi tentativi compiuti dal legislatore italiano per riformare il quadro generale del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ovvero, come segnalato in precedenza, prima con l'articolo 23 *bis* della legge n. 133/2008 s.m.i. e successivamente, a seguito del'esito referendario, attraverso l'articolo 4 della legge n. 148/2011.

Sul punto, è bene rilevare che, con l'articolo 4, il legislatore ha sostanzialmente ripristinato il regime in precedenza vigente e bocciato dal corpo elettorale.

Sarebbe forse stato meglio rimeditare con più attenzione il quadro legislativo generale da dettare per il settore in questione, anche perché così facendo si sarebbe

⁴⁹ G. PIPERATA, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 127.

⁵⁰ Per un approfondimento della questione con riferimento ai servizi pubblici in generale: G.M. RACCA, *I servizi pubblici nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.* 1994, 201 ss.; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna, 1999; S. GOZI, *Prospettive dei servizi pubblici nell'Unione europea*, Bologna, 1998; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, cit., 370 ss.; G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quadr. pubbl. serv.*, 1999, 7 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, cit., 83 ss.; M. LONG, *Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire*, in *Rev. fr. dr. adm.*, 2001, 1161 ss.; L.R. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi*, cit., 479 ss.; L. BERTONAZZI, R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, cit., 1791 ss. Con riferimento specifico ai servizi pubblici locali, si cfr. M. CAMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di L. VANDELLI, C. BOTTARI, D. DONATI, cit., 179 e ss.; L. VASQUES, *I servizi pubblici locali nella prospettiva dei principi di libera concorrenza*, cit., 24 ss.; S. VARONE, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, cit.; D. AGUS, *I servizi pubblici locali e la concorrenza*, in *Gior. dir. amm.*, 2010, 464 ss.; R. URSLI, *Il gioco del Monopoli e i servizi pubblici locali*, cit., 466 ss.; G. CAIA, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di F. Pugliese*, a cura di E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, cit., *passim*.

⁵¹ Sul punto, M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, cit., 95 s.

potuto correggere qualche aspetto critico che connota l'articolo 4 e che potrebbe ostacolarne l'applicazione.

Ci si riferisce al fatto che il legislatore italiano ha riproposto sostanzialmente un testo già contestato, senza sforzarsi di sfruttare l'occasione per provare a dare al disegno riformatore maggiore sistematicità e profondità⁵².

Sulla «nuova» disciplina, poi, si potrebbe riflettere un'altra «ombra».

L'articolo 4 del decreto legge n. 138 sembra fondarsi sulla considerazione per cui l'effetto dei referendum sarebbe limitato soltanto al settore idrico. Tale interpretazione, tuttavia, appare quantomeno orientata, anche alla luce del fatto che, come risulta dalla lettura data dalla Corte costituzionale nell'ammettere i quesiti, l'obiettivo dei comitati non era solo quello di impedire la privatizzazione dell'acqua, ma più in generale quello di superare lo statuto giuridico imposto ai servizi pubblici locali di rilievo economico estremamente limitativo per la gestione *in house* e per il potere di organizzazione degli enti locali⁵³.

Pertanto, già sono stati evidenziati in dottrina i forti rischi di illegittimità che potrebbero riguardare l'articolo 4 del decreto n. 138/2011, per il fatto di reintrodurre una disciplina giuridica la cui vigenza è stata rimossa da un referendum abrogativo⁵⁴.

⁵² Si pensi al fatto che l'articolo 4 ripropone una disciplina vincolistica per gli enti locali con riferimento alla gestione dei servizi loro riconducibili molto più restrittiva di quella prevista dalla legislazione e dai principi comunitari, senza, però, chiarire in maniera sufficiente quale assetto finale dell'organizzazione dei mercati di servizio pubblico si intende perseguire, quali interessi e finalità debbono essere prioritariamente tutelati (la concorrenza, la maggiore efficienza del settore, la riduzione della spesa pubblica, una maggiore qualità del servizio e di tutela dell'utente?) e quale ruolo riservare all'ente locale che, comunque, continua a risultare formalmente titolare e responsabile di attività la cui gestione viene spostata su altri soggetti. Inoltre, tale disciplina è molto dettagliata e puntuale, cosa che, come dimostra l'esperienza, rischia di ingabbiare gli operatori, impedendo quella elasticità che normalmente deve accompagnare i processi di organizzazione e di gestione di attività economiche. Al riguardo non si può non condividere quanto affermato da L.R. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, cit., 906 ss., secondo il quale un intervento troppo dettagliato in materia di servizi pubblici locali potrebbe essere foriero più di incertezze che non di certezze di azione.

⁵³ M. CAPANTINI, *I referendum sulla «privatizzazione dell'acqua» e degli altri servizi pubblici*, cit., 410.

⁵⁴ Si cfr. E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in *giustamm.it*, 2011, 30 ss.; A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine degli artt.4 e 5 decreto legge n.138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *associazioneidecostituzionalisti.it*.

2.1. STATUTO GENERALE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA E DISCIPLINE SETTORIALI

L'articolo 4 del decreto legge n. 138/2011 si preoccupa di ridefinire l'ambito di applicazione della disciplina generale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, specialmente rispetto alle discipline settoriali.

Al riguardo, prima di tutto, occorre precisare che la disciplina contenuta nell'articolo 4 si applica a tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle relative discipline di settore con esse incompatibili (comma 34).

Al contempo, però, tale disciplina non si applica a tutti i servizi pubblici locali: alcuni «mercati» settoriali, cioè, sono espressamente esclusi.

Si tratta, sulla falsariga dell'articolo 23 *bis* della legge n. 133/2011, del servizio di distribuzione di gas naturale, del servizio di distribuzione di energia elettrica, del servizio di trasporto ferroviario regionale e la gestione delle farmacie comunali.

Per siffatte attività di servizio, si rinvia agli specifici e relativi regimi giuridici settoriali⁵⁵.

A questi, a seguito del referendum abrogativo del giugno 2011, è stato aggiunto parzialmente il servizio idrico integrato ai sensi del comma 34 dell'articolo 4.

Con riferimento alla relazione tra il regime generale dettato dall'articolo 4 e le discipline settoriali, vale la pena soffermarsi brevemente sul servizio idrico integrato e sul servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti⁵⁶.

Il servizio idrico, infatti, può identificare nell'articolo 4 solo un possibile riferimento in ordine alle ipotesi di incompatibilità e di separazione tra politica e gestione che i commi da 19 in poi definiscono, ma non per quanto attiene ai modelli di gestione.

⁵⁵ Per il gas naturale, ad esempio, si cfr. il decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164 nonché il decreto legislativo 1 giugno 2011, n. 93, recante, fra l'altro, attuazione della direttiva 2009/73/CE.

⁵⁶ Sul rapporto tra Codice ambientale e servizi pubblici locali, si cfr. A. BARTOLINI, *Il servizio idrico integrato tra diritto europeo e Codice dell'ambiente*, in *Studi sul Codice dell'ambiente*, a cura di M.P. CHITI, R. URSI, Torino, 2009, 289 ss.; R. URSI, *Il servizio di gestione integrata dei rifiuti, con particolare riferimento alla normativa della Regione Siciliana*, *ivi*, 363 ss.; P. CERBO, *I profili di novità del Codice dell'ambiente con riferimento alla disciplina della gestione dei rifiuti*, in *Urb. app.*, 2006, 1246; S. CIMINI, *Il servizio idrico integrato alla luce del Codice dell'ambiente e delle ultime novità normative*, in *www.giustamm.it*; M.G. ROVERSI MONACO, *I servizi pubblici locali tra continuità e nuovi affidamenti (la disciplina del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti urbani)*, in *www.giustamm.it*. Per un commento puntuale alle disposizioni citate, si cfr., tra i tanti, i commentari *Commentario breve al Codice dell'ambiente*, a cura di L. COSTATO, F. PELLIZZER, Padova, 2008; *Nuovo Codice dell'ambiente*, a cura di N. LUGARESÌ, S. BERTAZZO, Rimini, 2009.

Del resto, l'esclusione del servizio idrico integrato ha riaperto il dibattito, invero mai sopito anche precedentemente alla consultazione referendaria, intorno ai caratteri ed alle forme gestionali più adeguate per l'erogazione del servizio.

Il dibattito in questione, infatti, è stato sempre condizionato dal forte legame che sussiste tra il servizio ed il bene «acqua», inteso come bene limitato, che impone particolari cautele nello sfruttamento⁵⁷.

Si tratta di aspetti e caratteristiche che potrebbero essere enfatizzati e giustificare una gestione esclusivamente pubblica del servizio, con l'unico obiettivo di garantire agli enti locali un pieno controllo sulla attività, non solo limitato alla proprietà del bene idrico e delle reti.

In senso contrario, però, non mancano gli argomenti per sostenere la possibilità di aprire il mercato dei servizi idrici ad una maggiore presenza dei privati e a logiche di concorrenza e liberalizzazione, senza con questo mettere in pericolo quei valori sociali e collettivi che connotano il servizio in questione⁵⁸.

Resta il fatto, però, che la scelta legislativa di non assoggettare il servizio idrico al regime giuridico generale per tutti gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica non crea lacune di sorta per quanto concerne la disciplina applicabile all'organizzazione del settore.

Tale scelta, infatti, produce l'effetto di eliminare alcuni dei limiti alla gestione pubblica del servizio idrico, precedentemente previsti in sede ordinamentale; così facendo, peraltro, si assiste alla riespansione della potestà organizzativa degli enti locali con riguardo alla individuazione delle modalità di gestione del servizio⁵⁹.

⁵⁷ Si cfr., tra gli altri, G. PIPERATA, *Il servizio idrico tra monopolio e concorrenza*, in *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, a cura di N. LUGARESI, F. MASTRAGOSTINO, Rimini, 2003, 289 ss.

⁵⁸ Anche l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha più volte proposto per il servizio idrico un sistema di gestione basato sulla logica della concorrenza per il mercato e ha segnalato di uniformare il metodo tariffario su tutto il territorio nazionale, come ricorda R. CIFARELLI, *Il servizio idrico integrato e l'Antitrust*, in *An. Giur. Econ.*, 2010, 192 ss.

⁵⁹ Si cfr. in tema, la legge regionale Puglia 20 giugno 2011, n. 11, che ha previsto l'istituzione di una azienda pubblica per la gestione a livello regionale del Servizio Idrico Integrato della Puglia; si v. anche Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2011, n. 552, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui «non sussiste l'equipollenza dei termini affidamento diretto e gestione diretta (in economia), infatti quest'ultima è sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario, come nel caso di specie, mentre l'affidamento diretto, postula la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno del comune interessato, il che non può accadere se non mediante gara ad evidenza pubblica».

Per completezza, però, non si può sottacere che un minimo riferimento alle possibili forme gestionali si rinviene nell'articolo 150 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 s.m.i., che prevede il ricorso all'affidamento con gara nonché l'affidamento a società *in house* o a mista⁶⁰.

A differenza del servizio idrico, il servizio dei rifiuti urbani trova invece nell'articolo 4 del decreto legge n. 138/2011, la sua disciplina per quanto riguarda l'organizzazione della gestione e dell'attività di erogazione, mentre per gli altri aspetti continua ad essere assoggettato agli articoli 177 e seguenti del decreto legislativo n. 152/2006⁶¹.

Si è già detto che, negli ultimi anni, si è assistito in Italia all'europeizzazione dei servizi pubblici, e tale effetto ha riguardato in particolar modo la disciplina dei rifiuti e il servizio relativo alla loro gestione⁶².

Ebbene, con la riforma del 2011, questa tendenza viene ulteriormente enfatizzata in quanto viene confermata, anche per questo settore, la netta preferenza legislativa per i sistemi concorrenziali di gestione delle attività di erogazione dei servizi ambientali urbani⁶³.

2.2. PROPRIETÀ E GESTIONE DELLE RETI DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA

Con riferimento alle reti dei servizi pubblici locali di rilevanza, il principio generale è quello fissato dal comma 28 dell'articolo 4 della legge n. 148/2011 secondo cui la proprietà delle reti è pubblica, mentre la relativa gestione può essere affidata a soggetti privati⁶⁴.

⁶⁰ A. BARTOLINI, *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, in *www.giustamm.it*.

⁶¹ Sui quali si rinvia ai commenti di A. PIEROBON, *Nozione e gestione dei rifiuti tra diritto e tecniche*, in *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte*, a cura di A. LUCARELLI, A. PIEROBON, Napoli, 2009, 183 ss.

⁶² Come più volte sottolineato da P. DELL'ANNO, *Rifiuti*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, cit., 5302 ss.; e anche da A. PIEROBON, *Diritto ambientale dei rifiuti: internazionale, comunitario, nazionale e regionale*, Livorno, 2004.

⁶³ G. VIALE, *Governare i rifiuti*, Torino, 1999; sulle tendenze del settore dei rifiuti urbani si v. anche G. CITRONI, A. LIPPI, *Pubblico e privato nella governance dei rifiuti in Italia*, in *Riv. it. pol. pubbl.*, 2009, 100 ss.

⁶⁴ La giurisprudenza ha definito con esattezza il concetto di rete rispetto al settore dei servizi pubblici locali di tipo economico: «le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali richiamati dal legislatore nell'art. 113, c. 14° del d. lgs. n. 267 del 18 agosto 2000, devono essere individuati in quelle infrastrutture fisse, complesse e non facilmente riproducibili (quali le linee ferroviarie, i gasdotti, le reti idriche, quelle telefoniche, etc.), e non siano da confondere con le attrezzature mobili, ove del caso deperibili ed agevolmente duplicabili, come sono

Una disposizione, quest'ultima, che fa il paio con quanto previsto dall'articolo 113 del decreto legislativo n. 267/2000 secondo cui «gli enti locali non possono cedere la proprietà di impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici, salvo quanto stabilito dal comma 13»⁶⁵.

Peraltro, ai sensi del medesimo articolo 113, gli enti locali - nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore - possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che rimane incedibile.

Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, ovvero dagli stessi enti locali.

Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare, ai sensi della lettera a) del comma 4 dello stesso articolo 113, la gestione delle reti, nonché il compito di espletare le gare di cui al successivo comma 5.

Il regime delle reti rinvia, poi, nell'articolo 113 del decreto legislativo n. 267/2000 una più puntuale regolamentazione.

Quanto alla relazione con le discipline settoriali, infatti, si prevede che esse stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali può essere separata da quella di erogazione degli stessi, essendo in ogni caso garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi.

Lo stesso con riferimento alla gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali; qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, cioè, gli enti locali, anche in forma associata, possono avvalersi di soggetti allo scopo costituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, cui può essere affidata direttamente tale attività; ciò, invero, a condizione che gli enti

quelle che afferiscono allo svolgimento del servizio di igiene urbana»; così Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2008, n. 156, in *giustizia-amministrativa.it*.

⁶⁵ Invero, l'articolo 113 non si applica agli impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva esercitati in aree montane.

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.

Gli stessi enti locali possono anche avvalersi di imprese idonee da individuare mediante procedure ad evidenza pubblica.

Nel complesso, quindi, si tratta di un regime frutto dell'integrazione tra il comma 2 dell'articolo 113 del d. lgs. n. 267/2000, e le nuove disposizioni dell'art. 4, d.l. n. 138/2011.

Il primo cristallizza il principio della pubblicità dei beni strumentali alla produzione ed erogazione dei servizi pubblici locali. A sua volta, il comma 28 dell'articolo 4 del decreto legge n. 138/2011, precisa che «ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati», con l'obbligo a carico del gestore, alla scadenza della gestione o in caso di cessazione anticipata, di cedere i beni strumentali al gestore subentrante, salvo eventuale indennizzo e comunque con salvezza di eventuali diverse norme o accordi in essere al momento dell'entrata in vigore dello stesso decreto (commi 29-31).

Si aggiunga, poi, che, come evidenziato, la disciplina dei servizi pubblici locali contenuta nel decreto legislativo n. 267/2000, 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 anche se tale eventualità risulta condizionata dalla presenza nella normativa di settore di una previsione in tal senso.

Tali previsioni hanno l'effetto di estendere la caratteristica tipica del regime demaniale, ovvero 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.

Si introduce così una nuova categoria di beni pubblici, sottoposti ad un nuovo regime dominicale che, alla luce di caratteristiche, si presenta più simile a quello riguardante il demanio che non a quello relativo al patrimonio indisponibile⁶⁶.

2.3. AMBITI TERRITORIALI DI ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI E PROCESSI DI «LIBERALIZZAZIONE»: QUALE RUOLO PER L'ENTE LOCALE?

Per quanto concerne gli ambiti territoriali di organizzazione del servizio, occorre necessariamente muovere dall'articolo 3 *bis* della legge n. 148/2011 s.m.i., espressione di una chiara opzione di politica del diritto improntata anche a logiche di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica.

Tale disposizione normativa, infatti, ha ridefinito i contorni territoriali relativi all'organizzazione dei servizi secondo logiche marcatamente pro-concorrenziali.

Secondo l'articolo 3 *bis*, in particolare, le regioni sono chiamate ad organizzare, entro un termine normativamente predefinito, lo svolgimento dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei tali da consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del singolo servizio.

Per quanto concerne la dimensione degli ambiti o bacini territoriali ottimali, essa - di norma - deve essere non inferiore almeno a quella del territorio provinciale.

A tal fine, le regioni possono individuare specifici bacini territoriali di dimensione diversa da quella provinciale, motivando puntualmente la scelta in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica e nel rispetto dei principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza; ciò, invero, può avvenire anche su proposta dei comuni, previa lettera di adesione dei sindaci interessati ovvero delibera di un organismo associato e già costituito ai sensi dell'articolo 30 del decreto legislativo n. 267/2000.

⁶⁶ Su tali aspetti, si cfr. per tutti M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. app.*, 2003, 519 ss.

Peraltro, fermo restando il rispetto del termine di cui al 30 giugno 2012, è fatta salva l'organizzazione di servizi pubblici locali di settore in ambiti o bacini territoriali ottimali già prevista in attuazione di specifiche direttive europee ovvero ai sensi delle discipline di settore vigenti, come pure delle disposizioni regionali, che abbiano già avviato la costituzione di ambiti o bacini territoriali di dimensione non inferiore a quella provinciale.

Con riferimento a tale disposizione, è bene sottolineare altresì che si prevedono espressamente meccanismi volti a superare l'eventuale inerzia regionale.

Decorso inutilmente il termine indicato, infatti, il Consiglio dei ministri, a tutela dell'unità giuridica ed economica dell'ordinamento nazionale, esercita i poteri sostitutivi di cui all'articolo 8 della legge 5 giugno 2003, n. 131 al fine di organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei nella prospettiva di realizzare economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio.

Si tratta, come si può facilmente immaginare, di una previsione di assoluto rilievo nella misura in cui pare destinata a concorrere alla ridefinizione dei contorni organizzativi e gestionali di tutti i servizi pubblici locali; una previsione, cioè, preordinata fatalmente a modificare in profondità sia l'articolazione territoriale dei servizi sia le concrete forme di erogazione all'utenza.

Da ultimo, è bene evidenziare che tale disposizione si ricollega espressamente anche ad ulteriori finalità di politica economica, per così dire, in funzione «anticiclica».

In primo luogo, infatti, si prevede che, in sede di affidamento del servizio mediante procedura ad evidenza pubblica, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione costituisce elemento di valutazione dell'offerta.

In secondo luogo, si stabilisce che, fatti salvi i finanziamenti ai progetti relativi ai servizi pubblici locali di rilevanza economica cofinanziati con fondi europei, i finanziamenti a qualsiasi titolo concessi a valere su risorse pubbliche statali ai sensi dell'articolo 119, quinto comma, della Costituzione sono prioritariamente attribuiti agli enti di governo degli ambiti o dei bacini territoriali ottimali ovvero ai relativi gestori del servizio selezionati tramite procedura ad evidenza pubblica o di cui

comunque l'Autorità di regolazione competente abbia verificato l'efficienza gestionale e la qualità del servizio reso sulla base dei parametri stabiliti dall'Autorità stessa.

3. FORME DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA E MODELLI GESTIONALI

Sulla base di quanto fin qui evidenziato, occorre ora soffermarsi sulle forme di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, rivolgendo una particolare attenzione alle corrispondenti tipologie societarie a partecipazione pubblica e, per questa via, ai relativi modelli gestionali.

3.1. SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA: LE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO

Con riferimento alle modalità di affidamento del servizio, la disciplina normativa vigente di cui all'articolo 4 della legge n. 148/2011 prevede due forme ordinarie ed una derogatoria.

Le forme ordinarie sono l'affidamento tramite procedure ad evidenza pubblica e quello diretto a società a partecipazione mista pubblica/privata.

Per quanto riguarda l'affidamento tramite procedure concorrenziali, ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 148/2011, nel caso in cui l'ente locale - a seguito della verifica volta ad accertare se sussistano le condizioni per liberalizzare di cui si è detto in precedenza - intende procedere all'attribuzione di diritti di esclusiva, il conferimento della gestione di servizi pubblici locali avviene in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

Siffatte procedure, peraltro, sono altresì indette nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla legge, ove esistente, dalla competente autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti affidanti.

Al riguardo, è bene evidenziare due aspetti.

In primo luogo, le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica, sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge.

In secondo luogo, le imprese estere, non appartenenti a Stati membri dell'Unione europea, possono essere ammesse alle procedure competitive ad evidenza pubblica per l'affidamento di servizi pubblici locali a condizione che documentino, secondo logiche di reciprocità, la possibilità per le imprese italiane di partecipare alle gare indette negli Stati di provenienza per l'affidamento di omologhi servizi.

Sempre con riferimento al regime delle gare per l'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali, si rileva che al fine di promuovere e proteggere l'assetto concorrenziale dei mercati interessati, il bando di gara o la lettera di invito relative alle procedure in questione devono:

- a) escludere che la disponibilità a qualunque titolo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi socialmente sostenibili ed essenziali per l'effettuazione del servizio possa costituire elemento discriminante per la valutazione delle offerte dei concorrenti;
- b) assicurare che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio e che la definizione dell'oggetto della gara garantisca la più ampia partecipazione e il conseguimento di eventuali economie di scala e di gamma;
- c) prevedere l'impegno del soggetto gestore a conseguire economie di gestione con riferimento all'intera durata programmata dell'affidamento, e prevedere altresì, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, la misura delle anzidette economie e la loro destinazione alla riduzione delle tariffe da praticarsi agli utenti ed al finanziamento di strumenti di sostegno connessi a processi di efficientamento relativi al personale;
- d) indicare, ferme restando le discipline di settore, la durata dell'affidamento commisurata alla consistenza degli investimenti in immobilizzazioni materiali previsti nei capitolati di gara a carico del soggetto gestore; a tal fine, in ogni caso, la durata dell'affidamento non può essere superiore al periodo di ammortamento dei suddetti investimenti;

- e) può prevedere l'esclusione di forme di aggregazione o di collaborazione tra soggetti che possiedono singolarmente i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara, qualora, in relazione alla prestazione oggetto del servizio, l'aggregazione o la collaborazione sia idonea a produrre effetti restrittivi della concorrenza sulla base di un'oggettiva e motivata analisi che tenga conto di struttura, dimensione e numero degli operatori del mercato di riferimento;
- f) prevedere che la valutazione delle offerte sia effettuata da una commissione nominata dall'ente affidante e composta da soggetti esperti nella specifica materia;
- g) indicare i criteri e le modalità per l'individuazione dei beni di cui al comma 29 dell'articolo 4, e per la determinazione dell'eventuale importo spettante al gestore al momento della scadenza o della cessazione anticipata della gestione ai sensi del comma 30 del medesimo articolo;
- h) prevedere l'adozione di carte dei servizi al fine di garantire trasparenza informativa e qualità del servizio;
- i) indicare i criteri per il passaggio dei dipendenti ai nuovi aggiudicatari del servizio, prevedendo, tra gli elementi di valutazione dell'offerta, l'adozione di strumenti di tutela dell'occupazione.

Con riferimento all'altra ipotesi ordinaria di affidamento, ovvero quello diretto a società mista, l'articolo 4 stabilisce che la gara per la scelta del socio abbia ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio, al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40 per cento, e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (cd. gara a «doppio oggetto»).

A tal fine, il bando di gara o la lettera di invito assicura che: 1) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano di norma su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; 2) il socio privato selezionato svolga gli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio per l'intera durata del servizio stesso e che, ove ciò non si verifica, si proceda a un nuovo affidamento; 3) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione.

Affinché l'impiego del modulo societario a capitale misto sia pienamente legittimo, pertanto, è necessario che sussistano - in concreto - alcune condizioni espressione di una progressiva evoluzione dell'ordinamento europeo e nazionale⁶⁷.

Tali condizioni sono state enunciate dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui «[...] non è condivisibile la posizione 'estrema' secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto». Tale ipotesi, infatti, «[...] suscita perplessità per il caso di società miste 'aperte', nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come *partner* privato per una società 'generalista', alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il *partner* pubblico»⁶⁸.

Il ricorso alla figura della società mista è ammissibile, invece, «[...] nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un 'affidamento diretto', ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al 'socio operativo' della società»; «[...] il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano - oltre alla specifica previsione legislativa che ne fonda la possibilità, alle motivate ragioni e alla scelta del socio con gara, ai sensi dell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 163/2006 - garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza»⁶⁹.

In ogni caso, «[...] laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie: 1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del

⁶⁷ Si cfr. la *Comunicazione interpretativa della Commissione sull'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni ai partenariati pubblico-privati istituzionalizzati* (PPPI), Com 92/02, aprile 2008.

⁶⁸ Cons. St., sez. II, parere n. 456/2007.

⁶⁹ Così, ancora, Cons. St., sez. II, parere n. 456/2007; per la legittimità dell'ammissione alla gara di una società a capitale misto che aveva precedentemente gestito il servizio, ma il cui socio era stato scelto con procedura ad evidenza pubblica, prima dell'entrata in vigore della legge 20 novembre 2009, n. 166, si v. Cons. St., sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214.

socio, in cui quest'ultimo si configuri come un 'socio industriale od operativo', il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo; 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione 'alla scadenza del periodo di affidamento', evitando così che il socio divenga 'socio stabile' della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario»⁷⁰.

In generale, *rebus sic stantibus*, le condizioni che legittimano, nel rispetto dei principi comunitari, la costituzione di una società mista sono: l'esistenza di una disposizione normativa che «autorizzi» l'amministrazione ad avvalersi di tale 'strumento'; la scelta del *partner* privato tramite gara pubblica; lo svolgimento dell'attività della società mista, almeno in via prevalente, nei confronti del soggetto pubblico che ha proceduto alla costituzione della medesima; la necessità che la gara «unica» per la scelta del *partner* e l'affidamento dei servizi circoscriva chiaramente l'oggetto dei servizi (condizione cd. dei servizi 'determinati'); l'esigenza che la selezione dell'offerta migliore sia rapportata non solo alla solidità finanziaria dell'offerente, ma anche alla capacità di svolgere le prestazioni specifiche oggetto del contratto; la durata predeterminata del rapporto⁷¹.

Su tali aspetti, è più volte intervenuta anche la Corte di giustizia Ce stabilendo che gli articoli 43, 49 e 86 del Trattato Ce «[...] non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori a una società a capitale misto pubblico e privato, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che dette

⁷⁰ Cons. St., sez. II, parere n. 456/2007; si v. anche Cons. St., sez. V, n. 1555/2009; Cons. St., sez. VI, n. 4603/2008; mentre, per una posizione per certi versi più restrittiva, si cfr. Cons. St., ad. plen., n. 1/2008.

⁷¹ In questo senso, da ultimo, si v. Cons. St., sez. V, n. 1555/2009, cit.; con riguardo, invece, a profili specifici correlati alla tipologia di gara per la scelta del socio privato, si cfr. anche Cons. St., sez. V, 23 agosto 2008, n. 5583; Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009, n. 3920; Cons. St., sez. V, n. 824/2009.

procedure di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato Ce per le concessioni»⁷².

Come si vede, dunque, il legislatore nazionale - sulla falsariga di quanto aveva previsto anche attraverso l'articolo 23 *bis* della legge n. 133/2008 - non si è limitato a conformarsi ai principi ed alle regole fissate, in particolare, dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, ma ha addirittura dettato una disciplina dai contenuti maggiormente rigidi e rigorosi, a partire dall'obbligo di conferire al socio privato una partecipazione non inferiore al quaranta per cento.

Accanto alle modalità di affidamento ordinarie suindicate, l'articolo 4 ne prevede anche una derogatoria, laddove il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento sia pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui.

In tal caso, infatti, l'affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta *in house*⁷³.

Peraltro, anche allo scopo di rendere maggiormente cogenti le previsioni richiamate e per garantire l'unitarietà del servizio oggetto dell'affidamento, è fatto divieto di procedere al frazionamento del medesimo servizio e del relativo affidamento.

3.2. QUADRO GIURIDICO DI RIFERIMENTO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE DI GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA: PROFILI ORGANIZZATIVI, REGIME DELL'ATTIVITÀ, LIMITI ALLA CAPACITÀ DI AZIONE

In generale, va detto che l'ambito di governo locale rappresenta il livello istituzionale all'interno del quale lo strumento societario è stato utilizzato con maggiore intensità

⁷² Così Corte giust. Ce, 15 ottobre 2009, C - 196/08, cit.; con riferimento all'obbligo di esperire procedure competitive ad evidenza pubblica, si cfr. anche Cons. St., sez. V, 28 ottobre 2008, n. 5392; Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 889; Tar Veneto, sez. I, 26 marzo 2009, n. 879.

⁷³ Sul tema delle società *in house* e sulle caratteristiche che la contraddistinguono è stato scritto tantissimo. In questa sede si possono ricordare alcuni riferimenti bibliografici: D. CASALINI, R. CAVALLO PERIN, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.; F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 ss.; R. OCCHIOCUPO, *Le società in house*, in *Giur. comm.*, 2008, 525 ss.; V. PARISIO, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss. La giurisprudenza, nazionale e comunitaria, si è oramai consolidata nel riconoscere le caratteristiche ricordate come identificative della peculiare figura organizzativa: da ultimo, si cfr. Corte giust. Ce, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07; Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Cons. St., sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092.

per la realizzazione di diverse tipologie di intervento pubblico, manifestando così, tale strumento, tutta la sua capacità di adeguarsi alle esigenze organizzative e funzionali più varie.

Avviato inizialmente al di fuori di un preciso quadro normativo di riferimento, il fenomeno del ricorso da parte degli enti locali a figure societarie si è andato progressivamente affermando come manifestazione principale della realizzazione di modelli differenziati di organizzazione pubblica⁷⁴.

In tale scenario evolutivo, tuttavia, non sono mancati i problemi sia a livello di legittimazione del modello strutturale di intervento sia a livello di pratica realizzazione delle figure societarie utilizzate.

Allo stesso tempo, però, le aperture di *favor* verso tale sistema operate in sede di politica del diritto dal legislatore ed in sede interpretativa dai giudici, nonché la tenacia delle amministrazioni territoriali nello sfruttare le potenzialità del modulo societario hanno consolidato il fenomeno in questione.

Tale tendenza ha trovato giustificazione nel fatto che l'uso di dinamiche societarie ha permesso molte volte agli enti locali di migliorare l'azione svolta, realizzando contestualmente diversi obiettivi, tra i quali un contenimento dei costi, una gestione meno burocratizzata e più efficiente delle attività, l'eventuale acquisizione della collaborazione di soggetti privati portatori di risorse finanziarie o professionali, una maggiore qualità delle prestazioni fornite.

I servizi pubblici erogati a livello locale hanno così rappresentato il settore di intervento pubblico rispetto al quale maggiormente sono state sfruttate le potenzialità del modello societario, considerato che la natura di tali attività più di ogni altra si presta ad essere organizzata e svolta attraverso diverse tipologie di società⁷⁵.

⁷⁴ Sull'uso di strumenti di diritto privato come esempio principale dell'affermazione del «principio positivo dei modelli differenziati» nell'ambito dell'organizzazione pubblica si rinvia a G. GUARINO, *Sulla utilizzazione di modelli differenziati nella organizzazione pubblica*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia, Seconda serie*, Milano, 1970, 3 ss.

⁷⁵ Sul c.d. nuovo «capitalismo municipale», si cfr. G. GAVANA, F. OSCULATI, A. ZATTI, *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 2007, 7 ss. Per quanto riguarda i dati relativi al fenomeno in questione, bisogna precisare che, pur mancando fonti ufficiali e complete, sono ormai numerose le analisi e gli studi dedicati al settore dei servizi pubblici locali e, in particolare, all'uso strategico dei modelli societari. Si possono ricordare tra i tanti: RAPPORTO 2004 CONF SERVIZI - NOMISMA, *Competitività delle local utilities. Analisi*

Del resto, su tale versante può essere registrata non solo l'esistenza di un preciso quadro normativo di riferimento, che comprende discipline statali e regionali, ma la valenza delle società pensate per la gestione dei servizi pubblici come modello di riferimento anche per le dinamiche societarie sviluppate negli altri settori di intervento pubblico.

Oggi, però, si registrano «spinte» sempre più forti volte ad introdurre, anche per ragioni di natura «metagiuridica», misure di disfavore verso la gestione societaria pubblica del servizio⁷⁶.

Contorni emblematici, da questo punto di vista, assumono alcune previsioni contenute nell'articolo 4 della legge n. 148/2011 preordinate ad assoggettare le società pubbliche di gestione dei servizi pubblici locali ad un regime peculiare⁷⁷; cui fa da *pendant*, per altro verso, la definizione normativa di processi di «pubblicizzazione» tesi ad estendere ad esse il regime giuridico che caratterizza il loro ente di riferimento⁷⁸.

Ad esempio, si prevede che le società *in house* affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con il concerto del Ministro per le riforme per il federalismo, in sede di attuazione dell'articolo 18, comma 2 *bis* del decreto legge n. 112,/2008 convertito con legge n. 133/2008, e successive modificazioni.

A tal fine, gli enti locali vigilano sull'osservanza, da parte dei soggetti al cui capitale partecipano, dei vincoli derivanti dal patto di stabilità interno.

Sempre in questa prospettiva, poi, si stabilisce anche che le società *in house* e le società a partecipazione mista pubblica e privata, affidatarie di servizi pubblici locali,

patrimoniale e finanziaria delle imprese di servizio pubblico locale, Quaderno Cispel, n. 6, 2004; *La governance degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici*, Soneria Mannelli, 2007, Fondazione Civicum, *Le società controllate dai maggiori comuni italiani: costi, qualità ed efficienza*, in *civicum.it*, 2006; B. BORTOLOTTI, L. PELLIZZOLA, C. SCARPA, *Le partecipazioni dei Governi Locali in Italia*, in *astrid-online.it*.

⁷⁶ In proposito, si leggano le considerazioni svolte da M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il Cavaliere per il regno di Logres*, in *Ist. fed.*, 2011, 5 ss.

⁷⁷ Si legga, per un quadro sintetico ma esaustivo, dei limiti posti alla capacità di azione il contributo di E. TRENTI, *I limiti legislativi alla capacità di azione delle società a partecipazione pubblica*, in *Ist. fed.*, 2011, 47 ss.

⁷⁸ Si cfr. A. DE MICHELE, *I processi di pubblicizzazione delle società partecipate dalle regioni e dagli enti locali*, in *Ist. fed.*, 2011, 69 ss.

applicano, per l'acquisto di beni e servizi, le disposizioni di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e successive modificazioni⁷⁹.

Non solo. Con la rilevante esclusione delle società quotate in mercati regolamentati, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Fino all'adozione dei predetti provvedimenti, di conseguenza, è fatto divieto di procedere al reclutamento di personale ovvero di conferire incarichi.

Parimenti, ancora in termini generali, si prevede anche 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 non ai sensi del comma 12, 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.

Siffatto divieto opera per tutta la durata della gestione e non si applica alle società quotate in mercati regolamentati nonché al socio selezionato ai sensi del comma 12 e alle società a partecipazione mista pubblica e privata costituite ai sensi del medesimo comma.

I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali, peraltro, possono comunque concorrere su tutto il territorio nazionale a gare indette nell'ultimo anno di affidamento dei servizi da essi gestiti, a condizione che sia stata indetta la procedura

⁷⁹ Invero, l'articolo 32, comma 3, del decreto legislativo n. 163/2006, e successive modificazioni, limitatamente alla gestione del servizio per il quale le società di cui al comma 1, lettera d), dell'articolo 4 della legge n. 148/2011 sono state specificamente costituite, si applica se la scelta del socio privato è avvenuta mediante procedure competitive ad evidenza pubblica le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio; restano invece ferme le altre condizioni stabilite dall'articolo 32, comma 3, numeri 2) e 3), del decreto legislativo n. 163/2006.

competitiva ad evidenza pubblica per il nuovo affidamento del servizio o, almeno, sia stata adottata la decisione di procedere al nuovo affidamento attraverso la predetta procedura ovvero, purché in favore di soggetto diverso.

In estrema sintesi, tutto ciò dimostra che la politica di liberalizzazione del settore sviluppata dal decreto legge n. 138/2011 si traduce sia in misure direttamente propositive della concorrenza, sia in misure finalizzate a ridurre la possibilità per l'ente pubblico titolare di gestire direttamente il servizio ovvero di spingerlo a dismettere le gestioni monopolistiche esistenti o, comunque, ad interrompere gli affidamenti in essere non conformi.

Tra le prime rientrano tutti quei limiti, testé ricordati, posti dall'ordinamento vigente al ricorso al modello societario *in house* e gli altri vincoli posti al modello dell'intervento in economia tramite società a partecipazione pubblica⁸⁰.

Tra le seconde, invece, vanno ricomprese tanto quelle disposizioni che incentivano gli enti locali con una logica di premialità economica a dismettere le società partecipate - come, ad esempio, l'articolo 5 del decreto legge n. 138/2011 - quanto il rigido regime transitorio previsto nel comma 32 dell'articolo 4 nel quale si fissano precisi termini di scadenza delle gestioni attuali non in linea con il nuovo sistema organizzativo dei servizi pubblici locali di tipo economico.

Stando così le cose, è evidente la situazione di sofferenza ed incertezza in cui si trovano oggi ad operare le società a partecipazione pubblica locale⁸¹.

3.3. VERSO UNO «STATUTO» GIURIDICO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE QUOTATE NEI MERCATI REGOLAMENTATI?

Le società pubbliche quotate nei mercati regolamentati che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica si caratterizzano, in seno all'ordinamento italiano, per un regime giuridico parzialmente differenziato rispetto a quello previsto

⁸⁰ Sotto tale profilo, il d.l. n. 138/2011, si affianca ad altre più recenti disposizioni che si sono mosse in tale direzione, come ad esempio, l'articolo 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. in l. 4 agosto 2006, n. 248, o l'articolo 3, commi 27 ss., l. 24 dicembre 2007, n. 244.

⁸¹ Gli elementi di crisi dello strumento societario pubblico sono ben evidenziati in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, a cura di M. CAMELLI, M. DUGATO, cit., *passim*; si cfr. anche F. FRACCHIA, *Imprese pubbliche regionali e locali*, in *Enc. giur., agg.*, Roma, 2008, *ad vocem*; G. ROSSI, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *www.giustamm.it*, 2011; *Lezioni di diritto amministrativo progredito*, a cura di L. TORCHIA, Bologna, 2010, 66 ss.

in via generale per le altre tipologie di organismi societari a partecipazione pubblica che operano nel medesimo settore⁸².

Da questo punto di vista, paradigmatiche risultano alcune previsioni contenute nel più volte richiamato articolo 4 della legge n. 148/2011.

Ai sensi del comma 17, ad esempio, le società a partecipazione pubblica che gestiscono servizi pubblici locali adottano, con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui al comma 3 dell'articolo 35 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

Ebbene, l'ultimo periodo di tale disposizione prevede espressamente che tale comma non si applica alle società quotate in mercati regolamentati.

Parimenti, per effetto del successivo comma 19, gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti; il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali.

Ora, alle società quotate nei mercati regolamentati, si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

Ancora, si pensi al regime transitorio relativo agli affidamenti in essere non conformi alle previsioni dell'articolo 4 della legge n. 148/2011.

Si stabilisce, infatti, che 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 in capo a soci pubblici detentori di azioni alla data del 13 agosto 2011, ovvero quella sindacata, si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una

⁸² Sui procedimenti di quotazione, si v. G. CAIA, *La quotazione in borsa delle società a prevalente capitale pubblico locale, Servizi pubblici e appalti*, 2003, 333 ss.

quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015.

Ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano, improrogabilmente e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015.

Infine, vale la pena richiamare nuovamente quanto stabilito dal comma 33.

Secondo tale disposizione, le società, le loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che 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 non ai sensi del comma 12, 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; divieto che opera per tutta la durata della gestione.

Anche tale statuizione, non si applica alle società quotate in mercati regolamentati ed alle società da queste direttamente o indirettamente controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile.

Infine, come si avrà modo di evidenziare più avanti, le società *multi-utilities* quotate risultano evidentemente soggette anche alle funzioni di regolazione della Consob.

Che dalle scarse e frammentate disposizioni normative richiamate sia possibile comporre un quadro giuridico tale da ipotizzare la definitiva configurazione in sede ordinamentale di uno «statuto» delle società pubbliche quotate nei mercati regolamentati, quantomeno con riferimento alle cd. *multiutilities* operanti nel mercato dei servizi pubblici locali, è affermazione che, con ogni probabilità, rischia di non corrispondere alla realtà dell'ordinamento⁸³; tanto più che, nella maggior parte dei

⁸³ D'altronde, per altro verso, le scadenze fissate dal comma 32 dell'articolo 4, relativamente ai rigorosi termini di scadenza delle gestioni attuali non in linea con il nuovo sistema organizzativo dei servizi pubblici

casi, ci si confronta con mere clausole di esclusione dall'applicazione della disciplina generale.

Resta il fatto, però, che, proprio alla luce dei dati fin qui evidenziati, si possono intravedere e registrare i primi, ancora timidi, indizi di un itinerario ordinamentale forse allo stato «larvale», ma che, come tale, potrebbe prefigurare future e più nitide prospettive di differenziazione tipologica relativamente al regime applicabile alle società pubbliche quotate, a partire proprio da quelle che svolgono attività di servizio pubblico locale.

locali di tipo economico, sono indicate anche per gli affidamenti alle società a partecipazione pubblica quotate in borsa.

4. L'INDIRIZZO E LA DETERMINAZIONE DELLE ATTIVITÀ SOCIALI TRA GOVERNMENT E GOVERNANCE PUBBLICA

Con l'espressione *governance* pubblica, in generale, ci si riferisce ad alcune delle caratteristiche di ordine più generale che vanno assumendo gli assetti istituzionali, i ruoli e le modalità di azione dei pubblici poteri.

Più in particolare, la *governance* pubblica indicherebbe l'avvicendamento delle modalità di esercizio del potere pubblico, nel senso del superamento del modello tradizionale di *government*, basato sulla produzione diretta di un numero crescente nel tempo di beni e servizi a fruizione collettiva, a favore di un differente processo di *governance*, appunto, nel quale l'amministrazione rinuncia ad imporsi sugli amministrati, optando per un approccio collaborativo e di cooperazione con i diversi attori istituzionali⁸⁴.

Le accezioni attribuibili al concetto sono peraltro diverse a seconda dell'ampiezza della prospettiva di indagine prescelta. Con particolare riferimento al tema della partecipazioni degli enti locali in società, infatti, un sistema di *governance* dovrebbe agire con l'obiettivo di assicurare una visione unitaria della gestione dei servizi, che consenta di definire una strategia comune per la realizzazione del miglioramento della qualità degli stessi e del conseguente soddisfacimento degli interessi degli utenti nel rispetto del principio dell'economicità della gestione.

La transizione verso il modello di *governance* delinea, dunque, una nuova rete di competenze, responsabilità, e interazioni, il cui centro rimane l'ente locale, sia pur nella sua rinnovata veste di *supervisor* dell'operato delle aziende e di garante della tutela degli interessi dei cittadini utenti⁸⁵.

Nel sistema attuale all'ente locale dovrebbero spettare, dunque, essenzialmente funzioni di indirizzo e controllo.

⁸⁴ Si cfr. R. IANNONE, *Governance: una questione di significati*, Riv. trim. sc. amm., 2006, 57 ss.

⁸⁵ Al riguardo, si v. M. ATELLI, C. D'ARIES, *La public governance nei servizi pubblici locali. La gestione e il controllo delle partecipate*, Milano, 2006; D. DELLA PORTA, *La politica locale*, Bologna, 2006, spec. 222; G. PIPERATA, *Governance e servizi pubblici*, in M. CABIDDU, (a cura di), *Modernizzazione del Paese. Politiche opere servizi pubblici*, Milano, 2005, 157 ss.

A fronte della progressiva dismissione delle funzioni di gestione diretta, l'ente locale dovrà, infatti, concentrarsi sull'esercizio delle funzioni di pianificazione-programmazione e di controllo del servizio.⁸⁶

Risulta cruciale, in questo contesto, anche il ruolo del consiglio comunale, titolare, in qualità di organo di indirizzo e di controllo politico e amministrativo, delle competenze deliberative in materia di servizi, definizione e approvazione degli atti di pianificazione e programmazione (bilanci, relazioni programmatiche e programmi triennali), definizione degli indirizzi da osservare da parte delle aziende, di enti dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza e non ultima della funzione di elaborazione degli indirizzi relativi alle nomine dei rappresentanti del comune presso aziende ed istituzioni.

In questa prospettiva, anche alla luce delle vorticose trasformazioni che ha segnato il regime dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, all'esigenza di equilibrio tra proprietà e *management*, si tende a ricondurre l'esigenza di riadattare il sistema di governo delle imprese locali, così da impedire invasive prerogative gestionali della proprietà tali da condizionare la stabilità ed il relativo grado di responsabilizzazione dell'organo amministrativo⁸⁷.

Il sistema delle imprese locali, del resto, vive da tempo una fase di transizione da un modello definito di «accentramento», nel quale la coincidenza tra proprietà e controllo dell'impresa garantiva la coincidenza degli obiettivi del proprietario-gestore, ad un modello di «decentramento forte», in cui la proprietà dell'impresa risulta invece articolata in una pluralità di azionisti pubblici e privati e rispetto al quale la *governance* diventa lo strumento per il contemperamento dei molteplici e differenti interessi degli azionisti con le esigenze di gestione

A rendere ancora più articolato il quadro brevemente descritto, poi, concorre l'approccio del legislatore: a distanza di venti anni dalla legge n. 142/1990, infatti, la spinta derivante dal processo legislativo di *favor* verso il modello societario sembra

⁸⁶ Più in generale, sul rapporto tra società pubbliche e diritto societario, si cfr. M. DUGATO, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561 e ss.

⁸⁷ Si v. A. GUACCERO, *Alcuni spunti in tema di governance delle società pubbliche dopo la riforma del diritto societario*, in *Riv. soc.*, 2004, 853 ss.

essersi esaurita, quantomeno nelle forme con cui era stata enfaticamente propugnata.

Attualmente, si può così cogliere l'esistenza di un atteggiamento di diverso tenore, orientato a ridurre il potere degli enti locali nella costituzione di società partecipate ovvero a restringerne il campo di azione⁸⁸; un atteggiamento, peraltro, confermato sia dagli esiti del *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 relativamente all'articolo 23 *bis* della legge n. 133/2008.

L'esperienza degli ultimi anni, pertanto, consegna al giudice, agli interpreti ed agli operatori - anche alla luce delle palesi difficoltà del legislatore di identificare un accettabile e stabile punto di equilibrio - un panorama quanto mai complesso ed articolato al punto da richiedere interventi organici ormai sollecitati da più parti⁸⁹. Resta il fatto, però, che il tema delle società pubbliche rappresenta il banco di prova di uno degli snodi fondamentali del sistema amministrativo italiano in chiave di modernizzazione, razionalizzazione e, per altro verso, di cooperazione pubblico-privato.

4.1. RIFLESSI GIURIDICI DEL RAPPORTO TRA *GOVERNMENT* E *GOVERNANCE* NELL'AMBITO DELLE SOCIETÀ PUBBLICHE DI GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA: IL REGIME DELLE INCOMPATIBILITÀ

Nell'ambito della disciplina giuridica delle società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica, in chiave prettamente giuspubblicistica, l'intreccio tra profili di *government* e *governance* risulta particolarmente evidente rivolgendo l'attenzione al rigoroso regime delle incompatibilità previsto dall'articolo 4, commi 19 ss., della legge n. 148/2011.

Si stabilisce, infatti, che gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici

⁸⁸ Si cfr., ad esempio, l'art. 13, d.l. 4 luglio 2006, n. 223, conv. l. 4 agosto 2006, n. 248 s.m.i.; l'art. 3, commi 27 ss, l. 24 dicembre 2007, n. 244 s.m.i.; l'art. 14, comma 32, d.l. 31 maggio 2010, conv. l. 30 luglio 2010, n. 122 s.m.i. Al riguardo, si cfr. anche Cons. St., ad. plen., 4 agosto 2011, n. 17.

⁸⁹ A. MASSERA, *Le società pubbliche*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 894 ss.; M.P. CHITI, *Le carenze della disciplina delle società pubbliche e le linee direttrici per un riordino*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 1115 ss.

locali, non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti.

Tale divieto, a riprova del carattere particolarmente cogente della prescrizione, si applica anche nel caso in cui le funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell'incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali.

Come già evidenziato in precedenza, peraltro, alle società quotate nei mercati regolamentati si applica la disciplina definita dagli organismi di controllo competenti.

Vi è di più. Il divieto opera anche nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale.

Per quanto riguarda il regime degli amministratori, invece, si prevede espressamente che non possono essere nominati amministratori di società partecipate da enti locali coloro che nei tre anni precedenti alla nomina hanno ricoperto la carica di amministratore negli enti locali che detengono quote di partecipazione al capitale della stessa società.

Sempre secondo una logica pro-concorrenziale, poi, vanno lette quelle disposizioni che regolano la composizione delle commissioni di gara relative all'affidamento del servizio, laddove ovviamente questo avvenga attraverso procedure competitive

I componenti della commissione di gara per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali, infatti, non devono aver svolto né svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente alla gestione del servizio di cui si tratta.

Lo stesso per coloro che hanno rivestito, nel biennio precedente, la carica di amministratore locale; anche per tali soggetti, quindi, si sancisce il divieto di nomina quali componenti della commissione di gara relativamente a servizi pubblici locali da affidare da parte del medesimo ente locale.

In un'ottica ulteriormente rafforzativa, si prevede anche che sono esclusi da successivi incarichi di commissario coloro che, in qualità di componenti di commissioni di gara, abbiano concorso, con dolo o colpa grave accertati in sede giurisdizionale con sentenza non sospesa, all'approvazione di atti dichiarati illegittimi; componenti delle commissioni di gara a cui, inoltre, si applicano le cause di astensione previste dall'articolo 51 del codice di procedura civile.

Da ultimo, il comma 26 del richiamato articolo 4 prevede che, nell'ipotesi in cui alla gara concorra una società partecipata dall'ente locale che la indice, i componenti della commissione di gara non possono essere né dipendenti né amministratori dell'ente locale stesso.

Come si può facilmente immaginare, la definizione di una disciplina così puntuale relativamente al regime delle incompatibilità, soprattutto in vista delle opzioni di politica del diritto cui sembra riconducibile, espressione di superiori valori ordinali, a partire da quelle mutate dall'ordinamento europeo, concorre a conformare l'azione delle società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali nonché a ridefinirne il relativo perimetro rispetto ai rapporti, non solo organizzativi, con l'ente pubblico socio.

Come si può facilmente verificare, si tratta di ipotesi differenti che vanno dal divieto per gli amministratori, dirigenti e responsabili degli uffici o dei servizi dell'ente locale o degli enti di regolazione e controllo di svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti, alla incompatibilità degli amministratori locali nei tre anni successivi alla scadenza del mandato a ricoprire qualsiasi ruolo di amministratore di società partecipate.

Disposizioni, però, di notevole rilievo in quanto vanno nella direzione di ridurre i possibili conflitti di interesse nel governo dei servizi e delle società pubbliche e di provare a sottrarre tali società alle ingerenze della classe politica locale⁹⁰.

⁹⁰ Sull'importanza dei meccanismi che tendono ad evitare conflitti di interessi nella *governance* delle partecipate incaricate della gestione dei servizi pubblici locali, si cfr. A. CALABRÒ, M. TORCHIA, *Conflitti di interesse e meccanismi di governance nelle local public utilities italiane*, in *Banca impresa società*, 2011, 105 ss.

Più in generale, le problematiche relative alla direzione e al controllo delle società a partecipazione locale si differenziano sensibilmente, seconda che la società sia «aperta» o «chiusa» alla partecipazione di altri soggetti⁹¹.

Tale ultima ipotesi è quella che si verifica, ad esempio, nel caso in cui l'ente locale scelga la modalità *in house* di affidamento del servizio.

A problematiche differenti dà luogo, invece, la diversa ipotesi della partecipazione alla società di altri soggetti (privati). Qui, infatti, la relazione interesse pubblico/interessi privati pone una serie di questioni in termini di governo societario.

Uno degli aspetti che meglio esprime tale potenziale grado di conflittualità tra interessi di diversa natura è quello relativo all'amministrazione della società.

4.2. NOMINA E REVOCA DEGLI AMMINISTRATORI

La nomina dell'organo amministrativo rappresenta uno dei principali strumenti di direzione e controllo dell'ente sulla società⁹².

Non è ovviamente possibile richiamare in questa sede, neppure per cenni, le complesse problematiche che investono la nomina, la revoca e, più in generale, il ruolo degli amministratori nell'ipotesi delle società a partecipazione pubblica, soprattutto alla luce delle rilevanti innovazioni apportate in materia, in particolare, dalla riforma del diritto societario del 2003 e, per quanto qui di interesse, dai successivi interventi normativi⁹³.

⁹¹ In proposito, si legga M. CAMELLI, M. DUGATO (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 21.

⁹² Spunti interessanti in proposito sono offerti da M. NICO, *Sul sistema di nomina dei rappresentanti negli enti partecipati*, *Amministrare*, 2005, spec. 175-176.

⁹³ Oltre che, ovviamente, dell'orientamento del giudice comunitario in ordine alla precedente formulazione dell'art. 2449 c.c. «L'art. 56 Ce deve essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione nazionale, quale l'art. 2449 del codice civile italiano, secondo cui lo statuto di una società per azioni può conferire allo Stato o a un ente pubblico che hanno partecipazioni nel capitale di tale società la facoltà di nominare direttamente uno o più amministratori, la quale, di per sé o in combinato con una disposizione, quale l'art. 4 d.l. 31 maggio 1994 n. 332, conv., in seguito a modifiche, nella l. 30 luglio 1994 n. 474, come modificata dalla l. 24 dicembre 2003 n. 350, che conferisce allo Stato o all'ente pubblico in parola il diritto di partecipare all'elezione mediante voto di lista degli amministratori non direttamente nominati da esso stesso, è tale da consentire a detto Stato o a detto ente di godere di un potere di controllo sproporzionato rispetto alla sua partecipazione nel capitale di detta società»: così Corte giust. Ce, sez. I, 6 dicembre 2007, n. 463.

Pertanto, ci si limiterà a ricostruire brevemente i contorni della disciplina dettata al riguardo dall'articolo 2449 c.c.⁹⁴

L'articolo 2449 c.c., nel testo riformulato dopo il 2008, stabilisce che se lo Stato o gli enti pubblici hanno partecipazioni in una società per azioni, lo statuto può ad essi conferire la facoltà di nominare un numero di amministratori e sindaci, ovvero componenti del consiglio di sorveglianza, proporzionale alla partecipazione del capitale sociale⁹⁵.

In tal caso, però, deve trattarsi di una società per azioni che non fa ricorso al mercato del capitale di rischio.

Parimenti, ai sensi del successivo comma 2, gli amministratori e i sindaci o i componenti del consiglio di sorveglianza nominati a norma del primo comma possono essere revocati soltanto dagli enti che li hanno nominati.

Gli amministratori, quindi, hanno i diritti e gli obblighi dei membri nominati dall'assemblea.

Gli amministratori, inoltre, non possono essere nominati per un periodo superiore a tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica; invece, i sindaci, ovvero i componenti del consiglio di sorveglianza, restano in carica per tre esercizi e scadono alla data dell'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio relativo all'ultimo esercizio della loro carica.

Alle società che fanno ricorso al capitale di rischio si applicano le disposizioni del sesto comma dell'articolo 2346 secondo cui «resta salva la possibilità che la società, a seguito dell'apporto da parte dei soci o di terzi anche di opera o servizi, emetta

⁹⁴ L'articolo 2449 c.c. è stato sostituito dall'articolo 13, comma 1, della legge 25 febbraio 2008, n. 34. In tema, successivamente all'intervento del 2008, si legga A. MALTONI, G. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, in *Dir. amm.*, 2009, 267 ss., ove ampi riferimenti bibliografici e giurisprudenziali.

⁹⁵ Secondo il giudice amministrativo, «il potere attribuito al sindaco di provvedere alla nomina, ai sensi dell'art. 50 comma 8, d.lg. n. 267 del 2000, dei rappresentanti del Comune presso enti, aziende ed istituzioni, sussiste nell'ipotesi di rapporto di 'strumentalità' o 'subordinazione' esistente tra il Comune e l'ente nei cui confronti la nomina ha effetto (nel caso di specie, il Comune ha correttamente fatto ricorso a tale specifico potere, agendo - in occasione della nomina dei predetti organismi societari - non come socio ma come autorità pubblica preposta al controllo e al coordinamento della società, a nulla rilevando il richiamo nelle disposizioni statutarie della norma di cui all'art. 2449 c.c., la quale costituisce peraltro disposizione di carattere sostanziale e non processuale, o meglio decisiva ai fini del riparto di giurisdizione)»: così, di recente, Tar Puglia Lecce, sez. I, 24 febbraio 2010, n. 622.

strumenti finanziari forniti di diritti patrimoniali o anche di diritti amministrativi, escluso il voto nell'assemblea generale degli azionisti. In tal caso lo statuto ne disciplina le modalità e condizioni di emissione, i diritti che conferiscono, le sanzioni in caso di inadempimento delle prestazioni e, se ammessa, la legge di circolazione».

Da ultimo, si rileva che il consiglio di amministrazione può altresì proporre all'assemblea - che delibera con le maggioranze previste per l'assemblea ordinaria - che i diritti amministrativi previsti dallo statuto a favore dello Stato o degli enti pubblici siano rappresentati da una particolare categoria di azioni.

A tal fine, però, è in ogni caso necessario il consenso dello Stato o dell'ente pubblico a favore del quale i diritti amministrativi sono previsti.

Come anticipato, sono molteplici le problematiche la disposizione richiamata suscita, a partire da quelle relative alla compatibilità con l'ordinamento europeo.

Un esempio, in tal senso, è offerto da una lettura dottrinale secondo cui laddove il socio pubblico «[...] volesse mantenere un potere di controllo anche in seguito alla dismissione di parte delle azioni che attraverso il principio maggioritario gli assicurano il pieno potere di gestione potrebbe far inserire nello statuto la precisazione che l'esercizio del diritto di nomina diretta comporta la sterilizzazione del voto in tema di nomina e revoca nei confronti dei restanti componenti gli organi sociali ex articolo 2351, comma 2, c.c., secondo una logica che si ritrova anche nell'emissione delle azioni speciali previste dal nuovo articolo 2449, comma 4, c.c.»⁹⁶.

Nondimeno, a dimostrazione delle difficoltà interpretative insite nella lettura della disposizione in questione - ennesimo sintomo della frammentarietà e della disorganicità del tessuto normativo in tema di società pubbliche -, la medesima dottrina afferma che «la via maestra per assicurare tale risultato sembra comunque quella di una modifica legislativa che indichi esplicitamente che il potere di nomina

⁹⁶ Così A. MALTONI, G. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, cit., 289.

diretta *ex* articolo 2449, comma 1, c.c. priva il socio pubblico del diritto di voto nell'elezione assembleare degli altri componenti gli organi sociali»⁹⁷.

4.3. CENNI IN TEMA DI AUTONOMIA STATUTARIA E PATTI PARASOCIALI

Un ruolo significativo in ordine alla determinazione degli indirizzi dell'attività sociale nonché, per altro verso, relativamente all'equilibrio tra le diverse componenti societarie è svolto dall'autonomia statutaria.

Del resto, ciò corrisponde a quello che diversi autori hanno rilevato con riguardo alla disciplina della società per azioni modificata nel 2003, ovvero la circostanza per cui attraverso tale riforma si è determinato [...] un tendenziale arretramento delle norme imperative e trovi invece grande spazio il riconoscimento all'autonomia dei soci (o del socio) del potere di adattare i diversi modelli societari alle specifiche esigenze dell'iniziativa intrapresa.

L'ampliamento della sfera dell'autonomia statutaria realizzatosi a partire dalla riforma del 2003 dovrebbe consentire la maggiore competitività delle società attraverso l'introduzione del principio di atipicità dei modelli organizzativi e l'agevolazione del reperimento dei capitali di credito e di rischio.

Nel vigente ordinamento della società per azioni si assiste così, almeno in via tendenziale, ad una sorta di redistribuzione del «potere» tra legislatore e soggetti privati rispetto all'evoluzione dei modelli organizzativi, che comporterebbe l'attribuzione, al primo, del compito di tutelare l'interesse generale attraverso la definizione degli spazi di regolamentazione concessi a ciascun attore e ai secondi la tutela degli interessi individuali.

A tal fine, il riconoscimento di più ampi margini di autonomia statutaria si manifesta non solo nella ricerca di una più intensa flessibilità organizzativa *ex* articolo 2380 c.c., ma anche rispetto alla tematica delle tipologie di finanziamento utilizzabili nella società per azioni.

Non è ovviamente possibile indugiare oltre su tali profili.

⁹⁷ A. MALTONI, G. PALMIERI, *I poteri di nomina e di revoca in via diretta degli enti pubblici nelle società per azioni ex art. 2449 c.c.*, cit., 289.

Nondimeno, tenuto conto delle criticità del quadro normativo di riferimento, quanto evidenziato risulta di notevole interesse nell'ambito del regime giuridico delle società a partecipazione pubblica, a partire da quelle a capitale misto che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Non solo, infatti, lo statuto si presenta come il «duogo» naturalmente privilegiato per la definizione dei profili di *governance* societaria, anche in vista della risoluzione di potenziali conflitti endosocietari, ma - nel rispetto delle previsioni normative applicabili -, costituisce anche uno degli strumenti attraverso cui gli enti costitutori possono parzialmente concorrere a «confezionare», sia nel caso delle società miste sia in quello delle società *in house providing*, il «vestito» più adatto al caso di specie anche in ordine alla configurazione del relativo modello gestionale; un discorso, questo, che sembra potersi riproporre anche con riguardo alla sottoscrizione di patti parasociali, la cui utilità pare indubbia soprattutto nel caso di società quotate nei mercati regolamentati onde addivenire ad una comunione di intenti⁹⁸.

⁹⁸ Si cfr., a tal fine, i patti parasociali sottoscritti tra gli azionisti pubblici, e quelli sottoscritti tra le fondazioni bancarie, di Hera S.p.a.; nonché, sempre in via esemplificativa, quelli di a2a S.p.a.

5. I CONTROLLI SULLE ATTIVITÀ SOCIALI: UN QUADRO DI SINTESI

Il ricorso a formule privatistiche di gestione del servizio ha imposto anche la riconsiderazione delle problematiche relative alle modalità e agli strumenti del controllo sotto due profili distinti⁹⁹.

Da un lato, i parametri di valutazione dell'attività amministrativa si sono arricchiti della c.d. cultura del risultato, che quindi si affianca al criterio della stretta legittimità nell'identificazione del modello di un'amministrazione «giusta». E' ormai elemento acquisito, del resto, che lo spostamento delle attività amministrative dai tradizionali compiti di natura provvedimentale a quelli di *welfare* tipici dello stato sociale comporti l'inadeguatezza di una valutazione che si limiti a verificare la legittimità dell'attività amministrativa e non tenga conto di valutazioni di risultato, cioè di efficienza-efficacia ed economicità dei servizi resi ai cittadini.

Sotto altro profilo, invece, proprio l'evoluzione del dato organizzativo sembra giustificare una riconsiderazione degli strumenti di controllo a disposizione degli enti locali.

Schematicamente, sembrano due in questo quadro le alternative percorribili; immaginare che trattandosi in ogni caso di attività funzionalizzata, siano utilizzabili i controlli di tipo pubblicistico, anche qualora l'amministrazione agisca attraverso moduli di diritto privato; ritenere, invece, che avendo il gestore del servizio veste privatistica, in qualche modo dovrebbero variare anche le modalità, attraverso le quali l'attività da esso svolta verrà valutata dall'amministrazione.

Di conseguenza, in astratto, sono molteplici e differenziate le manifestazioni del controllo dell'ente sulla società; così come, per l'effetto, sono molteplici le classificazioni possibili delle forme di controllo.

In primo luogo, è opportuno richiamare i controlli preliminari allo svolgimento del servizio (delibera di costituzione, contratto di servizio) e quelli contestuali alla costituzione della società (procedure di gara per la scelta del gestore)¹⁰⁰.

⁹⁹ In generale, sul tema dei controlli dell'ente pubblico socio, si legga il recente quadro di sintesi offerto da F. PALAZZI, *Alcune recenti questioni a proposito di controllo delle società partecipate da parte degli enti pubblici socio*, in *Ist. fed.*, 2011, 103 ss.

¹⁰⁰ Al riguardo, si cfr. M. DUGATO, *Costituzione di società miste e partecipazione a società già costituite*, in *Gior. dir. amm.*, 2002, 154 ss.; ID., *Sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali. Costituzione della*

Attraverso tali attività, infatti, l'ente locale compie un'operazione preliminare che presenta un'indubbia natura complessa. Essa, del resto, non esprime solo la scelta dell'ente per un determinato modulo gestionale, ma rappresenta allo stesso tempo il primo momento della procedura finalizzata alla stipulazione del contratto di società. Parimenti, nell'ambito degli strumenti di controllo dei quali l'ente locale dispone rispetto alle società incaricate della gestione di servizi pubblici particolare attenzione merita anche il contratto di servizio.

La relativa centralità nel sistema dei servizi pubblici locali può essere giustificata guardando a due profili essenziali.

In primo luogo, il contratto di servizio rappresenta il principale strumento attraverso il quale l'ente può regolare lo svolgimento del servizio, definendo quali prestazioni e a quali condizioni la società dovrà erogare.

In secondo luogo, il contratto di servizio è una forma di controllo che ritorna qualunque sia la modalità di gestione per la quale l'ente ha optato; in altre parole, a prescindere dalla scelta di erogare il servizio attraverso una struttura interna o invece esternalizzando l'attività, l'ente locale può condizionare la società regolando i propri rapporti con essa per mezzo del contratto di servizio.

Va da sé, poi, che l'affermazione del contratto come principale strumento di regolazione del servizio, sembra collocarsi nella tendenza che vede l'amministrazione prediligere la modalità convenzionale a quella unilaterale di disciplina della gestione del servizio.

Si registrano, ancora, forme di controllo definibili come «successive» in quanto consistono in attività di verifica *ex post* della rispondenza dei risultati ottenuti rispetto agli obiettivi predefiniti. Sotto questa prospettiva, come si vedrà in seguito, particolare interesse presentano gli istituti volti a verificare la sussistenza di una responsabilità degli amministratori della società.

Oltre che di quello «temporale», occorre tener conto di altri parametri tradizionalmente utilizzati per distinguere l'esercizio della funzione di controllo; quello relativo al soggetto che ne è incaricato, ad esempio.

società, dimissioni, affidamento del servizio, rapporto tra ente e società, Riv. trim. app., 1996, 253 ss.; ID., *L'individuazione del socio di minoranza nelle società a partecipazione pubblica, Gior. dir. amm.*, 1998, 428 ss.

Così, in particolare, i controlli della Corte dei Conti sono evidentemente controlli «esterni» alla società, a differenza di quelli «endosocietari», esercitati da organi interni alla società per valutare, in particolare, la condotta degli amministratori¹⁰¹.

In questa seconda categoria rientrano evidentemente anche le azioni di responsabilità degli amministratori secondo il diritto societario nonché, per altro verso, quella delle persone giuridiche di cui al decreto legislativo 8 giugno 2001, 231¹⁰²; sullo sfondo, poi, si colloca anche la problematica relativa all'applicazione alle società pubbliche che gestiscono servizi pubblici locali, soprattutto nel caso di costituzione di *holding*, dell'ipotesi di responsabilità da direzione e coordinamento svolta nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui¹⁰³.

Inoltre, facendo seguito a quanto evidenziato in precedenza, occorre distinguere tra controlli di tipo pubblicistico (perché disciplinati dal diritto pubblico) e privatistico (disciplinati dal diritto societario).

Non va trascurato, infine, che vi sono alcune modalità di controllo che potremmo definire «atipiche»; un esempio, in tal senso, è costituito dal controllo concreto e diffuso svolto dagli utenti soprattutto attraverso la carta di servizi¹⁰⁴.

Come si può facilmente notare, ci si confronta con un quadro di riferimento assai poco sistematico che riflette chiaramente, tra l'altro, la costante sovrapposizione tra «pubblico» e «privato» nell'ambito del regime delle società pubbliche per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

¹⁰¹ Sullo sfondo, peraltro, permane il problema degli strumenti più idonei per consentire agli enti locali e, soprattutto, ai loro organi consiliari di poter svolgere un effettivo ruolo di controllo sulle imprese incaricate dello svolgimento del servizio; si tratta di un tema di grande interesse che per il momento non ha avuto un adeguato approfondimento da parte della dottrina giuspubblicistica. Si cfr. gli studi di taglio economico e di scienza dell'amministrazione di C. MATTEI, *La governance delle società di gestione dei servizi pubblici partecipate dagli enti locali*, in *Riv. trim. sc. amm.*, 2005, 89 ss.; G. SAPELLI, *La trasformazione delle società di proprietà comunale: eterogenesi dei fini e rimedi di «governance»*, in *Amm.*, 2006, 277 ss.; E. RONCORONI, *Il controllo delle imprese di servizio pubblico locale da parte dei Consigli comunali*, *ivi.*, 2004, 241 ss., ed in termini più ampi, E. RONCORONI, C. VACCARI, *Il controllo direzionale del comune sui servizi pubblici locali*, *ivi.*, 2003, 5 ss.

¹⁰² Si cfr. Corte Cass. sez. III penale, 21 luglio, 2010, n. 28699.

¹⁰³ Sulle fenomenologie delle *holding*, M. DUGATO, G. PIPERATA, *La gestione dei servizi pubblici per mezzo di società holding*, *Riv. trim. app.*, 2001, 312 ss. In generale, sulle modalità di aggregazione e cooperazione societaria nel settore delle *public utilities* si cfr. A. GILARDONI, G. LORENZONI, *Public utilities. Alleanze e aggregazioni*, Milano, 2003.

¹⁰⁴ In tema, si rinvia a G. VESPERINI, S. BATTINI, *La carta dei servizi pubblici*, Rimini, 1997; più in generale, sui rapporti di utenza, si v. anche C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, in *Dir. amm.*, 2005, spec. 349-351; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Milano, spec. 230-245. Peraltro, la denuncia del basso livello di tutela della posizione dell'utente non costituisce una novità, si v. ad. es. M. CAMMELLI, *Per uno statuto dell'utente*, *Pol. dir.*, 1981, 447 ss.

Ciò emerge in maniera evidente con riferimento alla *querelle* relativa al controllo esterno della Corte dei Conti relativamente alla responsabilità degli amministratori delle società pubbliche.

5.1. FOCUS: LA «QUESTIONE» DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI AMMINISTRATORI E GLI ORIENTAMENTI DELLA CORTE DI CASSAZIONE E DELLA CORTE DEI CONTI

Con riferimento al regime dei controlli, in una prospettiva eminentemente giuspubblicistica, vale la pena soffermarsi sulla *querelle* che ha interessato la responsabilità degli amministratori e dei dipendenti delle società pubbliche¹⁰⁵.

Il ricorso sempre maggiore al modulo societario, infatti, ha imposto agli interpreti di affrontare il delicato problema della responsabilità amministrativa connessa alla cattiva gestione delle risorse pubbliche ad esse affidate¹⁰⁶.

Si tratta di un orientamento che, emerso in sede giurisprudenziale, è stato criticato dalla scienza giuspubblicistica¹⁰⁷.

Le motivazioni sono essenzialmente due: in primo luogo, così facendo, si configura una responsabilità erariale sul mero presupposto dell'impiego di risorse pubbliche, prescindendo così da una puntuale analisi della natura dell'attività svolta¹⁰⁸; in secondo luogo, qualificando tali società come soggetti di diritto pubblico, si introduce «*ex novo*» un'ipotesi di responsabilità erariale per danno arrecato al patrimonio societario in capo ai relativi amministratori e dipendenti. In questo modo, però, si confondono due profili differenti, a dimostrazione della tendenza nel

¹⁰⁵ Senza alcuna pretesa di esaustività, sulla responsabilità amministrativa, si cfr., C. SEPE, *La giurisdizione contabile*, Padova, 1997; F.G. SCOCA (a cura di), *La responsabilità amministrativa e il suo processo*, Padova, 1997; F. GARRI, *I giudizi innanzi alla Corte dei conti*, Milano, 1998; L. MERCATI, *Responsabilità amministrativa e principio di efficienza*, Torino, 2002; M. MADDALENA, *Le nuove frontiere della responsabilità amministrativa nell'attuale evoluzione del diritto amministrativo*, Roma, 2001; R. SCHLITZER, *L'evoluzione della responsabilità amministrativa*, Milano, 2002; A. PAJNO, *Il Rapporto con le altre giurisdizioni: concorso o esclusività della giurisdizione di responsabilità amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 954 ss.; A. NOVELLI, T. VENTURINI, *La responsabilità amministrativa di fronte all'evoluzione delle pubbliche amministrazioni ed al diritto delle società*, Milano, 2008.

¹⁰⁶ Si cfr., C. PINOTTI, *La responsabilità degli amministratori di società tra riforma del diritto societario ed evoluzione della giurisprudenza con particolare riferimento alle società a partecipazione pubblica*, Milano, 2004; L. TORCHIA, *Responsabilità civile e responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica: una pericolosa sovrapposizione*, in *Serv. pubbl. app.*, 2006, 223 ss.; ID., *La responsabilità amministrativa per le società a partecipazione pubblica*, in *Gior. dir. amm.*, 2009, 791 ss.; L. ANTONIOLI, *Società a partecipazione pubblica e giurisdizione contabile*, Milano, 2008.

¹⁰⁷ Un fenomeno che, tra l'altro, può a pieno titolo essere ascritto tra quelli che autorevole dottrina definisce «i sentieri interrotti della legalità»: cfr., F. MERUSI, *I sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007.

¹⁰⁸Cfr., Cass., sez. un., 5 giugno 2008, n. 14825, in *Riv. cort. conti*, 2008, 276 ss.

nostro ordinamento a separare la «veste giuridica» dalla «disciplina sostanziale applicabile»¹⁰⁹.

Relativamente al primo punto, è appena il caso di evidenziare che la Corte di Cassazione ha interpretato in termini sempre più estensivi la nozione di «rapporto di servizio» ritenendo del tutto «irrilevante il titolo in base al quale la gestione del denaro pubblico viene svolta, potendo consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, ma anche in una concessione amministrativa o in un contratto privato»¹¹⁰. Il *discrimen* tra le giurisdizioni, di conseguenza, è stato progressivamente spostato dalla natura del soggetto alla natura degli scopi perseguiti e del danno cagionato¹¹¹.

Al fine del radicamento della giurisdizione contabile, pertanto, ciò che rileva non è la natura pubblica o privata del soggetto, né quella dello strumento attraverso cui il rapporto di servizio viene costituito e disciplinato, ma «l’inserimento funzionale ancorché temporaneo del soggetto nell’apparato organizzativo della pubblica amministrazione»¹¹², ancorché difetti una gestione del denaro secondo moduli contabili di tipo pubblico o secondo modalità di rendicontazione proprie della giurisdizione contabile in senso stretto¹¹³.

Per quanto concerne il secondo profilo, invece, si è assistito alla progressiva estensione della giurisdizione contabile anche per i giudizi di responsabilità promossi

¹⁰⁹ In questo senso, L. TORCHIA, *La responsabilità amministrativa per le società in partecipazione pubblica*, cit., 797 s., la quale, ai fini del radicamento della responsabilità amministrativa, rinvia ad una «definizione aggiornata e moderna del criterio dell’attività svolta», rifacendosi alla distinzione operata nelle pronunce della Corte cost. 6 agosto 2008, n. 326 e Corte cost., 13 maggio 2009, n. 148 tra «attività amministrativa in forma privatistica» e «attività di impresa di enti pubblici» che permette di «guardare alla sostanza della società, non però attraverso la lente deformante dell’interesse pubblico che tutto in sé ingloba, ma riferendosi alla natura dell’attività svolta, imprenditoriale o amministrativa, e alla sua collocazione rispetto all’amministrazione».

¹¹⁰ *Ex multis* Cfr., Cass., sez. un., ord., 1 marzo 2006, n. 4511, con commento di G. D’AURIA, *Finanziamenti pubblici a privati e responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 969 ss.; Cass., 26 febbraio 2004, n. 3899, in *Foro it.*, 2005, I, 2675.

¹¹¹ Cfr., Cass., ord., sez. un., 1 marzo 2006, n. 4511, cit.; in questa prospettiva, con riguardo alla *querelle* relativa alla configurabilità o meno della giurisdizione contabile sugli enti pubblici economici, Cass., sez. un., ord., 22 dicembre 2003, n. 19667, con nota di R. URSI, *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori degli enti pubblici*, in *Foro Amm.- C.d.S.*, 2004, 2, 695. Di recente, infine, Cass., sez. un., ord., 3 luglio 2009, n. 15599, in *Foro it.*, 2010, I, 1534 ss., con riferimento alla qualificazione di un rapporto di servizio anche nel caso dello svolgimento di fatto e in via continuativa di una determinata attività in favore della pubblica amministrazione.

¹¹² Cfr., Cass., sez. un., ord., 4 dicembre 2009, n. 25495, in *Mass.*, 2009, 1491; Cass., 31 gennaio 2008, n. 2289, in *Mass.*, 2008, 183; Cass., 22 febbraio 2007, n. 4112, in *Foro it.*, 2008, I, 190 ss.; Cass., sez. un., ord., 27 febbraio 2006, n. 20886, in *Foro it.*, 2007, I, 2483 ss.; Cass., 19 febbraio 2004, n. 3351, in *Foro it.*, 2005, I, 2676 ss.

¹¹³ Cfr., Cass., sez. un., ord., 12 ottobre 2004, n. 20132, in *Foro it.*, 2005, I, 2674 ss.

nei riguardi di amministratori e dipendenti di società a partecipazione pubblica relativamente a danni cagionati al patrimonio della società e, quindi, indirettamente al patrimonio dell'ente pubblico socio¹¹⁴.

Tale orientamento è stato recentemente sconfessato dalla Corte di Cassazione¹¹⁵. Secondo la Corte, nel caso in cui il patrimonio della società sia stato leso da un atto di *mala gestio* di un amministratore o di un componente di un organo di controllo non si può nemmeno parlare di danno erariale, inteso come «pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico socio» in quanto «la ben nota distinzione tra la personalità giuridica della società di capitali e quella dei singoli soci e la piena autonomia patrimoniale dell'una rispetto agli altri non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente: che è e resta privato»¹¹⁶.

Si è di fronte, cioè, a un «danno sofferto da un soggetto privato (la società) riferibile al patrimonio appartenente a quel soggetto e non certo ai soci, pubblici o privati, i quali sono unicamente titolari delle rispettive quote di partecipazione ed i cui originari conferimenti restano confusi ed assorbiti nell'unico patrimonio sociale»; l'unico soggetto legittimato a dolersi dei danni sociali è la società stessa, attraverso l'azione di responsabilità sociale di cui all'articolo 2393 c.c., «di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera in diretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio»¹¹⁷.

Per tutelare i propri interessi economici, pertanto, il socio pubblico è chiamato a ricorrere agli ordinari strumenti civilistici. Solamente a fronte di un comportamento inerte del rappresentante dell'ente pubblico socio che abbia colpevolmente omesso di esercitare i propri diritti, pregiudicando così il valore della partecipazione, potrà ancora radicarsi la giurisdizione contabile.

¹¹⁴ Cass., sez. un., ord., 26 febbraio 2004, n. 3899, cit.; Corte Conti, giur. centr., sez. I, 3 dicembre 2008, n. 532/A, in *Riv. trim. app.*, 2009, 3, 633 ss.

¹¹⁵ Cass., sez. un., ord., 19 dicembre 2009, n. 26806, in *Foro it.*, 2010, 5, 1473 con nota di D'AURIA.

¹¹⁶ Così Cass., sez. un., ord., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit.

¹¹⁷ Tanto più che nell'attuale disciplina societaria l'esercizio dell'azione sociale di responsabilità in caso di *mala gestio* imputabile agli organi della società non è più monopolio dell'assemblea dei soci, ma può essere proposta anche da una minoranza qualificata ai sensi dell'art. 2393 *bis* c.c. e anche da ciascun socio nel caso di società a responsabilità limitata: cfr. Cass., sez. un., ord., 19 dicembre 2009, n. 26806, cit.

5.2. AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI E REGIME DEI CONTROLLI «ESTERNI»: PROFILI RICOSTRUTTIVI

Sempre in ordine al regime dei controlli, ancorché in una prospettiva parzialmente differente, vale la pena rivolgere un cenno al ruolo svolto dalle diverse autorità indipendenti nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Non è ovviamente possibile dar conto, in questa sede, delle molteplici forme di controllo attribuite alle diverse autorità indipendenti rilevanti nell'ambito del settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Nondimeno, rispetto ai fini che qui ci si propongono, è sufficiente richiamarne brevemente due: l'Autorità garante della concorrenza e del mercato¹¹⁸ e, per quanto concerne le società quotate, la Consob.

Con riferimento all'Autorità garante, contorni emblematici della posizione di assoluto rilievo progressivamente assunta assume quanto recentemente previsto dall'articolo 35 del decreto legge n. 201/2011.

Secondo tale previsione, infatti, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato è legittimata ad agire in giudizio contro gli atti amministrativi generali, i regolamenti ed i provvedimenti di qualsiasi amministrazione pubblica che violino le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato se ritiene che una pubblica amministrazione abbia emanato un atto in violazione delle norme a tutela della concorrenza e del mercato, emette un parere motivato, nel quale indica gli specifici profili delle violazioni riscontrate.

Se la pubblica amministrazione non si conforma nei sessanta giorni successivi alla comunicazione del parere, l'Autorità può presentare, tramite l'Avvocatura dello Stato, il ricorso entro i successivi trenta giorni.

Ancora, come già evidenziato in precedenza, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'articolo 4 della legge n. 148/2011, relativamente agli enti territoriali con popolazione superiore a 10.000 abitanti, la delibera di cui al comma 2 del medesimo articolo è adottata

¹¹⁸ Al riguardo, si legga M. CLARICH, *I nuovi poteri affidati all'antitrust*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 115 ss. che osserva, con riferimento al decreto legge n. 201/2011 che tale intervento normativo «[...] segna un passo avanti nella promozione della concorrenza nel nostro ordinamento, ma per non alterare equilibri istituzionali delicati, l'Autorità dovrà fare un uso prudente dei nuovi poteri».

previo parere obbligatorio dell'Autorità. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato si pronuncia entro sessanta giorni, sulla base dell'istruttoria svolta dall'ente di governo locale dell'ambito o del bacino o in sua assenza dall'ente locale, in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva e alla correttezza della scelta eventuale di procedere all'affidamento simultaneo con gara di una pluralità di servizi pubblici locali¹¹⁹.

Di rilievo, a conferma della pluralità, del «prisma», dei soggetti che più o meno direttamente sono chiamati a svolgere funzioni di controllo nel settore, risultano anche i compiti svolti dalla Commissione Nazionale per le Società e la Borsa di cui alla legge 7 giugno 1974 n. 216, autorità amministrativa indipendente dotata di personalità giuridica e piena autonomia, la cui attività è rivolta alla tutela degli investitori, all'efficienza, alla trasparenza e allo sviluppo del mercato mobiliare italiano.

Pur non svolgendo direttamente compiti di controllo in tema di servizi pubblici locali, infatti, è appena il caso di segnalare che le società quotate nei mercati regolamentati che gestiscono servizi pubblici locali di rilevanza economica sono soggette alle funzioni regolatorie della Consob.

Ciò in quanto, tra l'altro, tale autorità amministrativa regola gli obblighi informativi delle società quotate e le operazioni di appello al pubblico risparmio, vigila sulla trasparenza e l'ordinato svolgimento delle negoziazioni, sanziona i soggetti vigilati, controlla le informazioni fornite al mercato dai soggetti che fanno appello al pubblico risparmio nonché le informazioni contenute nei documenti contabili delle società quotate, accerta eventuali andamenti anomali delle contrattazioni su titoli quotati e compie ogni altro atto di verifica di violazioni delle norme in materia di abuso di informazioni privilegiate (*insider trading*) e di

¹¹⁹ Vale la pena segnalare altresì che, nel regime previgente definito dall'articolo 23 *bis* della legge n. 133/2008 s.m.i., poi abrogato in sede referendaria, si prevedeva che gli enti locali intenzionati a procedere ad affidamenti senza gara, cioè attraverso soluzioni cosiddette *in house* dovessero richiedere un parere preventivo all'Autorità Garante. Al riguardo, è da evidenziare che l'Autorità non risultava particolarmente generosa nel rilasciare pareri favorevoli allo svolgimento di servizi pubblici locali secondo la modalità in deroga. Quasi sempre, rispetto ai casi sottoposti al suo giudizio, ha ritenuto non dimostrata dall'ente interessato quelle situazioni che portano ad escludere un mercato di riferimento per il settore economico. In pochi casi, invece, si è espressa favorevolmente, ma solo perché il valore del servizio che si intendeva gestire attraverso un affidamento *in house* appariva molto modesto.

manipolazione del mercato, comunica con gli operatori e il pubblico degli investitori per un più efficace svolgimento dei suoi compiti e per lo sviluppo della cultura finanziaria dei risparmiatori.

Quanto evidenziato, pur trattandosi di meri cenni, conferma ulteriormente la natura poliedrica e, per certi aspetti, «cacofonica» del quadro regolatorio e del sistema dei controlli in tema di società pubbliche per la gestione dei servizi pubblici locali; ennesima dimostrazione, questa, del carattere frammentario e disorganico del relativo regime giuridico.

6. ALCUNE CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE: IL REGIME GIURIDICO DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA TRA «INNOVAZIONI» E «CONTRADDIZIONI»

La ricostruzione e l'analisi condotte fino ad ora consentono di svolgere due brevi considerazioni conclusive.

In primo luogo, ad avviso di chi scrive, si può affermare che, da alcuni anni, il legislatore italiano pare all'affannosa ricerca di un nuovo statuto giuridico da fornire ai servizi pubblici locali di rilevanza economica¹²⁰.

Come si è visto, i tentativi sono stati numerosi nell'ultimo decennio e hanno provato a definire gli aspetti generali di un ambito così rilevante per il governo locale; tentativi che, invero, si sono intrecciati con interventi settoriali imposti spesso dalle istituzioni comunitarie, come per il servizio elettrico (decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79) e per il gas naturale (decreto legislativo n. 164/2000) nonché, per altro verso, con scelte legislative compiute dalle regioni nei rispettivi ambiti di competenza.

Non solo: il regime dei servizi pubblici locali ha subito ripensamenti governativi, interventi correttivi da parte del Giudice delle leggi e persino una consultazione referendaria tenutesi nel giugno 2011.

Tutto ciò, fatalmente, è fonte di instabilità del sistema; instabilità che, peraltro, si è riflessa soprattutto sugli assetti gestionali esistenti, sulle politiche di sviluppo e organizzazione seguite dagli enti titolari e dagli operatori economici come pure, in generale, sul funzionamento dei relativi mercati di riferimento.

In generale, la causa di tale turbolenza - innanzitutto normativa, ma inevitabilmente anche istituzionale e gestionale - sembra riconducibile alla difficoltà per il legislatore di trovare un punto di equilibrio tra contrapposte categorie concettuali che oggi condizionano la definizione del quadro giuridico da applicare ai servizi pubblici locali; contrapposizioni che riguardano, prima di ogni altra cosa, il confronto tra

¹²⁰ Le considerazioni che seguono sono riprese dal contributo di G. PIPERATA, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 122 ss.

politica ed economia, Stato e mercato, pubblico e privato, autonomia e libertà, regolazione e gestione, e via dicendo.

Occorre ancora rammentare, poi, come non risulta facile dischiudere alla concorrenza settori economici per lungo tempo chiusi all'interno del monopolio pubblico, anche alla luce delle naturali resistenze da parte di alcuni degli attori destinatari degli effetti potenzialmente negativi del cambiamento¹²¹.

Tutti gli ultimi interventi legislativi in materia, inoltre, hanno confermato il concetto di servizio pubblico locale così come si è formato nella tradizione amministrativistica italiana, a partire dal relativo modello di governo incentrato sul ruolo dell'ente locale; al contempo, però, soprattutto sul piano gestionale e organizzativo, sono stati posti numerosi limiti al potere di intervento dell'ente locale, mentre molte scelte di governo sono state spostate in circuiti decisionali differenti da quelli propri dell'autonomia locale.

Infine, come si è evidenziato, bisogna riconoscere la progressiva emersione in sede ordinamentale della figura unitariamente intesa, ancorché ancora tutta da definire nei relativi tratti qualificanti, delle cd. *multi-utilities*, soprattutto quelle quotate nei mercati regolamentati, alla luce dei processi di riorganizzazione territoriale e, addirittura, di fusione societaria prospettati di recente nel quadro delle politiche pubbliche volte a contenere gli effetti delle dinamiche recessive in essere.

Se così è, si ricava l'impressione, osservando le linee di riforma del settore, che il legislatore stia tentando di innestare sul tradizionale sistema giuridico del servizio pubblico locale un nuovo modello di organizzazione di servizi prestazionali; da un lato, infatti, si afferma nuovamente la titolarità comunale dei servizi e la conseguente responsabilità; dall'altro, però, si registra la fortissima tendenza a spostare verso i soggetti privati tutte le dinamiche gestionali ed in sedi differenti quelle propriamente regolatorie e gestionali.

Il che, almeno in parte, spiega le contraddizioni interne ed esterne dei recenti interventi riformatori, con conseguente indebolimento di questi ultimi.

¹²¹ Al riguardo, tra gli altri, G. NAPOLITANO, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Econ. serv.*, 2010, 437 ss.

Quello di servizio pubblico locale, infatti, è un concetto che ha attraversato la storia dell'amministrazione pubblica italiana e, ancora oggi, le attività in cui lo stesso si sostanzia occupano un ruolo significativo nei sistemi di governo e di azione dei pubblici poteri.

Il contesto socio economico di riferimento, però, si caratterizza oggi per una serie di trasformazioni legate alla tecnica, ai mercati, alla società ed alle istituzioni che impongono di rivedere il ruolo spettante al pubblico, di aprire la gestione di tali attività ad altre logiche e leggi diverse da quelle del monopolio pubblico e di riscrivere i rapporti tra autonomia locale e iniziativa economica privata.

Sono trasformazioni profonde, che forse mettono in discussione dalle fondamenta il concetto stesso di servizio pubblico locale e davanti alle quali il legislatore non può non interrogarsi sulla sua attualità, anche nella prospettiva di restituire maggiori certezze agli operatori economici interessati, sempre più attori fondamentali nell'ambito delle dinamiche di crescita e sviluppo dei diversi sistemi territoriali.

La seconda considerazione conclusiva risulta strettamente correlata alla prima.

Come è stato evidenziato, infatti, «nel suo insieme il sistema dei servizi pubblici locali rimane ancora sospeso in una *impasse* tra il nuovo che ancora stenta ad avviarsi, il passato che è alle spalle e una larga area segnata dai regimi (più o meno) transitori. Naturalmente ogni settore ha la sua storia particolare, ma alcune contraddizioni non solo sono endemiche e generalizzate, ma non sembrano facilmente superabili. Tra queste, fatalmente, la maggiore sembra risiedere nel fatto che non sono facilmente conciliabili i vincoli, e i limiti, del mercato rilevante nonché i vincoli, e i limiti, della separazione tra titolarità e gestione da un lato, e il fatto che la legittimazione degli enti territoriali (non solo) in Italia è in larga parte ancora dipendente proprio dai servizi pubblici locali e dal loro funzionamento»¹²².

Al contempo, però, i processi di privatizzazione e/o liberalizzazione *nel* o *per* il mercato hanno attivato una visibile «cattura» del regolatore a partire dallo stesso legislatore; il che, naturalmente, è avvenuto ed avviene attraverso la configurazione di abbozzi di discipline innovative ampiamente ridimensionate dai regimi transitori,

¹²² M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit.

con ricadute tutto sommato modeste sulla qualità e la quantità dei servizi effettivamente erogati¹²³.

«Se le cose stanno in questi termini, c'è seriamente da chiedersi se in parallelo alla precisazione del se e quanto di mercato non sia consigliabile dedicarsi *anche* alla ridefinizione, e al miglioramento ricostruzione, del pubblico. [...]. E' evidente che, giunti a questo punto, non c'è alcun rischio di impensabili ritorni al passato, sia per le giuste scelte di fondo e di principio sia per ragioni del tutto pratiche, come le dismissioni già operate o le scelte finanziarie (dall'uso delle risorse alla quotazione in borsa) nel frattempo maturate»¹²⁴.

Ecco perché, soprattutto in vista di un periodo transitorio che si preannuncia non breve anche a fronte del lento maturare di complesse e necessarie condizioni regolative, finanziarie ed economiche, è arrivato il momento di dedicarsi alla messa a punto di migliori condizioni di regolazione e funzionamento dei soggetti pubblici, in tutti i ruoli dai medesimi giocati¹²⁵.

«Ritornano così i temi della efficienza dell'impresa pubblica, del ruolo giocabile dagli ambiti sovrapubblici e dalla integrazione tra settori, di più forti poteri di regolazione e di controllo nell'interesse pubblico sia riferiti *ex ante* al procedimento di affidamento del servizio che alle verifiche *ex post* anche per opera di sedi appositamente dedicate, dei presupposti e delle modalità di esternalizzazione, della tutela del mercato dalla impropria utilizzazione dei privilegi da parte dei soggetti pubblici, di più adeguate forme di *governance* in particolare tra enti locali e società quotate»¹²⁶.

In vista della ridefinizione dei contorni del regime giuridico dei servizi pubblici di rilevanza economica, è questa la sfida cui sono attesi legislatore, giudici, interpreti nonché, naturalmente, attori pubblici e operatori privati.

Altrimenti, «nel quadro attuale, caratterizzato dall'acquisita e provvisoria centralità delle miste e dall'incerta residualità delle *in house*», il rischio è che le società a

¹²³ Al riguardo, si cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, a cura di E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, cit., 515 ss.

¹²⁴ Così, ancora, M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit.

¹²⁵ G. NAPOLITANO, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Econ. serv.*, 2010, 437 ss.

¹²⁶ M. CAMMELLI, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit.

partecipazione pubblica continuano a vagare «[...] per il regno di Logres, come il Cavaliere verde o come Parsifal, in un'apparente ricerca del Graal e nella sola consapevolezza dell'incertezza del futuro. Loro, degli enti territoriali e degli utenti»¹²⁷.

¹²⁷ Così, ancorché con riferimento alle società a partecipazione pubblica in generale, M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica degli enti territoriali: va il Cavaliere per il regno di Logres*, cit., 12.

HerAcademy predispone contributi originali su temi di interesse del Gruppo con la collaborazione del Centro di Ricerca Interuniversitario per i Servizi di Pubblica Utilità (CRISP).

Il lavoro pubblicato riflette esclusivamente le opinioni degli autori, senza impegnare la responsabilità del Gruppo Hera.



www.gruppohera.it/heracademy

*coordinamento generale progetto
e cura redazionale:*

Direzione Centrale Personale e Organizzazione
in collaborazione con il Comitato Scientifico di HerAcademy
heracademy@gruppohera.it

hanno contribuito

Direzione Centrale Relazioni Esterne