



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto amministrativo 1

**LA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI
DI RILEVANZA ECONOMICA TRA DIMENSIONE
CONCORRENZIALE E PUBBLICISTICA**

Chiar.mo Prof. Aldo Sandulli

RELATORE

Chiar.mo Prof. Bernardo Giorgio Mattarella

CORRELATORE

Livio Avallone

Matricola n. 162723

CANDIDATO

Anno accademico 2023/2024

INDICE

Introduzione.....	4
-------------------	---

CAPITOLO I

Evoluzione dei servizi pubblici locali tra incertezze e pluralità di centri normativi

1. L'origine del servizio pubblico.....	7
2. Dalla municipalizzazione di Giolitti alla riforma del 1990.....	20
3. Dalla spinta europea alla concorrenza all'arresto referendario.....	40
4. La stabilizzazione dei principi e il primo tentativo di Testo Unico.....	59
5. Il PNRR e la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021.....	65
6. L'attuazione della delega.....	67

CAPITOLO II

Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce del D. Lgs. n. 201/2022

1. Istituzione del servizio.....	73
1.1. Gradazione delle misure a salvaguardia della concorrenza.....	73
1.2. Principio di separazione tra titolarità e gestione come concezione soggettiva temperata.....	88
1.3. Compromesso nella tipizzazione delle forme di gestione.....	90
1.4. Autonomia e funzionalizzazione delle reti.....	94
2. Affidamento del servizio.....	100
2.1. Il rapporto tra esternalizzazione e affidamento diretto.....	100
2.2. Gli spazi del Terzo settore.....	124
3. Elementi del rapporto di pubblico servizio.....	132
3.1. Il contratto di servizio.....	133
3.2. Le tariffe e il loro aggiornamento.....	135
3.3. Le vicende del rapporto.....	138
3.4. Obblighi di trasparenza e di pubblicazione.....	145

CAPITOLO III

Il rapporto ambivalente tra il fine dei servizi pubblici locali e la ricerca della concorrenza

1. Fine del servizio pubblico come possibile elemento definitorio	147
2. Il mutamento di prospettiva valoriale	154
3. I temi sulla sussidiarietà	164
4. L'ambiguità della concorrenza	169
5. Servizio universale: il futuro del servizio pubblico?	175
Conclusioni.....	183
Bibliografia.....	186

Introduzione

Il presente lavoro ha ad oggetto i servizi pubblici locali di rilevanza economica, e più precisamente il rapporto che esprimono tra la concorrenzialità e l'ambito pubblicistico. Il tema è in effetti solo una delle possibili sfaccettature con le quali affrontare il fenomeno giuridico in questione, perché sono un crocevia di diverse discipline e di molteplici ambiti del diritto. Essi, infatti, sono fortemente influenzati da posizioni politiche, non solo nell'applicazione pratica della disciplina, di cui è incaricata l'amministrazione con la sua discrezionalità, ma anche nelle scelte legislative a monte che riguardano l'intero disegno dell'organizzazione e dello spazio entro cui l'organizzazione può muoversi, nonché nella ragione genetica del servizio pubblico locale, nato proprio per accogliere le istanze di un'ampia parte della popolazione cittadina¹. Non manca, però, anche un confronto con l'analisi economica del fenomeno², poiché sono prestazioni che rinvengono uno dei loro tratti identificativi nell'avere potenzialmente un proprio mercato³; l'intervento della scienza economica si sostanzia prima di tutto nella ricerca della massima efficienza delle erogazioni, con considerazioni che possono avere ricadute anche sulle scelte dell'ambito a cui attribuire l'organizzazione del servizio, in ottemperanza alle prescrizioni di sussidiarietà verticale di cui all'art. 118, comma 1 Cost.⁴. Non bisogna però ritenere che siano separabili le ragioni giuridiche, economiche, e politiche delle varie discipline che si sono avvicinate per regolare la materia, poiché ognuna è al contempo causa e conseguenza delle altre, e al più si possono riscontrare linee di tendenza generale che, come si vedrà anche in relazione alla situazione odierna, non assicurano comunque una piena coerenza e rischiano spesso, anzi, di creare dubbi applicativi⁵.

¹ C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Giustamm*, n. 12/2011, Editoriale Scientifica, Napoli; A.M. RUM, *Il servizio pubblico: nozione, ricostruzione storica, evoluzione*, in *Il diritto amministrativo*, Anno XVII – n. 03 – Marzo 2025, Catania

² A. TRAVI, *Le liberalizzazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fascicolo 3|1998, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 645-654

³ Corte cost., 17 novembre 2010, sent. n. 325; Corte cost., 15 giugno 2011, sent. n. 187

⁴ S. MANGIAMELI, *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, Relazione al Convegno dal titolo "*Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*" (Urbino 9-10 novembre 2006), in Astrid, Engitel (server), Milano; Corte cost., 24 luglio 2009, sent. n. 246

⁵ Come accade per la motivazione dell'affidamento della gestione del servizio pubblico locale a società *in house*. Esso, infatti, come si vedrà, richiede giustificazioni più ampie, e rappresenta quindi un vincolo più stringente, nel decreto di riforma dei servizi pubblici locali del 2022 rispetto a quanto sia previsto nel nuovo Codice dei contratti pubblici nel 2023.

Come detto, oltre a un intreccio multidisciplinare, ne esiste un altro multisetoriale tra branche del diritto. L'assetto dei servizi pubblici locali, infatti, non può non tenere in considerazione l'ordinamento dell'Unione europea, che ormai ha un'importanza paritaria, se non a tratti maggiore, nella materia, rispetto al diritto nazionale⁶. Essa infatti svolge da ormai circa trent'anni riflessioni in merito a quelli dalla stessa definiti servizi di interesse economico generale, e la pervasività della produzione prima dal carattere di *soft law* e poi giuridico tocca tutti i punti nevralgici della materia, sia a livello sistemico che più di dettaglio⁷.

La struttura della tesi si articolerà in tre capitoli.

Nel primo si passerà in rassegna l'evoluzione normativa dei servizi pubblici locali. L'esame dapprima analizzerà le soluzioni che altri Stati hanno trovato rispetto ai problemi sociali conseguenti alla grande urbanizzazione della fine del XIX secolo. Successivamente sarà condotta una disamina delle varie discipline succedutesi dal 1903, anno della prima legge sull'«assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni»⁸, fino all'attuale d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201⁹. Nell'analisi diacronica saranno esaminate nel dettaglio soltanto quelle disposizioni attinenti al tema principale del presente lavoro, che è uno dei parametri interpretativi tramite il quale leggere la successione normativa.

Il secondo capitolo entrerà nel dettaglio degli istituti della disciplina attualmente vigente. Essa infatti racchiude istituti e soluzioni parzialmente innovativi che danno una

⁶ C. VOLPE, *Servizi pubblici locali*, in *Giustamm.*, n. 7/2012, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 1-3; V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Fascicolo 4/2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2900-2910

⁷ Tra gli atti di *soft law* più rilevanti Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa*, 11 settembre 1996, COM(96) 443 def.; Relazione al Consiglio europeo di Laeken, *Servizi di interesse generale*, 17 ottobre 2001, COM(2001) 598 def.; *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 def.; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni che accompagna la Comunicazione “*Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo*”, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 20 novembre 2007, COM(2007), 725 def.; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa*, 20 dicembre 2011, COM(2011) 900 def.; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*, 8 maggio 2012, COM(2012) 209 final; Comunicazione della Commissione, *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale*, 19 aprile 2021, C(2021) 2594 final. Sulla disciplina vincolante ci si concentrerà in corso di trattazione.

⁸ L. 29 marzo 1903, n. 103

⁹ Il decreto è per l'appunto rubricato «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» ed è attuazione della delega contenuta nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (l. 5 agosto 2022, n. 118).

chiave di lettura importante delle intenzioni del legislatore e del suo approccio alla materia¹⁰. Ci sarà inoltre un confronto, con riguardo ad alcuni singoli istituti, del d.lgs. con normative necessariamente complementari, come il nuovo Codice dei contratti pubblici¹¹ e il Testo unico delle società partecipate¹², imprescindibili per avere una visione d'insieme dei mezzi del servizio pubblico locale¹³.

Il terzo capitolo, infine, ha il compito di operare una sintesi e stimolare riflessioni su temi di indubbia rilevanza per il servizio pubblico locale, poiché sono alla base della sua conformazione giuridica attuale, la quale non è neutra, ma frutto di importanti decisioni politico-economiche attinenti proprio al rapporto tra pubblicità e concorrenzialità, e più in generale al ruolo dello Stato nell'economia¹⁴.

¹⁰ Come la procedimentalizzazione nell'istituzione di un servizio pubblico, un approccio che sarà analizzato nel dettaglio e di cui sarà evidenziata sia la novità che la *ratio* sottostante.

¹¹ D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

¹² D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175

¹³ Ciò vale, come si vedrà, soprattutto per avere una disciplina complessiva delle forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, le quali sono affrontate da ognuno dei testi legislativi da uno specifico punto di vista. Per una prima parziale riflessione sul punto, seppur antecedente all'odierno decreto legislativo di riordino della disciplina dei suddetti servizi M. PASSALACQUA, *Le aporie delle forme di gestione dei servizi pubblici locali nel TU partecipate: organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza*, in *I servizi pubblici: vecchi problemi e nuove regole*, a cura di M. AMMANNATI, R. CAFARI PANICO, Giappichelli, Torino, 2019, p. 4

¹⁴ F. MARCONI, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021, Roma, p. 39-45

CAPITOLO I

Evoluzione dei servizi pubblici locali tra incertezze e pluralità di centri normativi

SOMMARIO: 1. L'origine del servizio pubblico – 2. Dalla municipalizzazione di Giolitti alla riforma del 1990 – 3. Dalla spinta europea alla concorrenza all'arresto referendario – 4. La stabilizzazione dei principi e il primo tentativo di Testo Unico – 5. Il PNRR e la Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 – 6. L'attuazione della delega

1. L'origine del servizio pubblico.

Il servizio pubblico, per come è ormai d'abitudine concepirlo, non nasce all'origine già con un'apposita disciplina ma, anzi, è il frutto di numerose vicissitudini normative e giurisprudenziali, nonché di una prassi che ha spesso anticipato la positivizzazione delle nuove esigenze emerse, almeno fino agli ultimi anni. Non è, a dirla tutta, nemmeno all'ordinamento italiano che è necessario guardare per rintracciare l'origine del fenomeno, ma bisogna rivolgersi altrove.

Nei primi decenni del XIX secolo l'Europa ha vissuto un rapido sviluppo grazie a quella serie di innovazioni tecnologiche oggi ricomprese nella nozione di “seconda rivoluzione industriale” che, tra le innumerevoli conseguenze, ha avuto quella di indurre una numerosa porzione della popolazione a trasferirsi dalle campagne alla città per cercare migliori opportunità di lavoro data la presenza dei grandi stabilimenti industriali; ciò ha aumentato la densità abitativa e reso ancora più urgenti quei bisogni collettivi che già si manifestavano per la possibilità tecnologica di essere soddisfatti, come l'illuminazione pubblica o l'erogazione di acqua potabile nelle fontane pubbliche e nelle abitazioni private e che, gradualmente, sono divenute oggetto di richiesta dalle masse politicamente organizzate¹⁵. Non bisogna però dimenticarsi che per altri servizi, di cui si parlerà *infra* e le cui necessità si erano già manifestate, gli

¹⁵ F. RUGGE, *I regimi delle città. Il governo municipale in Europa tra '800 e '900*, Franco Angeli, Milano, 1992, p. 21-26; G. GALASSO, *Storia d'Europa*, Laterza, Bari, 2005, p. 492-498; Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul disegno di legge presentato dal Ministro dell'Interno Giolitti sulla municipalizzazione dei pubblici servizi (seduta 23 maggio 1902), in *Collezione legislativa ANIDEL, serie atti e discussioni parlamentari; Disposizioni legislative e lavori preparatori della l. 29 marzo 1903, n. 103*, Anidel, Roma, 1961, p. 44

ordinamenti avevano già trovato delle soluzioni che soddisfacessero determinati interessi come l'igiene pubblica o la pubblica sicurezza.

Il primo Stato in cui si evidenzia la prima organizzazione dei servizi pubblici è quello all'epoca più avanzato industrialmente, e quindi quello in cui le esigenze di cui si è detto e le relative conseguenze si sono manifestate per prime: l'Inghilterra vittoriana¹⁶.

Fino ad allora il compito di rispondere alle esigenze collettive era affidato a Compagnie private che, però, non adempivano in modo efficace il loro compito con ricadute in termini di crescente tensione sociale¹⁷. L'insoddisfazione delle masse presto si è data un'organizzazione politica in senso socialista, ma con un profilo particolare. A Londra, infatti, nel 1838 è nata la "Fabian Society" e il relativo movimento, detto "Fabianesimo" o "Fabianismo", che portava avanti un'ideale non violento e antimarxista che ambiva alla salita alla guida del Paese della classe operaia con mezzi, al contrario dei socialisti rivoluzionari, costituzionali e democratici: da qui il riferimento a Fabio Massimo, il generale romano detto "*cunctator*" perché preferiva l'attesa allo scontro frontale¹⁸. Il risultato di questa pressione è stata l'assunzione da parte delle amministrazioni locali di un esercizio diretto dei più rilevanti servizi pubblici, soprattutto quelli relativi all'ambito igienico-sanitario, ma poi ampiamente esteso, con una legislazione che si è sviluppata a partire dal 1835¹⁹ fino 1894²⁰ e che ha portato a una massiccia presenza pubblica soprattutto nei settori del gas, idrico, tranviario ed elettrico, pur non rinunciando mai a una minima presenza di aziende private²¹.

Un altro Stato che è arrivato prima dell'Italia allo sviluppo dei servizi pubblici, in particolare sotto forma di municipalizzazioni, e che l'ha influenzata fortemente, è stata la Francia. Anche qui l'autonomia della Comune era un obiettivo dell'ormai

¹⁶ G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enciclopedia del diritto – Volume XXVII*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1977, p. 365

¹⁷ G. BOZZI, *Municipalizzazione*, cit., p. 365

¹⁸ M. MENGHINI, *Fabianismo*, in *Enciclopedia Italiana*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1932

¹⁹ Con il *Municipal Corporation Act* a cui seguirono centinaia di *Local Improvement Acts*, tutti poi riuniti nel *Public Health Act* del 1875, con un progressivo intensificarsi di politiche socialiste descritto da S. WEBB, *Socialism in England*, in *Publications of American Economic Association*, vol. 4, n. 2, 1889, p. 124-135

²⁰ E.R. PEASE, *The history of the Fabian Society*, E.P. Dutton & Company, New York, p. 37-53

²¹ FOREMAN-PECK, JAMES, and ROBERT MILLWARD, 'Explaining the Shift to Public Ownership at the Local Level: The Halcyon Days of Municipal Ownership 1870–1920', *Public and Private Ownership of British Industry 1820–1990* (Oxford, 1994; online edn, Oxford Academic, 3 Oct. 2011), p. 162 ss.

organizzato Partito socialista che, al termine del suo Congresso a Le Havre nel 1880, l'ha reclamata soprattutto in ordine all'amministrazione interna e ai poteri di polizia tramite il Programma del Parti Ouvrier, scritto dai leader del movimento operaio francese Guesde e Lafargue insieme a Marx ed Engels²². Con la «*Charte municipale*» del 1884, ispirata agli originari ideali rivoluzionari liberali, si sono assegnati ai Comuni alcuni ambiti d'azione, coinvolti nel dibattito tra originalità di essi o derivazione statale, soprattutto in materia di polizia municipale alla cui guida era il Sindaco, che hanno dato vita alla nozione giuridico-pubblicistica di “*intèrêt local*”²³. I poteri che ne sono derivati potevano spingersi fino a una notevole intensità, avendo come giustificazione interessi di igiene pubblica, sicurezza, ma in taluni casi anche conformazione economica²⁴, con la conseguenza di una restrizione di attività fino ad assetti monopolistici.

Ai Comuni francesi, e più specificamente al Sindaco, erano stati assegnati poteri in ordine all'igiene e alla polizia già dalla l. 16-24 agosto 1790, poi confermati dalla legge comunale e provinciale 5 aprile 1884, ma l'elenco era letto unanimemente dalla giurisprudenza come esemplificativo, per cui i poteri potevano rivelarsi molto incisivi ed eterogenei²⁵. La giurisprudenza però escludeva la legittimità di monopoli comunali di diritto estesi a ogni forma di attività, salvo se stabiliti per legge, poiché contrari alla libertà di iniziativa economica di derivazione rivoluzionaria e sancita nella l. 2-17 marzo 1791, il che, tuttavia, non impediva la concessione esclusiva di beni pubblici²⁶. Il problema sorgeva però nella diversa pertinenza dei beni pubblici, e in particolare delle strade, necessaria a una pluralità di servizi; esse infatti erano in parte appartenenti al demanio comunale, ma concorrevano con strade che invece appartenevano alla competenza dei dipartimenti o dello Stato, che non erano vincolate dalle esclusive concesse dai Comuni²⁷. La situazione ha però subito una svolta quando la giurisprudenza ha iniziato a distinguere il piano economico della concessione in sé

²² B.H. MOSS, *The origins of the French Labour Movement 1830-1914: the socialism of skilled workers*, University of California Press, London, 1976, p. 71; G. Bozzi, *Municipalizzazione*, cit., p. 365; <https://www.marxists.org/italiano/marx-engels/1880/5/programma.htm>

²³ J. M. BERLIÈRE, *Les pouvoirs de police, attributs du pouvoir municipal ou de l'Etat?*, in Jean Jaurès. *Cahiers trimestriels*, 1998, par. 76-96

²⁴ Per esempio nei mercati pubblici.

²⁵ M. HAURIU, *Précis de droit administratif*, L. Larose & Forcel, 1893, p. 318

²⁶ Cons. d'État, 17 novembre 1882

²⁷ Cons. d'État, 12 giugno 1891

da quello della gestione comunale: il Comune infatti, è affidatario di funzioni di tutela dell'ordine pubblico e dell'igiene nell'intero territorio comunale a prescindere dalla pertinenza delle strade e, in genere, dei beni pubblici, e tali compiti dalla stessa legge del 1791 sono considerati preminenti sulle considerazioni economiche, cosicché può ben accadere che sorgano monopoli comunali, ma essi lo sono di fatto e sono legittimi purché sia effettivamente perseguito l'interesse pubblico²⁸. A conferma di questa lettura funzionale al miglior impiego dei beni pubblici, e non alla convenienza dell'attività dell'eventuale monopolista, vi è quella giurisprudenza amministrativa che non ammette una revoca delle concessioni già presenti se non per giustificati motivi che interessano il bene in sé, e che risultano in ragioni necessariamente ancor più intense del diniego *ab initio* di un'ammissione dell'operatore al mercato²⁹. La legge del 1884 prevedeva, nell'ottica di funzionamento del rapporto concessorio, che il Comune potesse avere, tra le sue entrate, quelle rappresentanti un corrispettivo di un uso speciale dei beni ammesso per i privati, come quelle «*produit des permis de stationnement et des locations sur le voie publique*»³⁰. Esse erano in stretta relazione con la struttura dei rapporti, che potevano sorgere o tramite una vera e propria concessione, letta nell'ottica e con tutte le garanzie di un accordo contrattuale³¹, o con *permis de voirie*, provvedimenti unilaterali del Sindaco che, però, nella sostanza, mantenevano la disciplina delle obbligazioni delle parti, ma non avevano la stessa intangibilità del contratto poiché potevano esser revocati con la sola considerazione dell'interesse generale, e perciò sono cominciat a cadere in disuso³². La preferenza per le concessioni si è sviluppata anche perché gli obblighi corrispettivi rispecchiavano meglio la situazione che si era venuta a creare, in cui non era più solo l'imprenditore privato che aveva interesse nell'esercizio dell'attività per i suoi fini, perseguibili purché non in contrasto con l'interesse pubblico, ma proprio per la soddisfazione di questo veniva riconosciuta dalla giurisprudenza la necessità che le imprese concessionarie avessero il diritto di esclusiva, e quindi l'obbligo contrattuale del

²⁸ Cons. d'État, 7 dicembre 1888; Cons. d'État, Assemblée du contentieux, 21-27 giugno 1893

²⁹ Cons. d'État, 19 maggio 1889

³⁰ Art. 116

³¹ Cour de Cassation, 25 luglio 1882

³² G. FONDERICO, *La formazione dei monopoli comunali in Francia*, in *Munus* 2/2011, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 482-483

Comune di assicurarla, configurando così un monopolio di fatto³³. Da qui poi è stato facile per la giurisprudenza e per la dottrina stabilizzare l'interesse pubblico come il vero fondamento dei monopoli comunali di fatto, scegliendo l'interpretazione conveniente alle imprese concessionarie delle strade comunali che potevano così estendere la loro esclusiva anche ai tratti dipartimentali e, in seguito, formare imprese concessionarie riservatarie *multiutilities*³⁴, distaccandosi dal legame concettuale col bene pubblico, mentre, con la stessa operazione, ci si ancorava al nascente concetto di servizio pubblico locale³⁵.

Un ordinamento che invece era molto diverso da quello italiano e che è arrivato a un sistema differente ma molto studiato, soprattutto per il suo esito di stampo regolatorio, è stato quello statunitense. Nel suddetto ordinamento, infatti, le suddivisioni territoriali hanno una storia assai diversa da quella italiana ed essa ha fortemente condizionato il senso in cui ad oggi i poteri comunali derivano dalla legge³⁶. Non si può isolare questa storia da quella da cui l'ordinamento americano deriva, cioè da quella inglese, con cui l'ordinamento giuridico si è, fin dai primi tempi dopo la Dichiarazione di Indipendenza, posto in un'ideale continuità³⁷. Nell'ordinamento inglese le «*corporations*» erano un'eredità feudale, uno *status* concesso a determinate collettività per esimersi, o, meglio, rimodulare conformemente alle proprie esigenze gli obblighi feudali insistenti sulle proprietà fondiari e sui commerci che impedivano un adeguato sviluppo dell'emergente classe borghese³⁸. Gli strumenti per conferire tali qualità erano le *charters*, veri e propri accordi contrattuali nella loro funzionalità che, nel tempo, si sono arricchiti di diversi contenuti anche parecchio eterogenei, poiché rientranti in ambo quelli che oggi è d'uso comune separare come ambito pubblicistico e privatistico, dato che concernevano per lo più diritti proprietari sulla terra e relativi poteri di amministrazione della stessa³⁹. Le *charters* di incorporazione, però, erano strumenti individuali e discrezionali e non erano presenti a conferire poteri a realtà locali divenute, alla fine del XVII secolo,

³³ Cons. d'État, 29 marzo 1895

³⁴ Revue des deux mondes 15 mai 1873, 1 sept. 1884

³⁵ G. FONDERICO, *La formazione*, cit., p. 493-496

³⁶ C. S. RHYNE, *The Law of Local Government Operations*, Law of Local Government Operations Project, Washington D.C., 1980, p. 50-51

³⁷ V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 320

³⁸ M. BLOCH, *La società feudale*, Einaudi, Torino, 1949, p. 353-354

³⁹ F. W. MAITLAND, *Township and Borough*, The University Press, Cambridge, 1898, p. 30

molto più rilevanti, come le contee e le parrocchie, che, in assenza di tali assegnazioni, non potevano esercitare funzioni di governo del territorio, essere soggetti processuali o possedere terra come soggetti giuridici; ciò ha portato la dottrina inglese a sviluppare il concetto di «*corporations for a particular purpose*», che, senza assimilare i due tipi di realtà, permetteva che una legge del Parlamento delegasse specifici poteri ai soli amministratori delle parrocchie (e non alle parrocchie in sé)⁴⁰, ma non ancora a tutte le entità locali, come le contee⁴¹. La situazione è cambiata definitivamente, con un'uniformazione dei poteri degli enti locali, cioè delle «municipal corporations», solo nel 1835, con il Municipal Corporations Act⁴². Oltreoceano l'impianto concettuale relativo alle *corporations* si è trasferito con i coloni ma si è sviluppato diversamente a seconda degli Stati, con fenomeni differenti e rilevanti per esempio in quelli di New York e del Massachusetts.

Nel primo Stato soltanto la città di New York City aveva avuto una *charter* di incorporazione, come riconosciuto nella Costituzione statale, cosicché essa aveva una particolare tutela dalle intrusioni del governo e del legislatore newyorkese a differenza delle altre città, come riconosciuto anche dalla giurisprudenza, erede della posizione inglese sul punto; veniva infatti in gioco la *contract clause* della Costituzione federale⁴³. Tuttavia nella prima parte dell'800 la giurisprudenza ha cominciato a distinguere le *corporations* private da quelle pubbliche, ammettendo un'ingerenza legislativa nelle seconde⁴⁵ a cui l'assemblea costituente statale, riunitasi nuovamente nel 1821, ha reagito con la previsione di una maggioranza qualificata per la modifica dei diritti di «*any body politic or corporate*»⁴⁶. Le realtà locali diverse dalla città di New York, cioè le contee e i comuni, molto rilevanti a livello politico e rappresentati in Parlamento, ricavano la base giuridica delle loro funzioni da un *trust* stipulato con lo Stato, i cui amministratori (*trustee*) erano eletti dal popolo, ma dall'inizio del XIX era divenuta prassi quella di incorporarli per conferire loro personalità giuridica; la giurisprudenza newyorkese però continuava a evidenziare la differenza tra

⁴⁰ J. C. WILLIAMS, *The invention of municipal corporations: a case study in legal change*, in 34 *Am. U. L. Rev.*, Hastings, 1985, p. 385-389

⁴¹ *Russell v The Men Dwelling in the County of Devon* (1788) 2 TR 667, 100 ER 359

⁴² K. B. SMELLIE, *A History of Local Government*, Allen & Unwin, London, 1968, p. 11

⁴³ Art. 1, sez. 10

⁴⁴ J. C. WILLIAMS, *The invention of municipal corporations*, cit., p. 393-395

⁴⁵ *Trustees of Dartmouth College v Woodward* (1819) 17 US (4 Wheat) 518

⁴⁶ J. C. WILLIAMS, *The invention of municipal corporations*, cit., p. 396

l'incorporazione fatta con *charters* e con *statutes*, senza confondere i due fenomeni⁴⁷. L'espressione «*quasi corporations*», usata da alcuni giuristi per delineare la nuova situazione delle comunità non incorporate ma a cui la legge conferiva alcuni poteri, non era però accettata dalla giurisprudenza⁴⁸, che tuttavia accettava una certa personalità giuridica dell'ente⁴⁹, allargando di fatto il concetto della *corporation for a particular purpose* rispetto al diritto inglese. Questa posizione si è poi ulteriormente consolidata, superando definitivamente la costruzione teorica del *trust*⁵⁰.

Diversamente dallo Stato di New York, nel Massachusetts fin da subito le norme inglesi sull'incorporazione sono state viste come inadeguate per la nuova realtà, a cui sono stati riconosciuti poteri amministrativi derivati da leggi statali fin dal primo «Town Act» del 1636⁵¹. Vi era, anzi, una vera e propria opposizione all'incorporazione, considerata svantaggiosa a livello economico per la classe mercantile e inutile, poiché la città era già in grado di emanare i necessari provvedimenti amministrativi per la gestione del territorio (*by-laws*)⁵². A questo fine, tuttavia, continuava ad essere obbligato il riferimento al concetto giuridico di *corporations*, che però qui, fin da subito, era declinato dalla giurisprudenza come «*quasi corporation*» o «*municipal corporation*», distaccandosi dai requisiti del diritto inglese ribaditi invece dai giudici di New York⁵³, e arrivando a classificare come tali anche i distretti scolastici⁵⁴, con un allontanamento dai requisiti formali della *common law* e un approdo verso requisiti sostanziali propri di una soggettività giuridica che può esercitare autonomamente i poteri delegati dalla legge. Questi, successivamente, sono stati letti, in ottica funzionale, come accompagnati a quelli impliciti ed indispensabili a svolgere le funzioni pubbliche dell'ente⁵⁵. Entrando più nello specifico nel tema dei servizi pubblici locali, si può notare come, in genere, gli Stati americani non si erano

⁴⁷ P. BONOMI, *Local Government in Colonial New York: A Base for Republicanism*, in *Aspects of Early New York Society & Politics*, Sleepy Hollow Restoration, New York, 1974, p. 29-32

⁴⁸ *Jackson v Schoonmaker*, 2 Johns 230 (NY 1807)

⁴⁹ *Jackson v Hartwell*, 5 Johns 422 (NY 1811)

⁵⁰ *Grant v. Fancher*, 5 Cow. 309 (N.Y. 1826)

⁵¹ J. C. WILLIAMS, *The invention of municipal corporations*, cit., p. 409-412

⁵² W.C. FORD, «A Dialogue Between a Boston Man and a Country Man»: *Communication of Two Documents Protesting against the Incorporation of Boston, 1714*, in *Publications of the Colonial Society in Massachusetts*, The Society, Boston, 1906, p. 345-356

⁵³ *Stetson v. Kempton*, 13 Mass. 271 (1816); *Riddle v. Proprietors of the Locks and Canals on Merrimack River*, 7 Mass. 169 (1810)

⁵⁴ *Rumford v. Wood*, 13 Mass. 193 (1816)

⁵⁵ J.F. DILLON, *Treatise on the Law of Municipal Corporations*, James Cockcroft & Company, Chicago, 1872, p. 101-102

adeguati completamente al modello regolatorio inglese, ma, una volta giunto a termine il processo di maturazione della soggettività dei «*corporates*», senza che sussistesse una distinzione metodologica tra soggetti pubblici e privati, affidavano a questi la gestione di servizi ritenuti di pubblica utilità tramite *charters* in cui erano contrattualmente stabiliti diritti e obblighi delle parti⁵⁶, anche se un minimo nucleo di regolazione, e ancor più di supervisione, da parte di commissioni statali già esisteva⁵⁷. Questo strumento, ritenuto adatto in un primo momento di nascita dei servizi, si è cominciato a scontrare con alcuni propri difetti congeniti, come la rigidità dello strumento, sottoposto alla *contract clause* della Costituzione federale, e quindi poco esposto ai mutamenti di circostanza e di tecnologia, e le inevitabili lacune di una previsione contrattuale, oltre alla corruzione che si accompagnava alla negoziazione delle *charters*, stipulate con soggetti scelti più per la cifra che potevano offrire che per la loro effettiva adeguatezza; per rimediare a questi difetti si è perciò gradualmente scelta la soluzione di *charters* non più individuali, ma generali. Un'inadeguatezza simile, accompagnata ancora da un certo grado di corruzione, si è riscontrata nelle realtà locali che, diversamente, si sono servite dei *franchises*, simili alle concessioni e utili allo sfruttamento di infrastrutture necessarie a condizioni stabilite; anche in questo caso un provvedimento troppo lungo avrebbe irrigidito il rapporto, mentre una durata troppo breve avrebbe impedito investimenti rilevanti⁵⁸. L'esito di entrambi i percorsi è stato quello della regolazione a opera di commissioni statali, dapprima limitato al servizio ferroviario, e poi esteso agli altri servizi pubblici; se all'inizio la regolazione aveva ad oggetto per lo più le tariffe, su cui influiva fortemente anche la dimensione del soggetto privato esercente, che, per interpretazione della Costituzione federale, doveva avere un equo compenso direttamente proporzionale alla sua dimensione⁵⁹, in un momento successivo le competenze si sono ampliate, arrivando anche disciplinare l'erogazione del servizio in modo piuttosto incisivo. Tale disciplina per regolazione era, ed è ancora, conveniente sia per le imprese, che non devono più rispondere a

⁵⁶ W. K. JONES, *Origins of the Certificate of Public Convenience and Necessity: Developments in the States, 1870-1920*, in *Columbia Law Review*, vol. 79, n. 3, Columbia Law Review Association Inc., New York City, p. 429-430

⁵⁷ M.H. HUNTER, *The Early Regulation of Public Service Corporations*, in *The American Economic Review* n. 7/1917, American Economic Association, Nashville, p. 569-571

⁵⁸ W. K. JONES, *Origins of the Certificate*, cit., p. 431

⁵⁹ *Missouri ex rel. Southwestern bell Tel. Co. V. Public Serv. Comm'n*, 262 U.S. 276 (1923)

esigenze di politica locale spesso non coincidenti con l'interesse imprenditoriale, sia per l'utenza, che si trova di fronte a tariffe più eque e servizi dalla qualità maggiore⁶⁰. In particolare il sistema è completato e reso più efficiente dai «*certificates of public convenience e necessity*», che aggiungono alla regolazione qualitativa del servizio quella quantitativa, indicando il numero adatto di imprese autorizzate alla gestione del servizio pubblico alla luce dell'interesse generale, affinché si eviti la duplicazione delle infrastrutture, l'eccessiva, e quindi dannosa, concorrenza, il peggioramento del servizio per le fasce meno redditizie a causa del venir meno della possibilità dei finanziamenti incrociati, la mancata tutela degli investimenti e le esternalità negative⁶¹.

Giungendo dunque all'esame della genesi dei servizi pubblici nell'ordinamento italiano, bisogna premettere che molte funzioni legate ad essi erano, fin dall'unificazione, assegnate ai Comuni. La l. 20 marzo 1865, n. 2248⁶² prevede, all'art. 1, i Comuni come la più piccola divisione amministrativa e ne reca la disciplina nell'Allegato A. Il Capo VI di quest'Allegato fornisce la disciplina amministrativa e contabile dei Comuni e, nell'articolo 116, fornisce un elenco delle spese obbligatorie: quelle che interessano di più in ottica di servizio pubblico sono «[p]ei cimiteri» e «[p]er l'illuminazione dove sia stabilita». Oltre a queste, l'articolo 117, con formula residuale classifica come facoltative tutte le altre spese, per le quali il Comune aveva un'ampia discrezionalità, seppur non illimitata a causa di controlli prefettizi, in verità non così severi, sulla legalità⁶³ e sul merito, fatto rientrare sotto il necessario requisito dell'interesse pubblico, del provvedimento. È necessario poi aggiungere come l'articolo 118 si occupi dei mezzi del Comune per procurarsi le proprie entrate e, tra queste, consideri l'esercizio in regime di privativa, con un canone per corrispettivo, di pesi e misure pubblici e dell'affitto di banchi pubblici in occasione di fiere e mercati e, in un altro punto, una tassa per l'occupazione di spazi e aree pubbliche: all'origine, perciò, il legame tra queste attività e l'ente pubblico si sostanziava in una fonte di rendita per i Comuni, che avevano scarsa potestà impositiva.

L'intervento dei Comuni sul mercato, tuttavia, non si esauriva a queste possibilità. Essi infatti potevano emanare regolamenti, tramite il Consiglio, anche «sui

⁶⁰ W. K. JONES, *Origins of the Certificate*, cit., p. 427, 433

⁶¹ W. K. JONES, *Origins of the Certificate*, cit., p. 427-428

⁶² Rubricata: «Per l'unificazione amministrativa del Regno d'Italia»

⁶³ Art.131

modi di usare dei beni comunali», nonché «sui regolamenti d'igiene, edilizia e polizia locale attribuiti dalla legge»⁶⁴, cosicché, seppure il potere non fosse stato conferito a quello scopo, effettivamente poteva influire sull'assetto economico dei mercati nel territorio comunale. Tuttavia la giurisprudenza era piuttosto cauta con riguardo all'esercizio di questi poteri, e anzi ha manifestamente escluso, all'inizio, che potessero portare a una privativa, perché ciò avrebbe eluso la norma dell'art. 118 della l. n. 2248/1865, Allegato A, generando una riserva non prevista e sovvertendo i mezzi di finanziamento previsti per il Comune; l'unico soggetto pubblico in grado di emanare un provvedimento così rilevante e influire in tal misura sulla libertà economica individuale era il Governo, a sua volta limitato perché costretto a prevedere misure «per un periodo breve e transitorio, senza carattere coattivo»⁶⁵. Ciò però non significa che i Comuni, nell'esercizio dei loro poteri, fossero strettamente limitati, perché, anzi, l'autonomia era piuttosto ampia con riguardo al contenuto dei possibili provvedimenti qualora non fossero coinvolte prerogative del Governo centrale⁶⁶.

Secondo la dottrina dell'epoca, infatti, i Comuni erano ulteriormente limitati soltanto dal fine proprio dell'ente e quindi giustificati nel perseguire un legittimo fine di pubblico interesse, poiché se la libertà individuale, e quindi economica, era tutelata per legge e quindi derogabile solo dalla stessa fonte, essa non era insensibile a esigenze di pubblico interesse quali quelle alla base dei regolamenti comunali delegati dalla legge che, pacificamente, avevano un ruolo preminente⁶⁷. Tale ruolo, però, poteva essere esercitato solo in caso di legittimità dei regolamenti stessi, la quale poteva essere riscontrata se essi continuavano a servire il bene pubblico e, quindi, se la loro natura non si fosse conformata quale quella di un accordo contrattuale, ma, piuttosto, avesse permesso il perseguimento dell'interesse generale mantenendo tanto la propria unilateralità quanto la possibilità di revocare la concessione corrispondendo un'indennità minore del risarcimento dei danni⁶⁸.

⁶⁴ Art. 87, comma 6, l. n. 2248/1865

⁶⁵ Cons. Stato, parere 22 maggio 1878

⁶⁶ Cons. Stato, parere, 11 marzo 1869

⁶⁷ CAMMEO, *I monopoli comunali*, in *Archivio Giuridico*, vol. LIV-LVI, Tipologia Alfonso Garagnani e figli, Bologna, 1896, p. 95-98

⁶⁸ CAMMEO, *I monopoli*, cit., p. 99-100; Cass. Torino, 5 maggio 1869

Due chiari esempi di quest'assetto dogmatico condiviso da dottrina e giurisprudenza si possono riscontrare nel servizio di trasporto con *omnibus* e in quello idrico.

Il primo dei due ha un'importante particolarità, cioè il suo esercizio non prevede una posa permanente di infrastrutture sul suolo, la cui interferenza con l'uso delle strade interessa in maniera rilevante i poteri pubblici e di cui perciò appaiono meno evidenti le ragioni di un monopolio, del quale, però, come si vedrà, si è riscontrata comunque la necessità. Gli *omnibus*, infatti, a causa della loro dimensione e del loro funzionamento che esige numerose fermate, potevano creare importanti ostacoli alla corretta circolazione, per principio libera, e, inoltre, occupavano per lunghi lassi di tempo spazi pubblici stazionando al capolinea, tanto da autorizzare l'esazione di una tassa⁶⁹. Queste caratteristiche hanno portato i giudici amministrativi a considerare «assodata la giurisprudenza intorno alla facoltà dei Comuni di prescrivere le linee da tenersi nella condotta degli omnibus», oltre che il numero di questi, per «impedire imbarazzi e ingombri a danno della pubblica circolazione», senza che ciò potesse essere considerato recessivo rispetto alla libertà economica degli operatori, che anzi deve sottostare alle considerazioni di «interesse generale e prevalente della circolazione libera e sicura»⁷⁰. Dalle considerazioni di polizia e del corretto uso del suolo pubblico a fini non ordinari, però, come in Francia è stato breve il passo verso considerazioni più generali, ancorate non tanto a un interesse generale “negativo”, cioè legato a ciò che non è lecito fare per non ledere l'interesse generale, ma a una sua dimensione “positiva”, dipendente da considerazioni sociali relative ai «quartieri più poveri o meno popolosi», ed economiche, che richiedevano il monopolio per la possibile sussistenza di finanziamenti incrociati⁷¹. Le stesse considerazioni, unite alla volontà di eliminare gli extra-profitti dei monopolisti e di evitare i dubbi in merito a egli eventuali diritti di questi⁷², anticipando la disciplina che sarebbe intervenuta di lì a qualche anno, suggerivano anche l'idea di un protagonismo

⁶⁹ Circolare del Ministero delle Finanze, 10 settembre 1865; C. ASTENGO, *Nuove illustrazioni della legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865 e del relativo regolamento*, Tipografia Pirola, Milano, 1870, p. 690

⁷⁰ Cons. Stato, parere 14 aprile 1880

⁷¹ CAMMEO, *I monopoli*, cit., p. 163-164

⁷² Cass. Roma, 2 maggio 1893

maggiore del Comune nella gestione di quello che si stava delineando come un servizio pubblico.

Il servizio idrico, a differenza da quello di trasporto, partiva invece da premesse diverse, perché da sempre, addirittura già nel diritto romano, è stato considerato denso di interesse pubblico per l'essenzialità della risorsa, collegata alle funzioni vitali della popolazione, cosicché una messa a disposizione di essa da parte dei Comuni nelle fontane pubbliche era universalmente praticata⁷³. Il servizio era assicurato per lo più tramite società private che, da concessionarie, fornivano l'acqua al Comune gratuitamente o a prezzi sostanzialmente più bassi dei costi sostenuti, consistendo lo sconto anche totale nel canone da pagare all'amministrazione⁷⁴. In questa attività la copertura economica dei costi era assicurata alle società idriche dal regime di monopolio, giustificato per ragioni tecniche ma anche essenziale economiche, poiché solo ricomprendendo anche la fornitura individuale, all'epoca non considerata di interesse pubblico, poteva l'azienda sostenere la fornitura pubblica⁷⁵. Il pubblico servizio condizionava anche il regime di proprietà dei beni, per cui quelli necessari per assicurarlo, cioè sia l'acqua che le infrastrutture necessarie, erano considerate beni demaniali, mentre quelle ulteriori erano beni patrimoniali del Comune, utilizzabili direttamente da esso per fornire acqua in modo individuale oppure indirettamente allo stesso scopo facendo pagare un canone ai sensi dell'art. 141, R.d. 10 febbraio 1889, n. 5921⁷⁶, di solito proporzionato ai costi necessari al mantenimento degli impianti⁷⁷. A dire la verità sul regime proprietario dei corsi d'acqua minori, non specificamente menzionati nel codice civile⁷⁸, né in leggi speciali, vi era un acceso dibattito principalmente tra «sistema privatista»⁷⁹, che, basandosi soprattutto sul codice civile derivava la non demanialità di essi, e «sistema demanialista»⁸⁰, che invece rintracciava un'equivalenza tra il termine «pubblico» e quello «demaniale», ma la tendenza è stata

⁷³ CAMMEO, *I monopoli*, cit., p. 150

⁷⁴ CAMMEO, *I monopoli*, cit., p. 151

⁷⁵ Cons. Stato, 11 febbraio 1892

⁷⁶ CAMMEO, *I monopoli*, cit., p. 152-153; E. CELANO, *Giurisprudenza dei bilanci comunali*, Parte I, R. Stab. Tip. del Cav. Francesco Giannini, Napoli, 1881, p. 133

⁷⁷ Cass. Torino, 10 settembre 1885

⁷⁸ F. CAPORALE, *Acque. Disciplina pubblicistica*, Enciclopedia italiana, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2014

⁷⁹ S. GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano*, Utet, Torino, 1879-1880, Vol. I, p. 35; Cons. Stato, sent. 31 gennaio 1868

⁸⁰ G.D. TIEPOLO, *Le acque pubbliche nella legislazione italiana con riguardo ai diritti possessorii e alle concessioni*, Utet, Torino, 1889, p. 61-83

nel tempo sempre più quella di abbandonare il dibattito in questi termini per concentrarsi sulla funzionalizzazione dell'acqua al pubblico servizio, a prescindere dal regime proprietario⁸¹.

L'emersione del servizio pubblico, e la contestuale cura che di esso sempre di più si reputava responsabile il Comune, ha portato, alla fine del XIX secolo, a una complessità maggiore delle prescrizioni presenti nelle concessioni; esse per lungo tempo erano state considerate come atti unilaterali passibili di riscatto *ad nutum* per ragioni di interesse pubblico⁸², ma in quel momento si avvicinavano molto di più ad accordi contrattuali dove l'esclusiva nella gestione, oltre a essere considerata necessaria per ragioni di interesse pubblico, diveniva una vera e propria forma di remunerazione alternativa⁸³ a un canone concessorio minore in cambio della costruzione di infrastrutture necessarie al servizio⁸⁴. In effetti la giurisprudenza amministrativa, alla fine dell'800, non aveva problemi a considerare le concessioni di suolo pubblico per l'esercizio di un servizio pubblico come patti per l'assegnazione di un diritto di usufrutto o, se non si fosse voluto sussumere il rapporto sotto tale fattispecie civilistica, non sarebbe comunque stata «meno la traslazione di un diritto reale che costituisce l'alienazione di un bene immobile»⁸⁵. In realtà una giurisprudenza minoritaria, soprattutto ordinaria, non era unanimemente convinta che un diritto di tale portata, da alcuni letto come un'alienazione sostanziale di un bene demaniale, potesse essere concesso senza un atto legislativo che quanto meno delegasse un atto di rango secondario⁸⁶, ma queste perplessità non hanno impedito al Consiglio di Stato di giustificare l'esclusività come corrispettivo contrattuale del concessionario, anche se di lunga durata. In particolare, spiega il giudice amministrativo, l'interesse pubblico è tutelato in questo caso con una preferenza sulla realizzazione delle migliorie al servizio verso il concessionario, purché questi le realizzi alle migliori condizioni offerte dalle aspiranti imprese concorrenti⁸⁷.

⁸¹ F. PACELLI, *Le acque pubbliche e i diritti dello Stato e dei privati*, Fratelli Bocca, Torino, 1898, p. 53-59

⁸² Cons. Stato, sent. 8 marzo 1895

⁸³ O talvolta complementare.

⁸⁴ G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le privative e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, ETS, 2012, p. 36-47

⁸⁵ Cons. Stato, parere 18 febbraio 1881

⁸⁶ Cass. Torino, 27 febbraio 1878

⁸⁷ Cons. Stato, parere 16 aprile 1882

2. Dalla municipalizzazione di Giolitti alla riforma del 1990

A cavallo tra i due secoli molti Comuni hanno cominciato a gestire direttamente i servizi pubblici tramite loro imprese, sottraendole ai concessionari utilizzando la facoltà di riscatto o attendendo il termine di durata pattuito delle concessioni, e dando così inizio al fenomeno della cosiddetta “municipalizzazione”, il quale ricomprendeva sia il vero e proprio esercizio diretto comunale che la sola assunzione in titolarità del servizio da parte dell’ente locale⁸⁸. Non ha mancato, tuttavia, di accendere un intenso dibattito politico: infatti i sostenitori della municipalizzazione, cioè i socialisti, reputavano che avrebbe portato «progresso» in termini sociali e industriali. Avrebbe infatti impiegato in ottica redistributiva gli utili, con tariffe più basse ed entrate per il Comune, che altrimenti sarebbero stati il guadagno dei monopolisti privati, non controllabili né con la semplice regolazione, la quale scontava l’incapacità, anche in virtù dell’asimmetria informativa, delle amministrazioni, né con una gara pubblica, che avrebbe soltanto stabilito la scelta migliore all’inizio della concessione. Al contrario, i conservatori la consideravano una politica costosa che avrebbe portato all’esponentiale crescita di burocrazia e personale, oltre che il primo passo verso la collettivizzazione dell’economia. Parte della dottrina ha cercato una soluzione di compromesso, reputando possibile distinguere servizi a carattere d’impresa, da far gestire ai privati, e a carattere sociale, che avrebbe dovuto gestire il Comune⁸⁹.

La base economica della municipalizzazione era la «teorica delle pubbliche imprese», che propugnava l’intervento economico del soggetto pubblico come produttore, finanziato dalla collettività con esiti di efficienza ed efficacia⁹⁰. Secondo i dettami di tale impostazione economica, «ogni organizzazione politica è un’impresa industriale», che si può definire come impresa pubblica se «ha per iscopo di far partecipare tutta una collettività all’acquisto di tali beni o servizi», ma è caratterizzata dal fatto che contribuisce alla ripartizione dei costi anche chi non ottiene un beneficio dal prodotto (cioè chi, in una situazione di concorrenza nel libero mercato,

⁸⁸ G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, Società editrice libraria, 1902, p. 246-248

⁸⁹ G. FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., 51-54

⁹⁰ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enciclopedia del diritto – I Tematici III*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022, 1093-1094

sosterrebbe costi inferiori); al contrario, a domandare il servizio è chi sarebbe altrimenti costretto ad affrontare un costo maggiore⁹¹. I bisogni da soddisfare, perciò, non sono assoluti e comuni per tutti, in quanto è l'ente locale che valuta quali tra essi necessita di una ripartizione dei costi tra tutti coloro che sono sottoposti alla sua giurisdizione⁹². Il Comune era visto perciò come una «grande società cooperativa», di cui azionisti erano i cittadini, che esercitava l'impresa sottraendola ai privati che avevano uno scopo di lucro per distribuire, invece che dividendi, una migliore qualità di vita⁹³.

Data l'ampiezza ormai acquisita dalla municipalizzazione, e dato il rischio di collettivizzazione dell'economia che la classe dirigente al liberale al governo temeva, non era più possibile ignorare il fenomeno ed è iniziato l'iter per darne una disciplina legislativa. Come anticipato, orbitavano esigenze e interessi socio-economici opposti intorno al fenomeno, e così è stato per i lavori parlamentari, in cui ai liberali di Zanardelli si contrapponevano i socialisti di Turati che spingevano per l'azione sociale dei Comuni⁹⁴. Per questo motivo, nonostante la cosiddetta "legge Giolitti" sia stata emanata a cavallo tra due governi liberali (Zanardelli e Giolitti), questa è stata profondamente condizionata dalle spinte socialiste e dal socialismo municipale⁹⁵, anche se non sono mancati intendimenti trasversali giustificati dai vantaggi economici che dalla municipalizzazione avrebbero ricavato i cittadini come utenti, all'origine dei quali vi era un ristabilimento degli effetti della concorrenza altrimenti irrealizzabile⁹⁶.

La legge 29 marzo 1903, n. 103 prende perciò atto della municipalizzazione e la disciplina, circondandola però al contempo di garanzie e procedimenti, cercando di porre un freno a possibili degenerazioni e ponendo un argine stesso al fenomeno con procedimenti complessi per l'assunzione diretta dei servizi da parte dei Comuni⁹⁷. I

⁹¹ G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione*, cit., 12-14

⁹² G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione*, cit., 30

⁹³ G. BOZZI, *Municipalizzazione*, cit., 364

⁹⁴ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit., 1093

⁹⁵ G. CAIA, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1990

⁹⁶ G. MONTEMARTINI, *Ancora di municipalizzazione*, in *Giornale degli economisti*, Serie seconda, Vol. 39, n. 4, Egea, Padova, 1909, p. 324-327; L. EINAUDI, *Lezioni di scienza delle finanze*, Lit. tip. Visconti, Torino, 1911, p. 97; V. PARETO, *Corso di economia politica*, Boringhieri, Torino, 1961, vol. 1, p. 69; M. PANTALEONI, *Erotemi di economia*, Vol. 2, Cedam, Padova, 1964, p. 102

⁹⁷ P. BINI, *Scienza economica e potere. Gli economisti e la politica economica dall'unità d'Italia alla crisi dell'euro*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021, p. 148-154; P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia. Dal 1848 a oggi*, Carocci Editore, 2010, p. 85-86

contrasti politici che hanno accompagnato la municipalizzazione sono stati una delle cause della mancanza di una vera definizione precisa del servizio pubblico, poiché essa è stata sostituita da un elenco di attività eterogenee. Questo è stato considerato dalla giurisprudenza come esemplificativo, poi ripreso nella disciplina intervenuta un ventennio dopo; nonostante alcuni interventi dottrinali abbiano provato a ricavare la tassatività dell'elenco, gli interpreti non hanno impedito di assumere servizi ulteriori ai vari Consigli comunali⁹⁸. Tutt'al più una rigidità si è riscontrata nell'assimilazione di pubblico servizio e municipalizzazione, cosicché si è sviluppata una disabitudine, se non impossibilità, di immaginare il primo senza la seconda, e ciò ha portato a chiusure dei relativi mercati che si sono trascinate fino ad anni recenti e, in molti casi, persistono⁹⁹.

Entrando più dettagliatamente nell'esame della disciplina, in apertura è stilato un elenco di diciannove servizi, alquanto diversi tra di loro per l'ambito e per il carattere economico o meno, che il Comune può assumere (art. 1). Lo strumento principe introdotto per la gestione dei servizi è l'azienda speciale, ente distinto dal Comune per il fatto di avere conti e bilanci separati ma senza personalità giuridica (art. 2). Come detto, punto centrale della legge è il procedimento articolato per municipalizzare un servizio che, infatti, parte da una deliberazione del Consiglio comunale, che allega un progetto di massima tecnico e finanziario (art. 10), e passa poi dal parere obbligatorio della Giunta provinciale e da quello vincolante della Commissione reale (artt. 11 e 12), per approdare infine al referendum degli elettori del Comune (art. 13). Se l'esito di questo è positivo, il Consiglio deve deliberare il regolamento speciale dell'azienda (art. 14), da sottoporre all'approvazione della Giunta provinciale (art. 15). È poi concesso l'esercizio in economia, con un proprio procedimento istitutivo, per quei servizi «per la cui tenue importanza o perché non aventi un prevalente carattere industriale» sarebbe stato uno spreco di risorse la creazione di un'azienda speciale; la differenza con l'azienda speciale era la totale assenza, in questo caso, di autonomia, essendo la gestione ad opera dell'amministrazione stessa con le sue risorse umane e materiali. Ulteriori controlli erano inoltre previsti durante la gestione del servizio (artt. 17-21).

⁹⁸ Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 1955, n. 1364

⁹⁹ G. BOZZI, *Municipalizzazione*, cit., p. 366

Si era raggiunto perciò il risultato sperato in termini economici: il servizio era stato traslato all'ente locale, eliminando l'assetto monopolistico privato di diritto o di fatto, con gli annessi suoi effetti negativi soprattutto in termini di tariffe e gestione, tramite la previsione esplicita della possibilità di istituire una riserva per alcuni di questi servizi; solo il servizio farmaceutico era assunto direttamente proprio per garantire la concorrenza nel mercato, aprendo perciò alla distinzione tra disciplina del servizio pubblico e dell'attività economica¹⁰⁰. I servizi sprovvisti della facoltà di riservare l'attività erano da esercitare in concorrenza con i privati, poiché la giurisprudenza è stata chiara sul carattere tassativo della riserva, senza che ciò però comportasse un ostacolo per le imprese pubbliche che volessero perseguire obiettivi di pubblico interesse in attività concorrenziali¹⁰¹. Solo per quattro delle attività assumibili, invece, è stata prevista la facoltà di istituire la privata, che per lo più ha uniformato e formalizzato una situazione che si era sviluppata con norme, anche secondarie, decisioni e prassi amministrativa, e che è stata così riconosciuta in tutta la sua estensione, pur rimanendo il Comune libero di assumere il servizio in una situazione di mercato più o meno concorrenziale¹⁰². Si noti che per i servizi per cui era ammesso il diritto di esclusiva, non esisteva a monte un monopolio naturale che rendeva impraticabile lo sviluppo di un mercato concorrenziale, ma al contrario l'obiettivo della riserva era proprio la tutela dalla concorrenza, soprattutto per ragioni di interesse pubblico¹⁰³.

Analizzando più a fondo le modalità di gestione previste dalla l. n. 103/1903, si riscontra in primo luogo l'evidente *favor* riservato all'azienda speciale; era all'epoca uno strumento nuovo, con una struttura dipendente dal Comune¹⁰⁴ e con limitata autonomia finanziaria e processuale, tanto da non avere una propria personalità giuridica, come ribadito anche in sede di relazione alla Camera dei Deputati¹⁰⁵. Essa è nata dall'incontro delle esigenze di gestire il servizio con tecnica imprenditoriale e, allo stesso tempo, mantenerla nell'alveo amministrativo, considerandola un organo

¹⁰⁰ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2004, p. 2

¹⁰¹ Cass., sez. un., 27 luglio 1939

¹⁰² F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, cit., p. 2

¹⁰³ G. FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., 59

¹⁰⁴ Il Consiglio comunale ne nominava direttore tecnico e Commissione

¹⁰⁵ Cass., 15 maggio 1944, sent. n. 381; Relazione della Commissione della Camera dei Deputati

dell'amministrazione¹⁰⁶. Nelle intenzioni del legislatore era «il modo di essere della municipalizzazione»¹⁰⁷, come dimostra la formulazione dell'art. 2, e coesisteva sì con altre modalità, una delle quali però richiedeva requisiti specifici, cioè l'assunzione in economia, e l'altra era una facoltà ulteriore dei Comuni dal carattere obbligatoriamente precario a causa della facoltà di riscatto, cioè l'affidamento a terzi, disciplinato nell'art. 27. La gestione diretta, che comprendeva quella tramite azienda speciale e quella in economia, avvantaggiava il Comune permettendogli di godere dei guadagni del servizio¹⁰⁸ e dei mutui agevolati concessi da Cassa depositi e prestiti (art. 28 comma 1). Col passare degli anni, tuttavia, l'azienda speciale è entrata in crisi, specialmente per le conseguenze del suo status di organo della pubblica amministrazione, è diventata via via un modello sempre meno adatto e hanno cominciato a perdere forza le caratteristiche che ne facevano l'incarnazione della municipalizzazione, tanto che parte della dottrina ha cercato di reinterpretarne l'assenza di personalità giuridica¹⁰⁹. I ricercati spazi di manovra, infatti, hanno accusato sempre di più i limiti imposti dai necessari procedimenti amministrativi tipici dell'ente titolare e, oltretutto, è diventata sempre più difficile una gestione di lungo periodo a causa dell'insufficiente autonomia finanziaria e dei conseguenti limiti nel contrarre debiti e nel programmare investimenti¹¹⁰.

La concessione ai privati, come evidenziato sopra, è mantenuta, ma in maniera piuttosto defilata, tanto che l'articolo che la prevede è tra le disposizioni generali e transitorie, a discapito della centralità della normativa sull'azienda speciale; questa preferenza per lo svolgimento in proprio non si uniformava al principio già all'epoca diffuso nel campo dei contratti pubblici che preferiva i privati come affidatari dei contratti¹¹¹. Questa scelta, tuttavia, non è stata vietata e, anzi, rimaneva indispensabile per quei servizi per cui era necessario un investimento iniziale di difficile reperimento per le casse comunali¹¹². Era, la concessione, uno strumento ormai ben noto,

¹⁰⁶ G. TREVES, *Azienda (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. IV, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1959, p. 747

¹⁰⁷ G. BOZZI, *Municipalizzazione*, cit., 374

¹⁰⁸ La cui ripartizione, nell'azienda speciale, era disciplinata dal regolamento speciale, come previsto dagli artt. 2, comma 3 e 3 lett. g)

¹⁰⁹ Seppur con riferimento alla situazione normativa successiva alla riforma del 1925, cfr. G. ROSSI, *Le basi giuridiche della municipalizzazione*, in *Impresa pubblica*, 1958, p. 112-115

¹¹⁰ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, cit., 5-6

¹¹¹ G. FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., 62

¹¹² F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, cit., 3-4

soprattutto per quei Comuni che se n'erano serviti ampiamente prima della legge del 1903, per cui non era necessaria una corposa disciplina a riguardo; il vero cambiamento è stato, nei casi in cui si è fatto uso di concessioni, che la titolarità del servizio municipalizzato rimaneva in capo ai Comuni, mentre ai privati era affidata la sola gestione: le due posizioni rimanevano perciò distinte e i rapporti erano regolati da uno strumento contrattuale¹¹³. Il Comune era quindi in una posizione più forte che in passato, confermata dalla previsione nell'art. 27 dell'obbligo, per l'ente, di prevedere la facoltà di riscatto nel contratto di concessione; dal lato del concessionario che subiva il riscatto sussisteva il diritto soggettivo a un'«equa indennità» alla cui determinazione concorrevano i criteri dell'art. 25 comma 4 per come individuati nel progetto di massima previsto all'art. 10 comma 2. A livello concettuale il riscatto è un diritto potestativo costituito da un atto unilaterale e complesso in capo alla pubblica amministrazione, e attribuitole dalla legge o dal contratto di concessione, che contemporaneamente termina il rapporto con il concessionario e trasferisce tutto il complesso di beni utili al servizio in capo al riscattante sulla base di una valutazione del pubblico interesse¹¹⁴. Rientra concettualmente nell'ambito degli atti «destinati a restringere la sfera giuridica dei soggetti a cui si riferiscono», ma ha delle chiare differenze da quelli a esso contigui: può andare a vantaggio della sola amministrazione pubblica a differenza dell'espropriazione, della quale invece possono beneficiare direttamente anche soggetti privati; non è un trasferimento coattivo, perché dipende dalla concessione in sé, che ha natura sinallagmatica; non può nemmeno essere assimilato completamente a una condizione risolutiva, poiché, se in entrambi i casi è comune l'estinzione del rapporto, il riscatto ha un contenuto ulteriore, cioè l'attribuzione di beni e diritti riscattati in capo all'amministrazione, a cui, a differenza del caso di condizione risolutiva, deve corrispondere un'indennità.¹¹⁵ La figura a cui però più spesso è accostato il riscatto è la revoca, la cui *ratio* è analogamente la cura dell'interesse pubblico, ma orientata in senso negativo, cioè demolitorio di un provvedimento amministrativo che non lo rispetta più; il riscatto, invece, può avere

¹¹³ G. BOZZI, *Municipalizzazione*, cit., 15; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Celebrazione del cinquantenario della municipalizzazione (Atti del Convegno di Studi)*, Roma, 1954, p. 619

¹¹⁴ E. SILVESTRI, *Riscatto*, in *Enciclopedia del diritto*, Volume XL, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1989, p. 1117-1125

¹¹⁵ E. SILVESTRI, *Riscatto*, cit., p. 118-119

una giustificazione più ampia, basata su un più generico interesse dell'amministrazione mentre, al contrario della revoca, ha un effetto più ampio della sola cessazione del rapporto¹¹⁶.

Non però per tutti i servizi pubblici il sistema della municipalizzazione ha avuto un effetto totale. Nel campo dei servizi elettrici, infatti, la l. 7 giugno 1894, n. 232, attuata dal R.d. 25 ottobre 1895, n. 642 ha delineato un modello promozionale dello sviluppo del settore, che permetteva a ogni impresa di posare condutture per il trasporto e la distribuzione dell'energia a uso industriale purché conformi alla sola autorizzazione prefettizia¹¹⁷ e alle eventuali prescrizioni comunali¹¹⁸. Queste, però, non sarebbero dovute essere «eccessive ed ingiustificate», poiché dovevano essere funzionali soltanto alla «tutela della sicurezza ed incolumità pubblica» e non a consentire un privilegio economico a favore di un'azienda municipalizzata o concessionaria del Comune operante in condizione di monopolio di fatto, anche se erogatrice di un servizio pubblico locale¹¹⁹. Con ciò non era inteso precludere al Comune una disciplina dei servizi pubblici locali che intendeva assicurare, e che era legittimato a regolare ancora con lo strumento concessorio, ma, nel farlo, non avrebbe avuto la possibilità di ostacolare il Prefetto nell'esercizio di un potere autorizzatorio egualmente assegnatogli dalla legge¹²⁰. Il tema perciò non è propriamente anticipatore delle istanze pro-concorrenziali che si porranno circa un secolo dopo, poiché riguarda più prettamente un corretto assetto dei poteri per come delineato dalla legge, ma l'effetto è certamente quello di un quadro non completamente uniforme in tema di servizi pubblici locali, in cui la municipalizzazione, e i relativi poteri dei Comuni, hanno sicuramente avuto un ruolo preminente, ma non totalizzante. A riprova di tale affermazione vi è la pacifica accettazione da parte di una giurisprudenza anche successiva alla riforma del 1925, non contestata con considerazioni in materia concorrenziale, dell'esistenza di monopoli di fatto, finalizzati all'erogazione di servizi pubblici e resi tali dall'uso esclusivo di mezzi in capo all'amministrazione¹²¹.

¹¹⁶ E. SILVESTRI, *Riscatto*, cit., p. 119

¹¹⁷ Artt. 2 e 3 r.d. n. 642/1895

¹¹⁸ Art. 12, lett. c)

¹¹⁹ Cass. Roma, 24 gennaio 1912

¹²⁰ Corte d'Appello Firenze, 22 dicembre 1906; Cass. Roma, sez. un., 6 luglio 1908; Cass. Torino, 28 aprile 1911

¹²¹ Cass. civ., sez. I, 1 luglio 1938; Cass. civ., Sez. Un., 27 luglio 1939

Fino al 1923 alcuni interventi legislativi hanno confermato sostanzialmente il modello giolittiano e contribuito con limitate modifiche alla disciplina. Degno di nota tra questi è il R.d. 30 dicembre 1923, n. 3047, la cui innovazione più importante rispetto alla l. 107/1903 è la possibilità dell'assunzione di pubblici servizi anche da parte delle Province, avendo tra gli obiettivi di creare mercati più ampi. La necessaria dimensione comunale era, nei fatti, uno dei grandi problemi della municipalizzazione, che ha portato in concreto solo poche grandi città a sviluppare mercati adatti in cui le aziende potessero trarre beneficio da «un'elevatissima concentrazioni di consumi e di utenti, e dall'altro lato una standardizzazione dei medesimi», poiché, negli altri casi, vi sarebbe stato un elevato ammontare di costi non coperti dai ricavi, aggravati dalla necessità di assicurare l'universalità del servizio, e con inevitabili ricadute sulla finanza pubblica¹²². Il ruolo del Comune nell'erogazione di pubblici servizi deriva dalla sua considerazione nella legge di unificazione amministrativa del Regno, derivata a sua volta dalla di poco precedente “legge Rattazzi”¹²³ e nella cui *ratio* era considerato «[f]ra tutte le civili consociazioni la prima e la più spontanea», per cui esso deve provvedere «a tutto ciò che è di competenza locale», così assicurando l'espressione di un «principio di libertà», bilanciato però con quello «di autorità», attuato con i controlli governativi¹²⁴. Nel tempo, tuttavia, si riscontrerà come nemmeno la Provincia sia un ente adatto alla «provincializzazione», non tanto per ragioni economiche questa volta, ma soprattutto per una mancanza di identità politica, che inevitabilmente causa la mancanza di «una base associativa realmente capace di autonomia» e uno scarso utilizzo della possibilità di realizzare più efficienti economie di scala¹²⁵.

Il testo unico è intervenuto con il R.d. 15 ottobre 1925, n. 2578. In sostanza ha riproposto la disciplina della legge Giolitti, riprendendo per lo più lo stesso articolato. Le norme più rilevanti hanno riguardato la conferma della possibilità per le Province di assumere servizi (art. 1); la specificazione della capacità d'agire e di stare in giudizio

¹²² R. LANDOLFI, *Lo sviluppo della municipalizzazione in Italia*, La Stampa commerciale, Milano, 1958, p. 106-107

¹²³ L. 23 ottobre 1859, n. 3702

¹²⁴ G. SCOVAZZI (a cura di), *Discorsi parlamentari di Urbano Rattazzi*, Vol. II, Tipografi della Camera dei deputati, Roma, 1877, p. 238-240; C. ASTENGO, *Guida amministrativa ossia Commentario della legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865 e del relativo regolamento*, Luigi di Giacomo Pirola, Milano, 1865, p. 2-4

¹²⁵ R. LANDOLFI, *Lo sviluppo*, cit., p. 108

dell'azienda speciale per gli atti che la riguardano (art. 2); la deliberazione del Consiglio comunale o provinciale, a cui è allegato il progetto di massima, per l'assunzione (art. 10); la consultazione referendaria dei cittadini del Comune nel solo caso in cui si opponga 1/20 di loro o 1/3 dei consiglieri comunali, mentre è esclusa questa possibilità per i servizi provinciali (art. 12); il riferimento a una serie di servizi contenuti nell'elenco di cui all'art. 1 da esercitare di solito in economia, pur ribadendo gli stessi requisiti della disciplina precedente per eventuali altre attività da assumere così; la previsione di consorzi non più solo intercomunali (e interprovinciali) ma anche misti, tra Comuni e Province (art. 21); la conferma delle condizioni per l'affidamento a imprese private (art. 26).

Riproponendo la tecnica dell'elenco, il nuovo T.U. individua, nel suo primo articolo, un elenco, considerato da dottrina e prassi non esaustivo¹²⁶, dei servizi assumibili direttamente; di nuovo solo per alcuni di questi prevede una facoltà di privativa, a cui parte della dottrina ha continuato a dare valore tassativo e ragion d'essere non economica, ma legata a necessità igieniche o di decoro¹²⁷, anche se, osservando la lista, per servizi dalle importanti necessità igieniche questa facoltà non è prevista¹²⁸. Per una certa dottrina la libera, e anzi incoraggiata, assunzione in proprio del servizio da parte dell'amministrazione, e il regime di monopolio che spesso l'accompagnava, ha incarnato una sostanziale collettivizzazione¹²⁹: ciò si potrebbe assumere vero purché si intenda il fenomeno con accezione molto generica, come «il passaggio della proprietà o della gestione (o l'assunzione della gestione) [...] di attività economiche allo Stato, ad enti pubblici minori (o da essi dipendenti) o coattivamente a collettività di lavoratori o consumatori»¹³⁰.

Nella scelta delle forme di gestione l'ente locale, sotto la disciplina del 1925, è piuttosto libero nella valutazione e, seppure esse non siano state considerate della

¹²⁶ R. LANDOLFI, *Lo sviluppo*, cit., p. 48

¹²⁷ G. BOZZI, *Municipalizzazione*, cit., 11

¹²⁸ Come la «nettezza pubblica e sgombro di immondizia dalle case».

¹²⁹ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit., 1094

¹³⁰ A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enciclopedia del diritto – Volume VII*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1960, 393-395. Si rimanda in particolare alla nota (I) in cui l'Autore, passando in rassegna numerose e autorevoli definizioni di “collettivizzazione” e di termini affini, quali “nazionalizzazione” e “socializzazione”, dimostra come esse varino molto in base all'interprete e una stessa situazione giuridico-economica può rientrare o meno nella categoria a seconda dei confini dati a quest'ultima.

stessa importanza da parte del legislatore¹³¹, l'amministrazione non ha un chiaro vincolo e la sua decisione risponde «esclusivamente all'intendimento di massima di adottare un determinato sistema o altro ritenuto più idoneo in base ad un convincimento sulla superiorità di uno di essi, che non deve essere necessariamente fondato su considerazioni finanziarie o su inconvenienti riscontrati nella gestione in concessione»¹³².

In realtà il Comune era comunque tenuto a motivare la sua scelta nel progetto di massima previsto nell'art. 10¹³³, quanto meno con riguardo ai mezzi che avrebbero coperto le spese per l'impianto e per la gestione; questa prescrizione, tuttavia, spesso non è stata seguita o è stata adempiuta con formule stereotipate prive di alcuna sostanzialità: di qui il successivo orientamento giurisprudenziale che, a partire dagli anni '90, è stato teso a valorizzare l'esplicitazione del percorso decisionale¹³⁴.

La municipalizzazione ha avuto effetti sia sul piano giuridico che materiale. Sul primo ha contribuito a separare concettualmente la titolarità del servizio, in capo al Comune, dalla gestione che, in base al modello organizzativo scelto, poteva essere privata in concessione o pubblica se in economia o esercitata tramite azienda speciale¹³⁵, portando a maturazione quel percorso iniziato con il riscontro di vere e proprie esigenze di pubblico servizio differenti da quelle attinenti al corretto uso dei beni pubblici. Sul piano materiale, invece, un bilancio è difficile, perché vi sono stati sicuramente risultati positivi e negativi allo stesso tempo, e soprattutto perché la valutazione cambia anche, ma non solo, in base al valore di riferimento che si adotta e che funge da parametro. Se alcuni autori sottolineano le dimensioni abbastanza contenute del fenomeno, sicuramente nella realtà meno diffuso rispetto alla sua previsione, e il *deficit* pubblico quasi sempre presente, spesso dovuto alle dimensioni del mercato¹³⁶, non manca chi dall'altro lato evidenzia i risultati positivi della

¹³¹ Lo si può ricavare dal fatto che la concessione privata non è formalmente limitata, ma non ha una vera e propria disciplina, poiché è considerata in modo incidentale dall'art. 26, una delle disposizioni generali e transitorie.

¹³² Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 1965, sent. n. 291

¹³³ Come previsto più dettagliatamente anche nel regolamento attuativo della legge del 1903, R.D. 10 marzo 1904 n. 108, art. 86

¹³⁴ G. CAIA, *L'evoluzione delle norme e delle ipotesi di riforma dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 19-20

¹³⁵ G. BOZZI, *Municipalizzazione*, cit., 10

¹³⁶ R. LANDOLFI, *Lo sviluppo*, cit., p. 43-47

municipalizzazione, che ha permesso uno sviluppo piuttosto rapido di infrastrutture necessarie all'erogazione dei servizi in realtà urbane che li richiedevano insistentemente e che ha permesso che, all'interno di queste, fossero raggiunte tutte le fasce sociali a prezzi per esse accessibili¹³⁷.

Nella stessa ottica di organizzazione del servizio in un mercato più ampio e per soddisfare «quei bisogni, che trascendono la capacità dell'organismo inferiore, e non ancora raggiungono la estensione necessaria, per essere compresi nelle attribuzioni dell'organismo superiore, provvedono i consorzi che, sotto quest'aspetto, possono considerarsi come organi intermedi di evoluzione fra l'organismo inferiore ed il superiore»¹³⁸. In effetti lo strumento sarebbe dovuto essere una sorta di Comune esponenziale, formato da rappresentanti eletti dai Comuni nell'Assemblea dei delegati, il quale, a partire dal R.d., 3 marzo 1934, n. 383, ha acquisito anche la personalità giuridica, dopo aver già ottenuto una disciplina piuttosto esaustiva dalle leggi del 1908 e del 1925, ma con risultanti scarsi in termini di utilizzo¹³⁹.

Negli anni successivi al testo unico scarsi sono stati gli interventi sulla normativa, e nessuno di questi organico. Il R.d. 14 settembre 1931, n.1175¹⁴⁰ ha stabilito i contenuti obbligatori dei contratti di concessione previsti dall'art. 26 del R.d. n. 2578/1925 (art. 265) e ha ribadito il principio della gara (art. 267).

Il T.U. della legge comunale e provinciale, oltre alle disposizioni sui consorzi, conteneva anche una sezione «dei servizi e dei contratti», che in realtà si concentrava più sui secondi che sui primi, per cui si operava un rinvio alla legge (art. 292) e si prevedevano «speciali regolamenti», questi però limitati ai servizi in economia (art. 293).

Un importante passo nel percorso di evoluzione dei servizi pubblici locali si è avuto nel 1948, con l'entrata in vigore la Costituzione repubblicana. La si considera importante nella materia sia per un suo ruolo diffuso, sia per uno centralizzato. Il primo lo si riscontra dovunque questa proclami o riconosca diritti che i servizi pubblici sono diretti a soddisfare, come il diritto alla salute (art. 32) che coinvolge oggi per esempio i servizi idrici e ieri i pubblici macelli, o tutti quelli che contribuiscono alla

¹³⁷ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit., 1094

¹³⁸ C. MEZZANOTTE, *La municipalizzazione dei servizi pubblici*, Hoepli, Milano, 1905, p. 257

¹³⁹ A. GRACILI, *I consorzi tra enti locali*, Nocchioli Editore, Firenze, 1997, p. 10-11

¹⁴⁰ Testo unico per la finanza locale

realizzazione del dettato dell'art. 3 comma 2, cioè che perseguono l'uguaglianza sostanziale¹⁴¹. Si occupa più nello specifico di servizi pubblici, seppur con le riserve che si faranno a breve, l'art. 43, anche se l'ambito della disposizione è più ampio¹⁴².

Esso stabilisce le condizioni, e quindi anche i limiti negativi, alla pubblicizzazione, ma non alla più generica attività economica pubblica in concorrenza con quella privata, la quale viene considerata libera se viene operata una lettura sistematica con l'art. 41, comma 1; esso, per l'appunto, statuisce che «l'iniziativa economica privata è libera»¹⁴³, e lì, evidentemente, l'aggettivo «privata» non la caratterizza in senso soggettivo, ma delinea una sottoposizione alla sola disciplina di diritto comune, poiché un'interpretazione diversa causerebbe un'incongruenza nel sistema. Ciò sarebbe confermato dalla norma dell'art. 41, comma 3, che, assoggettando agli stessi programmi l'attività economica pubblica e quella privata, evita che, al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 43, vi possa essere un trattamento di favore per la posizione dell'amministrazione nel mercato¹⁴⁴. La ragione di questo disegno normativo è piuttosto chiara: si vogliono conferire allo Stato degli spazi ben definiti per agire con moduli pubblicistici, così da evitare che esso alteri la concorrenza obbligando di fatto gli altri operatori, privati, ad uscire dal mercato a causa dell'uso di risorse finanziarie collettive che assicurino all'operatore pubblico una gestione altrimenti finanziariamente insostenibile¹⁴⁵. Se ne ricava, perciò, una certa tutela della concorrenza, cronologicamente precedente anche alla disciplina *antitrust* che avrebbe introdotto il diritto comunitario. Anche se la Corte costituzionale non è stata sempre univoca sul punto¹⁴⁶, era da ritenersi che la libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41, comma 1 ricomprendesse, già prima della riforma del Titolo V del 2001, anche la tutela della concorrenza, in quanto «riconoscere ad una pluralità di soggetti

¹⁴¹ B. G. MATTARELLA, *Le ragioni di una disciplina nazionale servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, 4

¹⁴² Si riporta la disposizione: «A fini di utilità generale la legge può riservare originariamente o trasferire, mediante espropriazione e salvo indennizzo, allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti determinate imprese o categorie di imprese, che si riferiscano a servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere di preminente interesse generale.»

¹⁴³ F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli/Il Foro, Bologna-Roma, 1982, p. 193

¹⁴⁴ G. CORSO, *Il mercato: profili costituzionali*, in *Diritto amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco*, Bononia University Press, Bologna, 2018, p. 3-4

¹⁴⁵ C. BOGNETTI, *Il modello economico della democrazia sociale*, in “Gruppo di Milano”, *Verso una nuova Costituzione*, Vol. I, Milano, 1983, p. 168

¹⁴⁶ Corte cost., 30 settembre 1999, sent. n. 384

la stessa situazione giuridica soggettiva, significa porli in concorrenza tra loro»¹⁴⁷. D'altronde una valutazione positiva della concorrenza da parte del legislatore costituzionale la si ricava, *a contrario*, anche dall'art. 43, il quale cerca di evitare e porre rimedio ai monopoli privati, sostituendoli con quelli pubblici¹⁴⁸. Quest'articolo, più nello specifico, legittima il potere pubblico ad appropriarsi, tramite legge e salvo un eventuale indennizzo, di attività in specifiche situazioni di estrema utilità e convenienza in vista di un fine generale, che è la tutela dei «diritti fondamentali della persona», i quali non sarebbero altrimenti assicurati da una gestione pubblica, ma alla fruizione dei quali, anzi, sarebbero frapposti quegli stessi ostacoli che l'art. 3, comma 2 della Costituzione si prefigge di eliminare¹⁴⁹.

Se è vero che, anche a prescindere dall'art. 43, un'astensione totale dello Stato sarebbe illegittima poiché impedirebbe nella sostanza l'applicazione dei diritti sociali previsti in Costituzione, e che in genere ogni «privatizzazione» ha dei costi sociali¹⁵⁰, non bisogna però neanche trascurare il problema della crescita del debito pubblico che sarebbe rallentata dalla gestione privata; è per questo necessario che l'art. 43 sia interpretato in modo tale da lasciare un certo margine di adattamento al legislatore in base al momento e alle circostanze concrete, fermo restando che esso può agire nei tre casi indicati dalla norma, e, con effetto ancor più restrittivo, al solo fine di tutelare «l'utilità generale» di servizi caratterizzati da un «preminente interesse generale»¹⁵¹. Da ciò che sembra abbia voluto intendere il legislatore costituzionale¹⁵², al ricorrere dei requisiti dell'art. 43 la legge ordinaria avrebbe non solo la facoltà, ma un vero e proprio dovere di pubblicizzare l'attività, poiché l'espressione «può riservare originariamente o trasferire» non alludeva affatto a un dubbio sulla rispondenza della pubblicizzazione all'interesse generale, ma, al contrario, voleva tutelare le finanze

¹⁴⁷ A. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Fascicolo 5|1999, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 2968

¹⁴⁸ G. CORSO, *Il mercato*, cit., p. 4-6

¹⁴⁹ A.I. ARENA, *Un tentativo di individuare limiti alla privatizzazione nella Costituzione italiana*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2|2020, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 41

¹⁵⁰ Basti pensare come, in ogni servizio pubblico, la liberalizzazione comporti inevitabilmente un'erogazione meno universale, poiché gli operatori non si potranno avvalere dei finanziamenti incrociati di cui può giovare il monopolista. Si può ovviare a questo problema con la copertura finanziaria degli obblighi di servizio pubblico da parte dell'ente competente all'istituzione del servizio, ma questa soluzione presuppone un'ampia disponibilità di risorse pubbliche, che sono costrette a fare i conti con gli stringenti vincoli di *austerity*.

¹⁵¹ A.I. ARENA, *Un tentativo*, cit. p. 12-13, 37, 42

¹⁵² Sul valore interpretativo dei lavori parlamentari Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138

pubbliche dall'evenienza che imprese in dissesto sfruttassero un obbligo dell'amministrazione per farsi acquisire e riversare così i loro debiti sulla collettività¹⁵³. Tale pubblicizzazione si potrebbe manifestare in vari modi, di cui uno soltanto è l'esproprio totale dell'azienda, per cui va riscontrata avendo riguardo al concreto assetto di poteri nella realtà imprenditoriale considerata, ma soprattutto dev'essere, secondo la Consulta, indirizzata all'«eliminazione della eventualità che il privato, col peso della propria impresa – e naturalmente si tratta di imprese della massima dimensione – possa direttamente e profondamente influire su interi settori economici, con le conseguenze di ordine politico e sociale che a tale influenza sono connesse», affinché lo Stato possa effettivamente perseguire i propri obiettivi politici e sociali¹⁵⁴.

Si pone a questo punto il problema del rapporto tra l'attività economica privata e quella pubblica. La Costituzione ritiene la libertà di iniziativa economica senz'altro come un «diritto fondamentale» in stretto rapporto con il diritto di proprietà, il quale assieme alle ulteriori «libertà fondamentali» permette lo svolgimento della personalità dell'individuo ai sensi dell'art. 2 del testo costituzionale¹⁵⁵. Tale diritto è considerato tanto nella sua dimensione di accesso al mercato quanto in quella della libertà di gestione¹⁵⁶, ma allo stesso tempo è necessario che vi sia una limitazione, espressa già nella Costituzione, legata alla «generica idoneità dell'intervento statale al raggiungimento dell'esigenza di utilità sociale»¹⁵⁷, che però può estendersi soltanto fino ai punti in cui «l'iniziativa economica non venga annullata o soppressa»¹⁵⁸, salvo proprio il caso dell'art. 43, che prevede che l'attività sia completamente assunta dai pubblici poteri per assicurare l'utilità generale¹⁵⁹. Quest'ultima opzione, però, proprio a causa del valore assegnato alla libertà economica privata è l'*extrema ratio*, proprio perché in via generale la Costituzione ritiene compatibili il libero mercato e lo sviluppo sociale; il primo, però, non è un *laissez faire*, perché lo Stato non si astiene da ogni

¹⁵³ A.I. ARENA, *Un tentativo*, cit, p. 14-16

¹⁵⁴ Corte cost., 22 giugno 1965, sent. n. 58

¹⁵⁵ R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, Utet, Milano, 2006, p. 849

¹⁵⁶ M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Il foro amministrativo*, *Tar*, Fascicolo 2|2004, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 550-553

¹⁵⁷ Corte cost., 15 febbraio 1980, sent. n. 20

¹⁵⁸ Corte cost., 15 giugno 1960, sent. n. 38

¹⁵⁹ Corte cost., 23 marzo 1960, sent. n. 11

intervento, bensì assume un ruolo di regolatore che assicura che l'attività economica non contrasti con l'utilità sociale ai sensi dell'art. 41, comma 3¹⁶⁰.

Una parte della dottrina ha sottolineato come il legislatore costituzionale abbia avuto una considerazione della libertà economica meno positiva rispetto a quella che, in seguito, avrebbe avuto quello europeo, poiché il primo non le «attribuisce il valore di strumento di sviluppo e tutela sociale, e ne legittima la compressione tutte le volte che il legislatore lo ritiene opportuno»¹⁶¹. Sembra, a dire il vero, una lettura non del tutto corretta. Sono sicuramente riscontrabili delle differenze nei rapporti tra il pubblico e il privato, probabilmente dovuta alla differenza di rappresentanza politica nei due ordinamenti, ma si è comunque visto come l'art. 43 Cost. ponga limiti abbastanza stringenti alla pubblicizzazione di imprese con formule forse più ampie di quella degli art. 14 e 106 TFUE, ma che sicuramente non si rimettono all'arbitrio del legislatore. Dall'altro lato la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha talvolta anche confermato dei divieti di completa privatizzazione di attività economiche¹⁶², il che è solo un sintomo di un ordinamento, quello europeo, potenzialmente più sensibile alle necessità sociali e di intervento pubblico di quanto si tenda comunemente a credere. Non è infatti condivisibile neppure quella dottrina che legge il diritto primario europeo, e soprattutto i summenzionati articoli del TFUE, come una norma che ha fortemente limitato l'art. 43 Cost.¹⁶³. Le due norme, infatti, ammettono le deroghe alle libertà economiche europee che siano necessarie a realizzare la «specifica missione» dei servizi, con il fine ultimo di perseguire una «coesione sociale e territoriale» a cui questi ultimi sono preordinati. Ebbene, se si confrontano queste previsioni con la lettura proposta dell'art. 43, si nota come in entrambi i casi vi sia una deroga a una libertà consentita ma strettamente funzionale a un determinato scopo, il quale, che si parli di «coesione sociale e territoriale», di «utilità generale» o di «preminente interesse generale», può essere agevolmente identificato come l'attuazione di quei diritti sociali che contribuiscono, per dirlo con le parole dell'art. 3, comma 2 della Costituzione, a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e

¹⁶⁰ A.I. ARENA, *Un tentativo*, cit., p. 26-27

¹⁶¹ M. LOTTINI, *La libertà d'impresa*, cit., p. 553

¹⁶² C.G.U.E., 22 ottobre 2013, C-105/12, C-106/12, C-107/12

¹⁶³ F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Astrid Rassegna* (online), n. 13/2009, Engitel (server), Milano, p. 5

l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese». Chiariti i rapporti tra la norma costituzionale e quelle europee, vi sarebbe il problema della definizione di cosa effettivamente siano i «servizi pubblici essenziali», non definiti dalla Costituzione, ma sul tema, e più in generale sul problema definitivo dei servizi pubblici, si tratterà nel Capitolo III.

Anche alle Regioni, pochi anni dopo, è stata estesa la possibilità di assumere servizi con deliberazione del suo Consiglio nell'ambito delle funzioni conferite loro da Costituzione e leggi¹⁶⁴.

Più tardi il d.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902, ha sostituito il precedente regolamento attuativo¹⁶⁵ e ha semplificato le procedure di assunzione dei servizi e i controlli degli enti locali, con effetti di maggiore autonomia delle aziende anche in virtù delle esigenze emerse nella pratica amministrativa.

Come si può notare, nessuno degli interventi succedutisi dopo il 1903 (compreso quello del 1925) ha avuto portata completamente innovativa così che una disciplina sorta per regolare una prassi che in un determinato periodo soddisfaceva determinate esigenze è finita per durare quasi per tutto il '900 senza riforme organiche.

Nel frattempo il modello della municipalizzazione, inquadrato ormai in una dimensione pienamente pubblicistica a causa del suo fine di utilità generale, veniva affrontato sempre più nell'ottica delle forme di gestione, ricomprese in elenchi tassativi che avrebbero tipizzato l'azione pubblica, ma allo stesso eccessivamente irrigidito la discrezionalità amministrativa che si trovava di fronte a circostanze diverse rispetto all'inizio del secolo, poiché le priorità non erano più legate alla nascita dei servizi pubblici, ma più a un loro costoso miglioramento qualitativo e infrastrutturale, nonché a un adeguamento al diritto europeo in termini di limiti di spesa, divieto di aiuti di Stato e tutela delle libertà economiche¹⁶⁶. Per rispondere a queste esigenze, gli enti hanno cominciato a sfruttare la loro capacità soggettiva di diritto privato per strutturare società da essi partecipate che fossero abbastanza flessibili da permettere loro di agire del mercato anche con il necessario apporto di soggetti privati e di eludere così in un certo senso la rigidità delle forme di gestione autorizzate per i servizi pubblici locali¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Legge 10 febbraio 1953, n. 62, art. 22, comma 2, n. 4

¹⁶⁵ R.D. n. 108/1904

¹⁶⁶ G. PERICU, *La partecipazione degli enti locali alla società per la gestione dei servizi*, in *Le società miste per i servizi pubblici locali*, a cura di FRANCESCA TRIMARCHI BANFI, Giuffrè, Milano, 1999, p. 33-35

¹⁶⁷ S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 113-120

L'esistenza di società partecipate dal Comune non era vietata ma neanche strutturalmente disciplinata: ce n'era infatti solo un accenno nel T.U. della legge comunale e provinciale del 1934 al Capo 5^o¹⁶⁸, dove, nella regolazione della vigilanza e della tutela governativa di Comuni e Province, era redatto un elenco delle deliberazioni sottoposte alla disciplina, e tra queste proprio l'acquisto e l'alienazione di azioni industriali. Tale soluzione, tuttavia, nonostante la mancanza di un esplicito divieto, non è stata fin da subito positivamente accolta dai giudici. Esemplificativa della renitenza è una sentenza del 1956¹⁶⁹, in cui il Consiglio di Stato si è espresso su tali prassi dichiarandone l'illegittimità, in quanto contrarie alla disciplina sulla municipalizzazione. Il Comune sarebbe stato infatti in una situazione di conflitto di interessi, dovendo stipulare un accordo di concessione con la società e impersonando allo stesso tempo perciò il ruolo di concedente e di concessionario, e in più la società stessa avrebbe potuto agire in campi diversi da quelli di pubblica utilità e in delimitazioni territoriali differenti. Anche la prassi degli enti autonomi con personalità giuridica è stata giudicata dalla sentenza non conforme alla norma, in quanto eludeva la disciplina fornendo loro la personalità negata alle aziende speciali, con effetti rilevanti per l'autonomia negoziale e patrimoniale, e prevedendo un diverso sistema di controllo e una differente articolazione interna.

Approssimativamente dalla metà del XX secolo in poi, conformemente alle nuove necessità di sviluppo industriale e alla dimensione necessariamente statale che l'intervento avrebbe dovuto assumere per garantire lo sviluppo di queste, ha avuto inizio un processo di nazionalizzazione di alcuni dei più strategici servizi pubblici, tra cui quello di comunicazione telefonica¹⁷⁰, di distribuzione dell'energia elettrica¹⁷¹ e del gas naturale¹⁷² e dei trasporti statali¹⁷³; ognuno di questi ha chiaramente avuto i propri sviluppi particolari, ma tutti hanno come tratto in comune la nuova posizione dei Comuni nell'assetto dei servizi pubblici, i quali da titolari del servizio sono divenuti concessionari dello Stato, spesso, ma non sempre, in una situazione di

¹⁶⁸ Artt. 97-105

¹⁶⁹ Cons. Stato, Sez. I, 6 marzo 1956, sent. n. 373

¹⁷⁰ R.d. 27 febbraio 1936, n. 645

¹⁷¹ L. 6 dicembre 1962 n. 1643

¹⁷² L. 10 febbraio 1953, n. 136

¹⁷³ R.d. 11 aprile 1901, n. 146; l. 28 settembre 1939, n. 1822; d.P.R. 28 giugno 1955, n. 771; d.P.R. 14 gennaio 1972, n. 5; l. 10 aprile 1981, n. 151; lgs. 19 novembre 1997, n. 422

persistente monopolio, che da conseguenza di fatto dei poteri comunali è stato quindi talvolta positivizzato nelle leggi settoriali di riforma¹⁷⁴. Nei fatti questi mutamenti non hanno alterato sostanzialmente l'assetto della municipalizzazione già conosciuto, se non per il fatto che cambiavano alcuni importanti aspetti: il titolo di legittimazione dell'assunzione della legge, dall'uso dei poteri locali alla legge; il soggetto titolare del servizio, dal Comune allo Stato, di cui il primo era un potenziale concessionario, di fatto preferito, ma potenzialmente in competizione con i privati; l'ambito di organizzazione minimo, che spesso continuava a identificarsi nel Comune, ma talvolta, come nel caso del servizio di trasporto, veniva esteso alla Regione¹⁷⁵.

L'auspicata riforma della disciplina dei servizi pubblici è stata emanata all'alba dell'ultimo decennio del XX secolo, con l. 8 giugno 1990, n. 142, nell'ambito di un intervento dalla portata maggiore, teso a regolare l'ordinamento delle autonomie locali.

Comuni e Province venivano chiamati, nell'ambito delle loro competenze, a gestire servizi pubblici aventi per oggetto «produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali» (art. 22): per farlo potevano scegliere tra la gestione in economia, quando ciò era opportuno per le modeste dimensioni e per le caratteristiche del servizio; la concessione a terzi, con la sussistenza di ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; l'istituzione, per servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale, di cui veniva adesso positivizzata una differenza concettuale più forte di quella del T.U. del 1925 e a cui seguirà, nelle successive riforme, una separazione normativa; la s. p. a. mista a prevalente capitale pubblico, qualora la natura del servizio rendesse opportuna la partecipazione di altri soggetti; l'azienda speciale, per cui nuovamente non erano richiesti particolari requisiti. La l. 15 maggio 1997, n. 127 ha aggiunto poi, come ulteriore opzione, la s. r. l. mista con specifici effetti fiscali, con capitale prevalentemente pubblico e, come criterio di valutazione dell'affidamento a una società mista, accanto alla natura del servizio, il suo ambito territoriale. Recependo poi alcune criticità dell'azienda speciale emerse in passato, l'art. 23 le ha assegnato la personalità giuridica, l'autonomia imprenditoriale e un proprio statuto; ha affidato poi

¹⁷⁴ G. FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., 167-194

¹⁷⁵ G. FONDERICO, *Il comune regolatore*, cit., 167-194

allo statuto dell'ente locale la nomina e la revoca dei suoi amministratori e ha previsto l'obbligo di pareggio di bilancio.

La legge, come si può dedurre, non è stata innovativa, ma ha recepito delle spinte interne al modello per preservarlo e per consentire un'efficace ed efficiente gestione da parte dell'ente locale e i tre aspetti più interessanti, seppur ereditati dalle discipline precedenti o dalla precedente prassi, sono stati sicuramente le previsioni in tema di private, aziende speciali e società miste.¹⁷⁶

Per le prime è stata confermata la necessità di una previsione di legge¹⁷⁷. Una giurisprudenza già ormai influenzata dalla normativa europea e, successivamente, dalla riforma del Titolo V della Costituzione, ma in ogni caso legata strettamente a considerazioni di stretto diritto, si è orientata nel ricavare dall'art. 22 comma 2 una norma che eliminava la facoltà dei Comuni (e delle Province) di istituire monopoli di fatto e abrogava il diritto precedente¹⁷⁸. Si è proseguito poi su questo binario anche quando la l. 28 dicembre 2001, n. 448 ha abrogato l'art. 112 del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 nella previsione erede dell'art. 22 comma 2 della legge del 1990: l'abrogazione non ha portato comunque a una riesumazione delle previgenti private abrogate dalla l. 142, come ha confermato il Consiglio di Stato, che così ha dato avvio alla separazione concettuale tra assunzione del servizio e gestione in esclusiva¹⁷⁹.

In tema di aziende speciali, il conferimento della personalità giuridica aveva l'obiettivo di rilanciarne l'utilizzo: nei confronti di queste, infatti, permaneva il *favor* della legge che non prevedeva una motivazione specifica da fornire per la loro scelta. La legge, tuttavia, ha trasformato il disegno giolittiano mutando le aziende in enti pubblici economici con una propria autonomia, mentre organi dell'amministrazione rimanevano le istituzioni, destinate ai servizi senza rilevanza imprenditoriale¹⁸⁰.

Nonostante però questa manifesta preferenza del legislatore, lo strumento preferito dagli enti locali ha continuato a essere la società, soprattutto quella mista a

¹⁷⁶ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Digesto/Pubblico*, Wolters Kluwer, 2012, p. 18

¹⁷⁷ Già richiesta dal d.P.R. n. 902/1986 e poi ripresa nel 2000

¹⁷⁸ Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, sent. n. 7950, che ormai riconosce una giurisprudenza già pienamente assestata sul punto

¹⁷⁹ Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2004, n. 7899, che ha riscontrato la «chiara volontà legislativa di favorire l'ulteriore liberalizzazione dei servizi pubblici locali [...] da stimarsi ormai pressoché integralmente transitati da un regime di tipo monopolistico pubblico ad un sistema imperniato sul principio dell'accesso ai relativi mercati, regolato esclusivamente da atti di natura autorizzatoria»

¹⁸⁰ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, cit., 5

capitale prevalentemente pubblico in un primo momento, e poi anche a capitale pubblico minoritario a causa della struttura più flessibile e della possibilità che offriva di coinvolgere imprese private di cui si sentiva la necessità¹⁸¹. Queste infatti offrivano semplicità di costituzione e flessibilità d'azione, oltre alla possibilità di includere nell'organizzazione terzi che cooperassero per la gestione secondo un uso funzionale della società mista che oggi è chiamato partenariato pubblico-privato istituzionale (PPPI); non era poi un problema il carattere pubblicistico del servizio, poiché non era difficile porre nello statuto della società vincoli relativi a controlli o alla stessa struttura organizzativa in modo che rispondesse all'ente locale, senza poi considerare gli strumenti contrattuali che potevano far sì che la società rispettasse gli obblighi di servizio¹⁸².

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente prima dell'influenza eurounitaria sul tema¹⁸³, poiché la l. n. 142/1990 prevedeva separatamente la gestione tramite concessionario e tramite società mista, quest'ultima aveva una propria autonomia concettuale e non necessitava dello strumento della concessione previsto per la prima¹⁸⁴. La stessa previsione legislativa è divenuta la base giuridica tanto del provvedimento che costituiva la società, valente anche come deliberazione a contrarre il contratto societario, quanto di quello che le affidava lo svolgimento del servizio pubblico, che è diventato il suo oggetto sociale¹⁸⁵. Se da ciò risultava il vantaggio dell'affidamento diretto, meno vantaggioso era l'obbligo di maggioranza delle azioni pubbliche: esse richiedevano un ingente capitale finanziario di cui spesso gli enti locali erano sforniti e, inoltre, la stessa struttura interna delle società di capitali comportava spesso costi eccessivamente alti, soprattutto se paragonata alle aziende speciali, più adatte per i servizi di minore entità. Quest'aspetto, tuttavia, non è stato sempre adeguatamente considerato ma, anzi, quasi per scelta ideologica i sostenitori della privatizzazione sembravano trascurare come la decisione tra i regimi di gestione andasse calibrata più sulle caratteristiche e sulle condizioni del servizio che sul tipo di soggetto erogatore, tenendo anche conto del rischio del possibile uso strumentale delle società pubbliche per eludere i vincoli all'attività pubblica capace di alterare la

¹⁸¹ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 18

¹⁸² F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, cit., 6-7

¹⁸³ Cons. Stato, Ad. Gen., 16 maggio 1996, n. 90/96

¹⁸⁴ G. CAIA, *L'evoluzione delle norme*, cit., 23

¹⁸⁵ G. CAIA, *L'evoluzione delle norme*, cit., 23

concorrenza, il quale si è attenuato con l'interessamento della giurisprudenza europea sul tema¹⁸⁶.

A completare la disciplina del 1990 è intervenuta la l. 23 dicembre 1992, n. 498, art. 12, che ha dato ai Comuni e alle Province la facoltà di istituire, per la gestione del servizio e la realizzazione delle infrastrutture necessarie, s.p.a. a partecipazione pubblica minoritaria. I soci sarebbero dovuti essere scelti con gara pubblica, e lo statuto avrebbe dovuto far nominare agli enti uno o più amministratori e sindaci; si delegava il Governo a dare una disciplina di dettaglio, in particolare in tema di capitale sociale e capitale pubblico minimo, di criteri di scelta dei soci, del rapporto tra ente locale e società privata e di forme di controllo. Il termine per la delega tuttavia è scaduto e il successivo d.l. 31 gennaio 1995, n. 26 ha delegato nuovamente la normativa, ma questa volta affidandola a un regolamento, che è intervenuto con il d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, il quale ha fornito la disciplina di dettaglio.

Un altro intervento meramente organizzativo è stato quello della summenzionata l. n. 127/1997 che ha consentito l'affidamento anche a s.r.l. miste, accanto alle s.p.a., e ha disciplinato la trasformazione delle aziende speciali in s. p. a. (art. 17 commi 51-58).

Nel frattempo anche la l. 5 gennaio 1994, n. 36¹⁸⁷ era intervenuta nel campo dei servizi pubblici locali, e più precisamente del servizio idrico. Ha preso atto che la concorrenza poteva essere indotta con «strumenti giuridici» (quanto meno la concorrenza per il mercato), ma le autorità di regolazione, che in quel periodo si iniziavano a diffondere, necessitavano di mercati sufficientemente ampi se dovevano essere gli operatori a sostenerne i costi, cosicché la riflessione in merito ha portato anche ad altre leggi settoriali che hanno ampliato l'ambito di riferimento, sottraendo gradualmente istituzione e gestione dei servizi ai Comuni¹⁸⁸.

3. Dalla spinta europea alla concorrenza all'arresto referendario

All'alba del nuovo millennio si riscontra, come elemento innovativo nella disciplina dei servizi pubblici, la sempre più forte influenza del diritto comunitario, spesso espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea; già a partire dagli anni

¹⁸⁶ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit., 1096-1097

¹⁸⁷ Cosiddetta "legge Galli"

¹⁸⁸ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, cit., 9-10

'90, quando non prima, si era concentrato su alcuni elementi tipici dell'organizzazione dei servizi, come i diritti esclusivi e speciali, ma dal decennio successivo ha iniziato a influenzare in maniera determinante le disposizioni nazionali, che spesso, come si vedrà, si spingeranno anche oltre il minimo richiesto.

A dire la verità il d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267¹⁸⁹, ancora era scervo dai summenzionati condizionamenti, poiché consisteva in una sostanziale sistemazione dell'evoluzione normativa precedente, come testimoniato dall'autoproclamata natura di T.U. dello stesso, con una concentrazione più alta che in passato sulle tariffe dei servizi, che avrebbero dovuto assicurare l'equilibrio economico-finanziario del servizio ed essere proporzionate per l'integrale copertura dei costi, la cui entità avrebbe dovuto avere considerazione degli investimenti, della qualità del servizio e dell'adeguata remunerazione del capitale (art. 117). A testimonianza, però, dell'ormai imprescindibilità del diritto comunitario, proprio la Commissione europea ha criticato il fatto che nel Tuel mancasse un'esplicita previsione dell'obbligo della gara per la scelta del socio privato nelle società miste, peraltro già previsto in precedenza nella l. n. 498/1992 e nel d.P.R. n. 533/1996¹⁹⁰.

Il diritto dell'Unione europea si è sviluppato autonomamente da quello degli Stati membri nelle materie che all'Unione sono state attribuite dai Trattati, e artefice del fenomeno è stata in gran parte la Corte di Giustizia dell'Unione europea¹⁹¹. La valutazione di questa, come si vedrà, si appoggia a determinate categorie giuridiche, le quali, al contrario di ciò che spesso accade in molti Stati membri, non hanno alla base una teoria generale del diritto europeo, ma sono funzionali agli obiettivi che l'ordinamento eurounitario deve perseguire.

Due importanti punti fermi del diritto europeo, presenti infatti nei Trattati, sono la libera prestazione dei servizi (artt. 56-62 TFUE) e la tutela della concorrenza (artt. 101-109 TFUE), entrambi precipitati dell'obiettivo dell'instaurazione di un mercato interno europeo (art. 26 TFUE). Esse operano in relazione all'ampia categoria delle «prestazioni fornite normalmente dietro retribuzione», dette per l'appunto «servizi» (art. 57 TFUE), di cui una sottocategoria sono i «servizi di interesse economico

¹⁸⁹ «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»

¹⁹⁰ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit., 12; Commissione europea – Avvio della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, Bruxelles, 4 luglio 2002, n. 8622

¹⁹¹ L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020, p. 417

generale» (SIEG)¹⁹². La ragion d'essere di questo concetto è il carattere non assoluto dei punti fermi appena citati: essi, infatti, possono cedere, sicché «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale [sono] sottoposte alle norme sulla concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica funzione loro affidata»¹⁹³, come ben evidenzia la Corte di giustizia, che reputa ad esempio utile all'adempimento «la possibilità di una compensazione tra i settori di attività redditizi e quelli meno redditizi»¹⁹⁴, come anche necessità di igiene o ordine pubblico. Tale trattamento è dovuto al ruolo dei SIEG «nella promozione della coesione sociale e territoriale» (art. 14 TFUE) che comporta «l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti» (art. 1, Protocollo n. 26). Sussiste, in definitiva, un compromesso che «mira a contemperare l'interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, come strumento di politica economica o sociale, con l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune»¹⁹⁵.

Per assicurare nel concreto la corretta applicazione di queste deroghe si valuta prima di tutto l'effetto che gli atti hanno di impedire, oltre una soglia minima, l'attività economica dei soggetti interessati, superando perciò le classificazioni di diritto interno, e considerando solo le loro conseguenze, per giudicarne poi, *a posteriori*, il rispetto del principio di proporzionalità nelle limitazioni in nome di esigenze di

¹⁹² A ciò la Corte di Giustizia associa la definizione di «attività economica» come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», anche se esercitata da un organismo sottoposto al diritto pubblico (C.G.C.E., 18 giugno 1998, C-35/96)

¹⁹³ È bene notare che, come specifica la stessa Corte di giustizia, «non è necessario [...] che risultino minacciati l'equilibrio finanziario o la redditività economica dell'impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse

economico generale. È sufficiente che [...] possa risultare compromesso l'adempimento delle specifiche funzioni assegnate all'impresa» (C.G.C.E., 21 settembre 1999, C-67/96). Il possibile carattere ostativo delle regole di concorrenza al funzionamento dei SIEG non è perciò legato a elementi tecnico-economici, dipendendo di conseguenza la sua estensione dall'interprete che, secondo la giurisprudenza europea, dovrebbe dare carattere restrittivo alle eccezioni (C.G.C.E., 10 aprile 2003, C-20/01 e C-28/01)

¹⁹⁴ C.G.C.E., 19 maggio 1993, C-320/91

¹⁹⁵ C.G.C.E., 21 settembre 1999, C-67/96

rilevanza fondamentale¹⁹⁶. In merito a quest'ultimo, esso è un altro cardine dell'ordinamento europeo, non espresso inizialmente nei Trattati, ma elaborato¹⁹⁷ e ormai ben saldo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia che, sulla sua base, richiede che i provvedimenti messi in campo dall'Unione «siano idonei a conseguire lo scopo perseguito e non eccedano quanto è necessario per raggiungere detto scopo»¹⁹⁸, tenendo presente che l'ampiezza del sindacato giurisdizionale si modula con andamento inversamente proporzionale alla discrezionalità concessa al legislatore nella materia¹⁹⁹. È uno strumento di valutazione applicato sia al diritto primario dell'Unione che disciplina le relazioni tra questa e gli Stati membri²⁰⁰ che al rapporto tra le libertà dei privati e le misure a tutela di un pubblico interesse, in tutti i casi caratterizzato dagli imprescindibili requisiti di idoneità e necessità²⁰¹, affinché «i sacrifici e le limitazioni di libertà imposti ai singoli non eccedano quanto necessario per il raggiungimento degli scopi pubblici»²⁰².

Nonostante il ruolo del sindacato giurisdizionale sia quindi fondamentale per evitare una compressione eccessiva dei diritti, la Corte ha comunque mantenuto un atteggiamento più cauto e rispettoso delle scelte degli Stati membri per quelle materie particolarmente sensibili in quanto relative alla politica sociale, verso cui il giudice europeo adotta una valutazione meno incisiva, che corregge più quando riscontra un'irragionevolezza in base alle premesse individuate dallo Stato membro che non quando essa stessa individua un'opzione alternativa²⁰³. La Corte di Giustizia, infatti, soprattutto nelle materie appena menzionate, richiede certamente una lettura non estensiva delle deroghe concesse dall'art. 106 TFUE alle libertà economiche, ma allo stesso tempo non interpreta la valutazione della necessità nel giudizio di

¹⁹⁶ Secondo l'approccio delineato dalla Corte in una vasta giurisprudenza. Si vedano, oltre alle sentenze citate *infra*, C.G.C.E., 25 giugno 1998, C-203/96; C.G.C.E., 28 aprile 1998, C-120/95, C.G.C.E., 23 ottobre 1997, C-159/94.

¹⁹⁷ C.G.C.E., 17 dicembre 1970, C-11/70

¹⁹⁸ C.G.C.E., 12 novembre 1996, C-84/94; G. NAPOLITANO, *La liberalizzazione tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche competitive e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, a cura di F. LIGUORI, C. ACOCELLA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015, p. 235; P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2018, Giuffrè Francis Lefebvre, p. 337 ss.

¹⁹⁹ C.G.C.E., 10 dicembre 2002, C-491/01

²⁰⁰ Con quest'intenzione è enunciato nell'art. 4 TUE.

²⁰¹ C.G.C.E., 6 dicembre 2005, C-453/03, C-11/04, C-12/04, C194/04

²⁰² L. DANIELE, *Diritto dell'Unione*, cit., p. 470-474

²⁰³ A. FRITZSCHE, *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Wolters Kluwer, Leiden, 2010, p. 361-403

proporzionalità come la scelta della misura meno restrittiva in assoluto, bensì come quella funzionale allo scopo dell'attività di interesse generale che, allo stesso tempo, non sia sproporzionata rispetto a esso²⁰⁴.

Un'altra categoria introdotta dal diritto europeo per tutelare il mercato unico e le libertà dei Trattati è quella dei «diritti speciali o esclusivi»²⁰⁵. La locuzione compare oggi, dopo essere nata nella giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁰⁶, nell'art. 106 TFUE, ma senza che esso fornisca prescrizioni in merito a questi; la Corte, allo stesso modo, ha dato un valore ricognitivo alla norma, cosicché tali diritti, anche se «possono limitare gli scambi intracomunitari», non sono né sempre vietati (perché a esserlo sono le misure contrarie ai Trattati), né sempre legittimi (perché possono causare una violazione)²⁰⁷. Più nello specifico, il giudice europeo ritiene che «uno Stato membro contravviene ai divieti posti [...] solo quando l'impresa [...] è indotta, con il mero esercizio dei diritti esclusivi che le sono attribuiti, a sfruttare abusivamente la sua posizione dominante, o quando questi diritti sono atti a produrre una situazione in cui l'impresa è indotta a commettere abusi del genere»²⁰⁸. Inoltre c'è una distinzione, emersa con la normazione della Commissione in materia di comunicazioni satellitari su impulso della Corte²⁰⁹, tra le due componenti, sia quantitativa, poiché i diritti esclusivi sono riservati a un solo operatore e quelli speciali a due o più, sia, all'interno dei «diritti speciali», qualitativa, cioè tra «diritti speciali a effetti esclusivi» e «diritti speciali di privilegio»; questa distinzione aiuta ad ampliare il raggio d'azione della definizione e, vista anche la non incompatibilità non i richiami successivi, assume oggi valore generale²¹⁰.

²⁰⁴ F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 5|2008, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 1063-1104

²⁰⁵ C.G.C.E., 25 ottobre 2001, C-475/99 e C.G.U.E., 27 marzo 2019, C-545/17; C.G.U.E., 12 dicembre 2013, C-327/12

²⁰⁶ C.G.C.E., 17 novembre 1992, C-271/90, C-281/90, C-290/90; C.G.C.E., 27 aprile 1994, C-393/92; D. DURANTE, *Concorrenza (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1997, p. 364-365

²⁰⁷ «Sebbene tale disposizione presupponga l'esistenza di imprese titolari di taluni diritti speciali o esclusivi, da ciò non consegue che tutti i diritti speciali ed esclusivi siano necessariamente compatibili col Trattato» C.G.C.E., 19 marzo 1991, C-202/88

²⁰⁸ C.G.C.E., 21 settembre 1999, C-67/96

²⁰⁹ Direttiva 94/46/CE, correttiva delle Direttive 88/301/CEE e 90/388/CEE

²¹⁰ F. GHERARDUCCI, *I diritti speciali e esclusivi nell'ordinamento comunitario: problemi definitivi e tendenze evolutive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicoli 3-4|2000, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 815-843

Una più recente definizione delle due categorie di diritti si trova nelle Direttive 2002/77/CE²¹¹ e 2006/111/CE della Commissione²¹²: dal contenuto pressoché equivalente, assimilano diritti esclusivi e speciali quanto alla base giuridica²¹³ e a un contesto geografico di riferimento, per poi differenziarsi negli effetti. I primi, infatti, riservano a un'impresa la facoltà di prestare un servizio o esercitare un'attività; i secondi possono limitare a due o più le imprese autorizzate a un servizio o a un'attività oppure conferire a una o più imprese determinati vantaggi che pregiudichino la medesima attività alle stesse condizioni a potenziali concorrenti: per entrambe le configurazioni dei diritti speciali²¹⁴ non devono essere rispettati criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione perché i privilegi rientrino nella definizione²¹⁵. Questi tre criteri, e soprattutto quello di proporzionalità, rispecchiano l'ossatura dell'ordinamento europeo, preoccupato *in primis* allo sviluppo economico privato, che cede il passo nella misura strettamente necessaria agli obiettivi politico-amministrativi²¹⁶.

Ulteriore concetto giuridico per inquadrare la sostanza del rapporto sotteso ai servizi pubblici è quello della concessione, presente anche nell'ordinamento interno ma con una valenza differente, poiché afferente a diverse esigenze.

Per il diritto amministrativo nazionale, infatti, la concessione è sia un «provvedimento creativo di diritti o di situazioni giuridiche attive» che perseguono un interesse generale, sia un «negozi[o] di diritto pubblico», qualificato dalla dottrina contrattualista come contratto e da quella anticontrattualista come atto unilaterale di

²¹¹ Sulla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica.

²¹² Sulla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche.

²¹³ «Qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa»

²¹⁴ A dire la verità la seconda direttiva citata ne configura un'ulteriore che, però, ha sostanzialmente gli effetti della prima.

²¹⁵ La prescritta assenza del rispetto dei tre criteri fa ritenere, soprattutto se si compara la norma con l'art. 106 TFUE, che la definizione comprenda una gamma di situazioni meno estesa che nel trattato poiché, se in questo i diritti speciali assumevano un valore ricognitivo e non assiologico, la direttiva sembra che si riferisca solo a quei diritti che si configurino come «misura contraria alle norme dei trattati». La riflessione sembra confermata dal divieto senza eccezioni posto dall'art.2 par. 1 Dir. 2002/77/CE, ma lascia a questo punto perplessi l'assimilazione fatta dalla disposizione della direttiva di diritti esclusivi e speciali, poiché nell'art. 1 con riguardo ai primi si tace sul rispetto o meno dei criteri di oggettività, proporzionalità e non discriminazione: ciò potrebbe portare alla conclusione che un diritto esclusivo nella materia di competenza della direttiva sarebbe vietato in assoluto a favore di una sola impresa, mentre la situazione sarebbe diversa se avesse lo stesso effetto ma nei confronti di due imprese e avesse rispettato i tre criteri summenzionati.

²¹⁶ F. GHERARDUCCI, *I diritti speciali e esclusivi*, cit., p. 829; G. BERTI, *Democrazia, pluralismo e sistema economico (le Costituzioni e l'Unione europea)*, in *Jus*, Fascicolo 1/1997, Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano, p. 1151

cui l'accordo è condizione di efficacia o presupposto²¹⁷, fino ad arrivare a una soluzione di «contratto accessivo al provvedimento» in cui compartecipano un provvedimento che assegna il diritto al concessionario e un contratto che disciplina i reciproci impegni «su base paritaria»²¹⁸.

La nozione europea di concessione, invece, per come definita dalla Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione all'art. 5, è «un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano [l'esecuzione dei lavori o la gestione dei servizi] ad uno o più operatori economici, ove il corrispettivo consista unicamente nel diritto di gestire [i lavori o i servizi] oggetto del contratto o in tale diritto accompagnato da un prezzo». La direttiva si basa perciò unicamente sul soggetto che nel rapporto assume il rischio e prevale, ai fini dell'applicazione del diritto europeo, sia sulle definizioni che sulle distinzioni di diritto interno degli Stati membri, opponendosi al concetto di appalto pubblico per come definito dalla Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici all'art. 2, che fa emergere che, al contrario della concessione, per l'appalto l'amministrazione aggiudicatrice corrisponde un prezzo, assumendo quindi i rischi. Con riguardo alle concessioni la Direttiva 2014/23/UE prevede la libera amministrazione dei servizi delle autorità pubbliche nazionali, regionali e locali (art. 2), l'applicazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità nell'aggiudicazione (art. 3) e la libertà di definire i SIEG (art. 4). Esclude poi dalla disciplina le società *in house*, di cui fornisce i requisiti all'art. 17 sulla scorta di una consolidata giurisprudenza che non riscontra un rapporto contrattuale poiché non si configura, in relazione con l'amministrazione aggiudicatrice, una «persona giuridicamente distinta»²¹⁹. Il legislatore italiano, a partire dalla creazione giurisprudenziale della società *in house* a opera della sentenza da ultimo citata, ne ha recepito subito il concetto ma l'ha applicato ad un sistema monopolistico che ha continuato ad accettare acriticamente, così tradendo perfino le proprie stesse intenzioni, che si esprimevano nel senso della liberalizzazione dei

²¹⁷ E. SILVESTRI, *Concessione*, in *Enciclopedia del diritto – Volume VIII*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1961, 370-374

²¹⁸ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Quinta edizione, Il Mulino, Bologna, 2022, 187-188

²¹⁹ Tale giurisprudenza, menzionata in parte infra, ha avuto il suo esordio con C.G.C.E., 18 novembre 1999, C-107/98.

mercati, mentre nei fatti veniva perseguita la mera privatizzazione del soggetto monopolista ponendo vincoli all'autoproduzione²²⁰.

Ultimo strumento d'analisi utile al diritto europeo per l'applicazione degli obiettivi dei trattati è la disciplina degli aiuti di Stato. Essa è contenuta negli articoli 107-109 TFUE e nella giurisprudenza della Corte²²¹. Questi, come si sa, consistono in «un beneficio di qualsiasi natura che, attribuito direttamente o indirettamente da un'autorità pubblica a specifiche imprese pubbliche o private, alteri l'equilibrio legalmente predisposto nei rapporti commerciali fra due o più stati causando un danno rilevante sull'economia di un determinato settore produttivo o merceologico»²²². Sebbene gli effetti siano astrattamente negativi per il mercato unico europeo, non viene completamente impedito agli Stati membri di perseguire proprie politiche economiche, qualora i mezzi di cui si avvalgono siano proporzionatamente propedeutici alla realizzazione di fini di interesse pubblico giudicati meritevoli dal legislatore europeo o dalla Commissione, come emerge dagli articoli di riferimento²²³.

Prima della sentenza *Altmark* sussisteva un dibattito giurisprudenziale sulla natura di aiuti di Stato delle compensazioni.

Chi ne sosteneva l'inclusione nella nozione si basava sulla considerazione che il Trattato considera solo gli effetti degli atti, e non la loro causa, per considerarli aiuti di Stato: i finanziamenti compensativi fornivano un vantaggio che poteva alterare la concorrenza e, al più, sarebbero stati aiuti di Stato ammessi ai sensi dell'art.107 TFUE²²⁴.

²²⁰ R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 1|2005, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 179 ss.

²²¹ Si segnala in particolare la celebre C.G.U.E. 24 luglio 2003, C-280/00 *Altmark* che sancisce l'estraneità alla nozione di aiuto di Stato delle compensazioni dirette a dare copertura agli obblighi di servizio pubblico, purché l'impresa beneficiaria sia effettivamente incaricata di tali obblighi definiti in modo chiaro, la compensazione sia calcolata in base a parametri obiettivi e trasparenti tali da evitare vantaggi competitivi per l'impresa beneficiaria, l'entità della compensazione copra interamente o in parte i costi dovuti all'adempimento degli obblighi di servizio pubblico tenendo conto di un margine di utile ragionevole, la determinazione della compensazione, se la scelta della beneficiaria non è avvenuta per confronto competitivo, avvenga in base a un'analisi dei costi di un'impresa media gestita in modo efficiente.

²²² E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (Diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali VI*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2013, p. 20; Commissione europea, Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, (2016/C 262/01)

²²³ A. PISAPIA, *Norme europee in materia di aiuti di Stato e applicazione del giudice nazionale*, in *Questione giustizia*, n. 1/2013, Franco Angeli, p. 39-40;

²²⁴ Trib C.E., 27 febbraio 1997, T-106/95; Trib. C.E., 10 maggio 2000, T-46/97; Trib C.E., 11 giugno 2009, T-222/04

L'errore di questo approccio era che partiva da un'assimilazione generale di tutte le attività economiche e non considerava, come ha fatto poi la Corte, che le imprese destinatarie di obblighi di servizio pubblico sono sfavorite rispetto alle concorrenti e che, perciò, le compensazioni non fanno altro che ristabilire una parità: né quindi esiste un vantaggio selettivo né, tantomeno, la concorrenza è falsata, ma anzi è garantita per l'eliminazione di un vantaggio che altrimenti favorirebbe le imprese non gravate da obblighi²²⁵. La sentenza ha perciò evitato, dal punto di vista procedurale, la notifica preventiva prevista dall'art. 108 TFUE, poiché le misure in questione sono risultate del tutto al di fuori dalla nozione di aiuto di Stato.

L'ordinamento europeo ha dato vita, nella disciplina dei servizi pubblici locali, a due direttrici.

La prima tenta di assicurare una concorrenzialità nelle «pubbliche forniture» riaffermando il principio della gara nei rapporti economici tra amministrazione e privati, secondo la formula ormai diffusa della «concorrenza per il mercato»; la seconda, di ispirazione inglese, porta invece alla creazione di un vero e proprio mercato concorrenziale dei servizi pubblici, scorporando le gestioni integrate quando le infrastrutture creano monopoli naturali e istituendo autorità di regolazione che con provvedimenti realizzino quest'obiettivo economico²²⁶. Nell'adozione di quest'approccio, cioè di liberalizzazione nel senso vero del termine, ogni monopolio, anche locale, dev'essere passato al vaglio dell'art. 106 TFUE tramite il principio di proporzionalità, secondo un'impostazione figlia di una scelta di politica economica, non solo di matrice europea, che ha ripudiato la passata esaltazione per le «economie di scala» e si affida ora, in ottica neoliberista, alla capacità del mercato di trovare, tramite la concorrenza dei suoi agenti, «l'ottimo risultato allocativo»²²⁷. Quest'indirizzo europeo vira sempre più verso i concetti di servizio universale (su cui *infra*) e di obblighi più o meno generalizzati di servizio pubblico, talvolta definito in questo senso come servizio «di pubblica utilità» per garantire i bisogni che i SIEG hanno il dovere di soddisfare²²⁸.

²²⁵ C.G.C.E., 22 novembre 2001, C-53/00

²²⁶ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione*, cit., 8-9

²²⁷ E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 25

²²⁸ D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 1|2010, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 14-19

La seconda direttrice crea effettivamente un sistema diverso da quello giolittiano (che, ad oggi, è ancora largamente presente), mentre la sola privatizzazione del gestore del servizio non sviluppa un modello nuovo, semplicemente sostituisce al monopolio pubblico un monopolio privato. La differenza con la situazione pre-giolittiana è che la titolarità del servizio è in capo al Comune, che regola i rapporti col privato con lo strumento concessorio.

L'impianto di principi e prescrizioni appena descritto ha avuto un impatto sempre maggiore nella disciplina dei servizi pubblici dell'ultimo ventennio. Una prima dimostrazione ne è stata la l. 28 dicembre 2001, n. 448²²⁹ che, con il suo art. 35, ha apportato rilevanti modifiche al capo del t.u.e.l. relativo alla materia. È stato per prima cosa modificato l'art. 113 (comma 1), come si analizzerà a breve, poi fornito un termine per la trasformazione di aziende speciali e consorzi che gestivano servizi pubblici di rilevanza industriale (secondo la classificazione introdotta dalla legge) in società di capitali (comma 8), prevista l'individuazione di standard di qualità e l'organizzazione dei controlli da parte degli enti locali per i servizi pubblici (comma 14) e introdotto un articolo 113bis (comma 15).

Il nuovo art. 113 si prefiggeva di gestire le reti e l'erogazione dei servizi pubblici locali «di rilevanza industriale» (comma 1). Posta la proprietà pubblica delle reti e delle infrastrutture destinate all'erogazione dei servizi²³⁰, come si ricavava dai commi 2 e 13, la disciplina settoriale individuava i casi in cui la gestione della rete era separata da quella del servizio, così che a questo potessero accedere tutti i potenziali gestori legittimati (comma 3). L'affidamento dell'infrastruttura e quello del servizio stesso differivano in quanto del primo potevano beneficiare società miste a maggioranza pubblica con affidamento diretto o imprese scelte con gara (comma 4), mentre per il secondo c'era maggior rigore. Il comma 5 si esprimeva in maniera contraddittoria perché disponeva che l'erogazione, «da svolgere in regime di concorrenza», il che farebbe pensare all'intenzione di liberalizzare il mercato, si attuava con l'assegnazione della «titolarità» del servizio a società di capitali individuate con gara pubblica, le cui caratteristiche erano specificate al comma 7, e che avrebbero portato a un rapporto regolato da un contratto di servizio (comma 11).

²²⁹ Legge finanziaria 2002

²³⁰ Salvo il conferimento a società dalla maggioranza pubblica incedibile, la quale gestisce direttamente il servizio o pone gli impianti a disposizione dei gestori integrati del servizio o della sola rete.

Probabilmente il legislatore intendeva riferirsi alla gestione, rimanendo la titolarità del servizio in mano pubblica²³¹, ma rimane il dubbio sulla gestione monopolistica di un servizio che si decide di svolgere in concorrenza, il che fa pensare che, più che «concorrenza», il legislatore avrebbe dovuto usare il termine «privatizzazione». Sembra contrastante con la tassatività della disposizione appena analizzata il successivo comma 12, che permetteva agli enti locali di cedere, del tutto o solo parzialmente, la propria partecipazione nelle società, senza effetti sulle concessioni in essere: effettivamente sembra potersi ricomporre la discordanza sottoponendo a gara pubblica anche le società partecipate dall'ente locale, addirittura quelle interamente pubbliche, non essendo la privatizzazione un obbligo, ma non si capisce l'esigenza di una redazione testuale così diversa dal comma 4.

Già a partire da questa riforma è iniziato l'adattamento dell'ordinamento nazionale a quella spinta alla concorrenza di origine europea, che però, come si leggerà nel prosieguo, ha avuto un'attuazione autonoma. Innanzitutto si è trattato spesso di una liberalizzazione solo nominale, sostanziandosi, come in questo caso, in una mera privatizzazione del monopolista; non sono mancate inoltre situazioni in cui il legislatore nazionale ha emanato misure che si spingevano oltre i vincoli europei come, nel caso proprio della riforma del 2001, la totale mancanza di affidamenti diretti a società *in house*. Più coerente col disegno comunitario è stata la separazione tra reti e erogazione del servizio, dando alle due componenti la possibilità di avere conformazioni differenti quanto a disciplina e gestione e assicurando al contempo la funzionalizzazione delle prime all'utilità pubblica grazie alla riserva di proprietà a favore degli enti locali; da questa separazione è derivata anche una centralità della fase di programmazione e regolazione, da cui poi sarebbero emersi gli obblighi di servizio, estesi a tutti nei regimi settoriali liberalizzati e ai soli affidatari quando sussistano diritti esclusivi o speciali²³².

La disciplina del 2001, nonostante il cambiamento di paradigma in ottica europea, è stata comunque oggetto di procedura di infrazione da parte della Commissione europea²³³ poiché la configurazione delle ipotesi di affidamento diretto

²³¹ Come conferma l'art. 35 comma 14 della finanziaria con gli standard di qualità e i controlli a opera dell'ente locale.

²³² R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Volume I, Jovene, Napoli, 1993, p. 15-19; E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 20

²³³ Commissione delle Comunità europee 1999/2154 - C(2002)2329

ivi previste erano passibili di ledere i principi di pubblicità, messa in concorrenza e partecipazione.

A evitare sanzioni è intervenuto il d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con modificazioni dalla l. 24 novembre 2003, n. 326, il quale con il suo art. 14 ha modificato nuovamente l'art. 113 del t. u. e. l. Quest'ultimo, nella sua nuova struttura, cambiava innanzitutto rubrica, sostituendo alla locuzione «di rilevanza industriale» la nuova «di rilevanza economica», forse meno adatta a segnare le differenze interne ai servizi pubblici locali, ma sicuramente più vicina ai distinguo europei. La nuova disposizione specificava il fine della «tutela della concorrenza» (comma 1), perseguendolo soprattutto con la configurazione dell'affidamento tanto delle reti quanto dei servizi. Per quanto riguarda le prime rimaneva la possibilità di affidarne la gestione a imprese con gara pubblica, ma l'alternativa veniva corredata di tutti i requisiti dettati dalla giurisprudenza europea per la società *in house*, che poteva beneficiare di un affidamento diretto (comma 4); con riferimento all'affidamento del servizio, dopo aver premesso il rispetto del diritto dell'Unione europea, il testo contemplava che avvenisse a favore di società di capitali scelte con gara pubblica, di società miste con socio privato individuato ancora con gara pubblica (e sempre nel rispetto della disciplina comunitaria, oltre che nazionale) o di società *in house* (comma 5). Veniva poi specificato che le cessioni di partecipazioni nelle società erogatrici di servizi che l'ente locale compiva andavano svolte con procedure ad evidenza pubblica da rinnovarsi alla scadenza dell'affidamento (comma 12) e che le reti di proprietà dell'ente potessero essere cedute esclusivamente a società a capitale interamente pubblico e incedibile (comma 13).

Questa riforma ha segnato una discontinuità nell'approccio alla concorrenza, poiché l'ha reso meno rigido, anche se in parte ciò è derivato dalle pressioni della Commissione europea, e il carattere più emblematico è stato la reintroduzione della possibilità dell'autoproduzione anche per i servizi di carattere industriale, seppur circondata da garanzie²³⁴. Di un simile avviso è stata anche la giurisprudenza amministrativa che, almeno in parte, ha concordato sul fatto che «non vi è una norma che riservi al mercato e pertanto alle imprese private l'esercizio di servizi pubblici», cosicché la scelta della modalità di gestione dipenda da una valutazione del Comune,

²³⁴ M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, cit., 14

unico soggetto in grado di recepire le esigenze della propria comunità e di soddisfarle avendo riguardo «alla efficienza, alla economicità e alla efficacia dei servizi stessi»²³⁵. Tale giurisprudenza, tuttavia, non era unanime, poiché infatti non sono mancati giudici che continuavano a riscontrare una preferenza per l'esternalizzazione della gestione dei servizi pubblici privi di «rilevanza industriale» o, per dirlo con i termini della riforma, «rilevanza economica»²³⁶

Sono passati pochi mesi prima che il legislatore tornasse sulla via che era stato costretto a lasciare momentaneamente. Con la legge finanziaria 2004²³⁷ sono stati introdotti nell'art. 113 t.u.e.l. due nuovi commi. Il comma 5-*bis* ha dato alle discipline di settore facoltà di «introdurre regole che favoriscano la concorrenzialità nella gestione dei servizi» stabilendo «criteri di gradualità nella scelta della modalità di conferimento»: a seconda dell'interpretazione poteva sembrare un primo tentativo di ripensare il modello giolittiano, fino a quel momento mai messo veramente in discussione, con la possibilità di creazione di un vero mercato dei servizi, oppure semplicemente la surrettizia riproposizione di una norma che consentisse la limitazione dell'autoproduzione a favore dell'affidamento a terzi. Il comma 5-*ter*, invece, recuperava la concorrenzialità in relazione alla rete che, quando affidata senza gara, ritrovava questa nella scelta del soggetto che avrebbe dovuto svolgere i lavori connessi alla gestione.

Poco dopo, nel 2004, la Corte costituzionale ha emanato una sentenza la cui dichiarazione di illegittimità costituzionale ha colpito parzialmente la disciplina dei servizi pubblici locali²³⁸. Secondo il ricorso in via principale sollevato dalla Regione Toscana la disciplina dei servizi pubblici locali, per come risultante dalle riforme intervenute fino a quel momento, non sarebbe stata riconducibile ad alcuna delle competenze di esclusiva competenza statale ai sensi dell'art. 117, comma 2 della Costituzione, non potendo essere ricompresa né nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» (lett. m)), né nelle «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane» (lett. p)) e neanche nella «tutela della concorrenza» (lett. e)): con riguardo a quest'ultima, in particolare,

²³⁵ Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2004, sent. n. 5643

²³⁶ Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, sent. n. 272

²³⁷ L. 24 dicembre 2003, n. 350

²³⁸ Corte cost., sent. 13-27 luglio 2004, n. 272

se ne argomentava l'estraneità della disciplina, più orientata alla «promozione della concorrenza». La Corte ha confutato quest'ultimo punto, illustrando come la disposizione costituzionale ricomprenda una concezione di concorrenza tanto statica, intesa come «ripristino di un equilibrio perduto», quanto dinamica, mirata cioè «a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare rapporti concorrenziali». Su questa base, che ancora oggi fonda la competenza statale in materia di servizi pubblici locali di rilevanza, nonostante non manchi parte della dottrina e della giurisprudenza che la riferisce anche alle funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane²³⁹, quando non anche ad altre materie elencate nell'art. 117 comma 2²⁴⁰, la sentenza ha individuato come corretto il rimando alla «tutela della concorrenza» operato dal nuovo comma 1 dell'art. 113²⁴¹, visto come una «norma-principio» alla cui luce interpretare tutta la disciplina generale, nonché quelle settoriali, mentre ha riscontrato l'illegittimità costituzionale dell'art. 113-*bis* che, in quanto riferito ad attività non economiche, non può avere lo stesso fondamento dell'art. 113. Poiché tuttavia quella della concorrenza è una «materia-funzione», di carattere trasversale dato che inevitabilmente si sovrappone a materie dalla competenza concorrente o esclusivamente regionale, la legislazione statale applicativa ha legittimità costituzionale solo qualora rispetti i principi di adeguatezza e proporzionalità. La Corte, di conseguenza, ha ritenuto non conformi ad essi gli assai dettagliati requisiti per le gare pubbliche d'affidamento del servizio dettati dall'art. 113 comma 5, in particolare perché autodichiaratisi integrativi delle discipline settoriali, quindi anche regionali.

Un passo più deciso verso l'esternalizzazione è stato compiuto dall'art. 23-*bis* del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2008, n.

²³⁹ Corte cost., sent. 16-20 novembre 2009, n. 307 e Corte cost., sent. 10-11 febbraio 2014, n. 22, secondo cui «allo Stato spetta l'individuazione delle funzioni fondamentali dei Comuni tra quelle che vengono a comporre l'intelaiatura essenziale dell'ente locale, cui, però, anche storicamente, non sono estranee le funzioni che attengono ai servizi pubblici locali»: alla disciplina statale sarebbe perciò riservato un ruolo di mera assegnazione di una funzione, la cui organizzazione dovrebbe essere disciplinata dal soggetto (Stato o Regione) a cui appartiene la competenza legislativa per quella materia, come conferma anche Corte cost., sent. 23 giugno-22 luglio 2021, n. 163.

²⁴⁰ Corte cost., sent. 6 febbraio-29 marzo 2019, n. 65 la fonda anche sulla «tutela dell'ambiente» (art.117 comma 2 lett. s)) e Corte cost., sent. 17 maggio-7 luglio 2016, n. 160 anche sul «coordinamento della finanza pubblica» (art. 117 comma 3).

²⁴¹ Proprio questa specifica materia ha escluso, d'altra parte, una competenza statale nell'ambito dei servizi pubblici privi di rilevanza economica. Proprio la mancanza di questo carattere, infatti, fa venir meno la sussistenza della concorrenza, anche se in realtà alcune interpretazioni estensive di essa e della nozione di SIEG, che si esamineranno *infra*, potrebbero mettere in dubbio questo assunto.

133. Ha mantenuto innanzitutto l'esordio con una «norma-principio», stavolta arricchita di richiami non solo, in ottemperanza alla disciplina comunitaria, ai «principi di concorrenza», e a quelli di libertà di stabilimento e libertà di prestazione dei servizi dalla parte degli operatori, ma anche a quelli propri degli utenti di universalità e accessibilità dei servizi, di mantenimento dei livelli essenziali delle prestazioni e di tutela (comma 1).

Per quanto riguarda il conferimento dei servizi, vero nucleo della norma, il decreto stabiliva una via prioritaria, cioè l'affidamento a imprenditori e società con gara nel rispetto dei principi europei e della contrattazione pubblica (comma 2). In subordine, qualora si presentassero “peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento” per cui il ricorso al mercato fosse risultato inefficace e inutile, considerava le altre strade consentite dal diritto europeo, senza tuttavia né nominarle né indugiare sulla disciplina (comma 3). In tali casi però la scelta doveva avere “adeguata pubblicità” ed essere accompagnata da una relazione che la motivava sulla base di un'analisi di mercato; inoltre tale relazione andava inviata all'AGCM e alle eventuali Autorità di settore per un parere non vincolante (comma 4).

Si confermava poi la proprietà pubblica delle reti di cui si poteva affidare la gestione a soggetti privati (comma 5). Non è chiaro se la norma fosse incompatibile con l'art. 113, non abrogato dalla legge, che, nel comma 4, consentiva l'affidamento delle reti anche a società *in house*, poiché nell'art. 23-bis si parlava di una facoltà (“la loro gestione può essere affidata”), non di una modalità esclusiva; tuttavia, nonostante la scrittura non chiara, è possibile ritenere che il legislatore considerasse l'esternalizzazione come modalità esclusiva, in quanto, se avesse inteso concedere soltanto l'opzione dell'esternalizzazione, la norma sarebbe risultata ridondante rispetto alla disciplina ancora in vigore.

Dal punto di vista dell'organizzazione dei servizi prevedeva, per alcuni di essi in base alla normativa settoriale, il potere di Regioni ed enti locali di costituire bacini per «consentire lo sfruttamento di economie di scala e di scopo e di favorire una maggior efficienza ed efficacia» (comma 7)

Delegava inoltre al Governo l'emanazione di regolamenti per vari obiettivi, tra cui, il più interessante, era quello di «limitare, secondo criteri di proporzionalità,

sussidiarietà orizzontale e razionalità economica, i casi di gestione in regime d'esclusiva dei servizi pubblici locali, liberalizzando le altre attività economiche di prestazione di servizi di interesse generale in ambito locale compatibili con le garanzie di universalità ed accessibilità del servizio pubblico locale» (comma 10, in particolare lett. g)); ciò sembrava porre l'obiettivo di dissociare il non necessario affiancamento di servizio pubblico e conformazione monopolistica del mercato, iniziando quel processo di superamento del modello giolittiano che in passato sembrava essere stato saggiato ma mai aveva visto alcun serio tentativo di realizzazione.

Era infine abrogato l'art. 113 del t. u. e. l. in tutte le parti incompatibili con la legge (comma 11).

L'art. 23-*bis* è stato modificato dal d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni dalla l. 20 novembre 2009, n. 166. La riforma non ha comportato un sostanziale cambiamento e l'articolo risultante prevedeva ora un'altra modalità d'affidamento in via ordinaria (comma 2), cioè quella a società mista, che è stata recuperata e per cui sono state prescritte una gara a doppio oggetto, sulla qualità di socio e sui compiti operativi che esso doveva necessariamente avere, e una partecipazione del socio privato non inferiore al 40%. Ha specificato poi più esplicitamente che invece la modalità eccezionale d'affidamento era quella a società *in house*, i cui requisiti sono stati specificati in modo ridondante (comma 3).

È stata infine rimossa la previsione del parere obbligatorio dell'Autorità di settore qualora essa esistesse, mentre permaneva quella dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (comma 4), il cui parere era obbligatorio ogniqualvolta fosse stata superata la soglia che sarebbe stata definita dal regolamento delegato di cui al comma 10 (comma 4-*bis*).

Il nuovo regolamento, che ha sostituito quello del 1986, è stato emanato con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168. Ha esteso la sua applicazione a tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, esclusi quelli elencati in quanto oggetto di disciplina settoriale (art. 1). All'art. 2 il regolamento ha disegnato la struttura di quella liberalizzazione delegata dall'art. 23-*bis*: è stata limitata l'attribuzione dei diritti di esclusiva, qualora non previsti dalla legge, rappresentando l'inciso una restrizione dell'ambito d'azione della disciplina rispetto alla norma delegante che si riferiva a tutti i servizi pubblici locali, concessi solo nei casi in cui, secondo un'analisi di mercato

che doveva svolgere ogni Comune, l'attività in concorrenza non sarebbe stata adatta a soddisfare i bisogni degli utenti con l'applicazione dei principi di sussidiarietà orizzontale, proporzionalità ed efficienza, mentre allo stesso tempo dovevano emergere benefici «per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità [...] derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva»; dall'istruttoria compiuta doveva risultare una delibera da inviare all'Autorità garante per la concorrenza da rivalutare periodicamente. Inoltre, veniva per la prima volta prevista la facoltà degli enti locali di imporre obblighi di servizio pubblico, soprattutto ovviamente a liberalizzazione avvenuta almeno parzialmente (art. 2).

Per quanto invece riguarda l'affidamento del servizio, è stato specificato che alla gara prevista dall'art. 23bis, di cui erano anche illustrati i criteri, potessero partecipare, salvo divieti di legge, anche società a capitale interamente pubblico, certamente in parità con le altre partecipanti (art. 3). Ha fissato inoltre la soglia, la cui individuazione era stata delegata dall'art. 23-bis, oltre cui era obbligatorio il parere dell'Autorità antitrust a 200.000 euro annui (art. 4). Per recuperare la concorrenzialità persa con l'affidamento diretto è stato posto un obbligo di gara per l'acquisto di beni e servizi da parte delle società *in house* e di quelle miste il cui socio privato non era stato scelto con una gara a doppio oggetto (art. 6). A garanzia di un sistema concorrenziale sono stati posti anche limiti per distinguere la regolazione dalla gestione del servizio (art. 8).

Il nuovo assetto dei servizi pubblici locali, all'esito della lunga e poco organica serie di riforme, era perciò costituito essenzialmente dall'art. 113 t.u.e.l. e dal d.l. n. 112/2008 art. 23-bis nelle loro versioni modificate al 2010. Proprio quell'anno la Corte costituzionale²⁴², su ricorso in via principale di varie Regioni, si è espressa sulla legittimità costituzionale della disciplina, analizzandone sette «nuclei tematici», di cui solo i primi quattro sono interessanti ai presenti fini.

Il primo atteneva al rapporto della disciplina italiana con l'art. 117 della Costituzione, e quindi valutava un'eventuale violazione della disciplina europea. La Corte ne ha respinto l'illegittimità, evidenziando come le scelte italiane non costituissero «né una violazione né un'applicazione necessitata» dal diritto europeo, ma un'opzione compatibile con la discrezionalità del legislatore, tanto più perché favorivano una

²⁴² Corte cost., sent. 3-17 novembre 2010, n. 325

maggior competenza concorrenziale²⁴³. Il giudice costituzionale ha ribadito infatti l'omologia di SIEG e servizi pubblici locali di rilevanza economica, intesi come attività economiche, in senso comunitario, destinate a fornire «prestazioni considerate necessarie» e funzionali entrambe a tutelare la concorrenza tramite l'esternalizzazione²⁴⁴; passava poi a evidenziare le differenze nelle due normative. L'art. 23-bis, infatti, ha recepito i principi comunitari e ne ha limitato le eccezioni consentite in tema di «gestione diretta»²⁴⁵, considerata eccezionale, affidamento a società miste, il cui socio privato avrebbe dovuto possedere almeno il 40% della partecipazione (mentre la gara a doppio oggetto per la Corte non rappresentava un carattere più restrittivo), e autoproduzione tramite società *in house*, per cui erano stati recepiti gli ormai consolidati requisiti comunitari e ne venivano aggiunti degli altri.

Il secondo nucleo riguardava la base costituzionale della normativa sui servizi pubblici locali, con le relative conseguenze sulla ripartizione di potestà legislativa. Ribadendo il suo orientamento, la Corte ha individuato la norma costituzionale nell'art. 117 secondo comma lett. e) escludendo prospettazioni alternative e ha specificato come la «tutela della concorrenza», per il tramite degli artt. 11 e 117 comma 1, si rifà alla nozione comunitaria di essa, cioè un'ampia lettura che comprende misure antitrust, promozione della concorrenza e tutela della «concorrenza per il mercato». Su quest'ultimo punto persiste il dubbio sul dichiarato effetto di «realizzare la più ampia apertura del mercato», tanto più perché non si accenna ai fallimenti di esso che possono esigere una gestione monopolistica, come almeno viene richiesto dal D.P.R. 168/2010. La Corte infine ha specificato che, per quanto riguarda la disciplina che individua le Autorità d'ambito e detta il criterio del *price cap* per l'aggiornamento delle tariffe, alla competenza legislativa statale esclusiva della tutela della concorrenza si aggiunge quella, anch'essa statale esclusiva, dell'ambiente (art. 117 comma 2 lett. s)).

²⁴³ In senso analogo C.G.U.E., 3 ottobre 2019, C-285/18 e C.G.U.E., 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19 e C-91/19 (ordinanza)

²⁴⁴ L'assunto è piuttosto opinabile, poiché parte da un'erronea identificazione tra esternalizzazione e aumento di concorrenzialità, mentre per implementare la seconda è necessario agire sul regime dell'attività, comportando altrimenti l'esternalizzazione un semplice mutamento soggettivo del gestore.

²⁴⁵ Anche qui il legislatore, inconsapevolmente o, più probabilmente, in ottica strumentale, ha utilizzato una locuzione impropria, che confondeva la soggettività della gestione del servizio con la previsione di eventuali diritti di esclusiva.

All'esito dell'esame del terzo nucleo la Corte ha riscontrato che la disciplina statale, come richiesto dalla giurisprudenza anteriore riguardante la stessa «materia-funzione», rispettava il canone della ragionevolezza, manifestatasi come proporzionalità e adeguatezza. Non viola questi parametri infatti una disciplina di dettaglio, non richiedendo la Costituzione la mera enunciazione di principi, né è irragionevole la scelta di porre limiti più stringenti di quelli europei: poiché infatti i servizi pubblici locali rientrano nella competenza di «tutela della concorrenza», e probabilmente è proprio questo uno dei problemi di fondo dell'intero dibattito che si approfondirà *infra*, è a questa che la disciplina deve mirare. Tuttavia la stessa giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto che essa non può ricevere «una protezione assoluta», ma si deve confrontare con interessi molteplici, la cui soddisfazione però, data la norma costituzionale, «ha carattere derogatorio e per ciò stesso eccezionale», per cui deve attuarsi nella minima misura necessaria.

Il quarto nucleo, infine, ha argomentato il carattere oggettivo della «rilevanza economica». Essa, associata all'«interesse economico generale» di matrice europea, si riferisce alla destinazione del servizio a una pluralità indistinta di soggetti e al suo carattere di economicità, cioè di copertura quanto meno dei costi con i ricavi dell'attività; le due valutazioni non sono da svolgere esclusivamente *a posteriori* verso realtà operanti efficacemente ed autonomamente in un mercato ma, in primo luogo, possono riferirsi anche a un mercato potenziale, di cui bisogna valutare la realizzabilità e, in secondo luogo, riconoscono la rilevanza economica anche di un'attività sussidiata da compensazioni pubbliche dovute a obblighi di servizio.

Il panorama disciplinare, giustificato e reso ancor più solido dalla sentenza della Consulta n. 325/2010, è stato tuttavia travolto dal referendum abrogativo del 12-13 giugno del 2011, il cui risultato perentorio è stato annunciato dal d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113: è stato abrogato nella sua totalità l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, e di conseguenza il d.P.R. 168/2010. A dire la verità il risultato, tra l'altro parzialmente diverso e non del tutto soddisfacente delle originarie intenzioni dei promotori²⁴⁶, non ha comportato grandi difficoltà nella disciplina dei servizi pubblici locali. Ciò è accaduto

²⁴⁶ P. CARSETTI, *Referendum sull'acqua e sui servizi pubblici locali: un voto per il ritorno al futuro*, in *Economia e società regionale*, n. 3/2014, Franco Angeli, Milano, p. 67-71; F. TESTA, *La traiettoria dei servizi pubblici locali nell'esperienza di un protagonista*, in *Economia e società regionale*, n. 3/2014, Franco Angeli, Milano, p. 39

poiché, come visto, l'art. 23-*bis* prevedeva limiti più stringenti della disciplina comunitaria, così che la sua abrogazione non ha comportato né la mancanza di norme necessarie per l'adempimento di obblighi europei, né ha lasciato un impianto normativo contrario ad essi. Il risultato, come ha evidenziato la Corte costituzionale ammettendo il referendum²⁴⁷, non sarebbe stata la nuova vigenza della disciplina abrogata dall'art. 23-*bis*, ma semplicemente l'applicazione diretta della disciplina comunitaria, con i suoi minimi obblighi per essa indispensabili.

Con il referendum si è assistito nuovamente, come una decina di anni prima, a un cambio di rotta imposto al legislatore. Seppur per ragioni diverse, anche in questo momento la disciplina dei servizi pubblici è stata ricondotta a un'impostazione meno rigida per quanto riguardava il loro affidamento, ma allo stesso tempo meno intraprendente per ciò che riguardava il tentativo di liberalizzare i mercati.

4. La stabilizzazione dei principi e il primo tentativo di Testo unico

Il legislatore, dopo il referendum, non ha perso tempo e con il d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni da l. 14 settembre 2011, n. 148, ha dettato una nuova disciplina dei servizi pubblici locali, in particolare con gli artt. 3-*bis* e 4.

Il primo ha affidato alle Regioni e alle Province autonome l'organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica per bacini o ambiti, così da sfruttare economie di scala, prescrivendo una dimensione di essi almeno provinciale, salvo scelte motivate da differenziazioni territoriali e attuate con proporzionalità, adeguatezza ed efficienza (comma 1). Successive modificazioni dell'articolo hanno specificato il compito di Regioni e Province autonome di definire il perimetro di ambiti e bacini e di designarne le autorità di governo²⁴⁸ e le funzioni degli enti di governo di organizzazione, affidamento, controllo e determinazione delle tariffe del servizio²⁴⁹.

L'art. 4 invece si prefiggeva di adeguare la disciplina dei servizi pubblici locali alla volontà referendaria e al diritto europeo. Riprendendo la disciplina abrogata, la disposizione ha affidato agli enti locali, al fine di garantire le libertà europee, la

²⁴⁷ Corte cost., sent. 12-26 gennaio 2011, n. 24

²⁴⁸ Si tratta della modifica al comma 1 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni da l. 7 agosto 2012, n. 134

²⁴⁹ Comma 1-*bis*, aggiunto da d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni da l. 17 dicembre 2012, n. 221

valutazione della liberalizzazione di tutti i settori, anche quelli interessati da riserve legislative di attività, esclusi dal precedente d.P.R. n. 168/2010, purché continuassero ad assicurare universalità e accessibilità del servizio. Qualora ciò non fosse stato possibile, limitava le esclusive ai casi in cui la concorrenza non garantisse la soddisfazione dei bisogni, purché ciò emergesse da un'analisi di mercato (comma 1). Terminata l'istruttoria, l'ente avrebbe dovuto emanare una delibera quadro che esponesse i risultati e, per i servizi non liberalizzabili, i fallimenti di mercato e i benefici di un regime di esclusiva (comma 2). Tale delibera avrebbe dovuto essere oggetto di pubblicità e di invio all'Autorità antitrust (comma 3), con periodica rivalutazione (comma 4).

Per quanto riguarda la gestione dei servizi, ferma la facoltà degli enti locali di stabilire obblighi di servizio (comma 5), nel caso di instaurazione di regimi di esclusiva, l'attività avrebbe potuto essere affidata a imprenditori o società scelti tramite gara in conformità ai principi europei e dei contratti pubblici, nonché secondo e norme stabilite da legge, Autorità di settore ed ente locale (comma 8); alla gara erano ammesse anche società a totale partecipazione pubblica (comma 9) e società miste, purché queste ultime fossero sottoposte a una gara a doppio oggetto sulla qualità di socio²⁵⁰ e sui compiti di gestione del servizio (comma 12). Le società *in house*, invece, potevano essere beneficiarie di affidamenti diretti solo per servizi dal valore economico minore di 900.000 euro annui (comma 13).

L'articolo è stato successivamente oggetto di rilevanti modifiche ad opera di due decreti: il d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni da l. 24 marzo 2012, n. 27, che ha previsto una previa definizione dei contenuti degli obblighi di servizio pubblico e universale (senza istituirli, in coerenza con il comma 5) in vista dell'istruttoria del comma 1, un parere obbligatorio dell'AGCM in merito alla delibera quadro di cui al comma 2 per i servizi assunti dagli enti territoriali con più di 10.000 abitanti (comma 3) e un abbassamento del valore massimo di un servizio perché fosse affidabile a società *in house* a 200.000 euro annui (comma 13); il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni da l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha aggiunto al comma 3 l'ulteriore requisito della soglia minima di rilevanza del servizio di almeno 200.000 euro annui.

²⁵⁰ Che avrebbe dovuto avere almeno il 40% della partecipazione sociale e compiti operativi.

Il decreto in questione, come risulta dalla breve sintesi, ha espanso l'ambito della liberalizzazione e l'ha proceduralizzato, basandosi su una molteplicità di criteri che sarebbero stati specificati nel regolamento d'attuazione, il quale però non è mai entrato in vigore a causa della pronuncia di incostituzionalità che avrebbe colpito il decreto.

La riforma, e in particolare l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, è stata infatti immediatamente impugnata da un gruppo di Regioni davanti alla Corte costituzionale che ne ha rilevata l'illegittimità costituzionale²⁵¹. La norma, come riconosciuto dalla Corte, nonostante la sua rubrica non solo aveva la stessa *ratio* e, in molti punti, lo stesso testo dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, abrogato dal referendum del 2011 e del suo regolamento attuativo, ma era ancora più restrittiva in materia di affidamento diretto. Viene conseguentemente da chiedersi se previsioni così preclusive non possano arrivare alla violazione del diritto europeo: se è vero che esso pone come suo obiettivo la concorrenza relegando le conformazioni alternative del mercato a eccezioni giustificate solo in quanto idonee e necessarie, tuttavia le ammette per garantire che i SIEG soddisfino i bisogni per cui sono individuati, e la loro limitazione ai limiti dell'esclusione per opera del diritto nazionale potrebbe impedire nei fatti proprio quella «coesione sociale e territoriale» per cui i SIEG sono previsti da una norma vincolante del TFUE (art. 14). Tornando alla sentenza della Consulta, la dichiarazione di incostituzionalità e il conseguente limite alla discrezionalità del legislatore hanno portato a dei dubbi interpretativi, soprattutto in merito all'estensione di tale limite, poiché l'intento del referendum era di abrogare le restrizioni sugli affidamenti diretti ma, per il coinvolgimento di tutto l'art. 23-*bis*, ne sono state travolte anche le norme sulla liberalizzazione, cosicché non è risultato chiaro fin dove si potesse spingere anche l'applicazione dei principi europei, ormai direttamente disciplinanti la materia, i quali non avrebbero di per sé ostacolato la liberalizzazione corredata di eventuali obblighi di servizio e servizio universale²⁵².

La scelta del legislatore a seguito della sentenza della Corte costituzionale è stata di assoluta cautela, considerando anche che, come già specificato dallo stesso giudice, né ritornava in vigore la disciplina previgente, né si verificava una vera e

²⁵¹ Corte cost., sent. 17-20 luglio 2012, n. 199

²⁵² E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 21

propria lacuna, sopperendo a tal proposito i principi europei. Il d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, nel suo art. 34 comma 13²⁵³ non è tornato a sbilanciarsi sulla preferenza di una modalità di gestione, ma si è limitato a prescrivere che l'affidamento si basasse su una relazione che avrebbe reso evidenti le ragioni della scelta in conformità delle norme europee, gli obblighi di servizio pubblico e universale. La formulazione non è chiarissima, perché il contemporaneo richiamo a tali obblighi e all'«affidamento del servizio» lasciava in dubbio sulla possibilità di liberalizzare il mercato.

Come anticipato nel precedente paragrafo, il 26 febbraio 2014 è entrata in vigore l'ancora attuale Direttiva 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, di diretto interesse per la disciplina dei servizi pubblici locali. Essa non prevede norme esuberanti rispetto alla precedente giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito, ma condensa i principi fondamentali nei primi articoli.

In particolare specifica il principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, per cui esse possono liberamente organizzare i propri lavori e servizi in conformità con il proprio diritto nazionale e con il diritto europeo; per garantire qualità, sicurezza, accessibilità, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utenza nei servizi pubblici possono avvalersi delle proprie risorse o affidare i servizi a operatori economici esterni; sono salvi i regimi di proprietà degli Stati, per cui non è richiesta la privatizzazione di imprese pubbliche (art. 2). Prosegue poi statuendo che tra gli operatori economici si applicano i principi di parità e non discriminazione, mentre l'azione delle amministrazioni aggiudicatrici si conforma a trasparenza e proporzionalità (art. 3). La direttiva lascia poi liberi gli Stati di definire autonomamente, in conformità al diritto europeo, quali sono i SIEG, come organizzarli e finanziarli nel rispetto della disciplina degli aiuti di Stato e a quali obblighi sono soggetti (art.4).

Da non dimenticare, infine, è il lavoro regolatorio svolto ormai con carattere di stabilità, come si illustrerà avendo riguardo alla disciplina attuale, dalle Autorità indipendenti. Se la loro presenza era inizialmente confinata ai soli mercati settoriali liberalizzati, è stata successivamente espansa anche a quei servizi caratterizzati da private, come il servizio idrico e quello dei rifiuti (ricompresi nell'attività di Arera);

²⁵³ Poi divenuto comma 20.

questo cambiamento ha dato inizio a una complessa interlocuzione con i diversi livelli regolatori e con gli operatori di mercato²⁵⁴.

Un nuovo tentativo di disciplinare la materia dei servizi pubblici locali è stato fatto con l. 7 agosto 2015, n. 124, cosiddetta “legge Madia”. Si inseriva in un disegno più ampio, pensato per riorganizzare l’intera Pubblica Amministrazione e, in particolare, gli enti locali con una serie di riforme iniziate da l. 7 aprile 2014, n. 56, cosiddetta “legge Delrio”²⁵⁵. La legge Madia delegava al Governo una semplificazione dei «servizi pubblici locali di interesse economico generale» (art. 16 comma 1), da attuarsi mediante la procedura prevista dal comma 4. I contenuti necessari erano invece elencati nell’art. 19, che comprendeva il riconoscimento a Comuni e Città metropolitane della funzione di individuare servizi per la soddisfazione di bisogni secondo condizioni poste rispettando la disciplina nazionale ed europea, la soppressione di regimi di esclusiva non conformi ai principi concorrenziali o non necessari a un servizio di qualità ed efficiente, l’individuazione di criteri per la configurazione di diritti speciali ed esclusivi e delle modalità di gestione, comprese quelle in auto-produzione, nel rispetto dei principi europei e dei contratti pubblici, la previsione di misure incentivanti l’aggregazione di attività e gestioni per ottenere economicità ed efficienza, il disegno di meccanismi tariffari che perseguano l’incremento di produttività, lo stabilimento di una netta distinzione tra regolazione e controllo e la definizione di strumenti per la trasparenza.

Alla delega è seguita la predisposizione di uno schema di Testo Unico²⁵⁶ che però non è entrata mai in vigore a causa di un ulteriore intervento della Corte costituzionale: per questa ragione, e per l’ampia sovrapposibilità alla normativa ancora in vigore, sarebbe poco utile un’analisi approfondita dell’articolato (si avrà al più un confronto sugli aspetti di maggiore interesse nel Capitolo 2), ma restano comunque note interessanti da evidenziare. L’oggetto dichiarato del T.U, cioè la disciplina generale in materia di «servizi pubblici locali di interesse economico generale», ha unito e assimilato la definizione nazionale dei «servizi pubblici locali» e quella

²⁵⁴ A. BENEDETTI, *Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*, in *Federalismi.it*, n. 6/2021, Roma, p. 12

²⁵⁵ A. POGGI, *La legge Madia: riorganizzazione dell’organizzazione pubblica?*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015, Roma, p. 2-4; G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015, Roma, p. 2-9

²⁵⁶ <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00978532.pdf>

europea dei «servizi di interesse economico generale», delle quali la prima evidenza come essi abbiano come destinatario il pubblico e, per l'interesse generale che li caratterizza, sono di titolarità di un ente locale e sottoposti a una regolazione pubblica, mentre la seconda ne rivela l'essenza economica, che li sottopone alle libertà dei Trattati, ma allo stesso tempo ne sottolinea l'interesse generale per il ruolo che hanno «nella promozione della coesione sociale e territoriale» (art. 14 TFUE)²⁵⁷. Tali servizi, però, arrivavano solo in un secondo momento, perché il T.U., ponendosi sulla scia delle previgenti discipline, restringeva le attività oggetto di servizio pubblico affinché siano solo quelli «necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali» (art. 2 comma 1 lett. a)), così lasciando spazio ai privati in un'ottica di sussidiarietà orizzontale che privilegiava la liberalizzazione anche alla semplice privatizzazione; sull'altro piatto della bilancia, però, si metteva al centro della disciplina il cittadino, promuovendone tra l'altro anche un attivo coinvolgimento oltre a stabilire a suo favore garanzie nella fruizione del servizio e per la soddisfazione dei bisogni (art. 4)²⁵⁸.

Il progettato T.U., più organico dei disordinati interventi susseguitisi negli anni precedenti, e sicuramente più chiaro di molti di essi, è stato però travolto da una sentenza di illegittimità costituzionale che nulla aveva a che fare col contenuto sostanziale della legge delega²⁵⁹. La Corte, infatti, ha valutato l'incostituzionalità degli artt. 16 e 19 della l. n. 125/2015 in base all'art. 117, comma 2 della Costituzione. L'art. 16, infatti, prevedeva, a livello procedimentale, un coinvolgimento delle Regioni nell'emanazione della disciplina delegata nella forma del mero parere reso dalla Conferenza unificata di cui all'art. 8 del d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281; tuttavia le misure previste nell'art. 19 riguardavano molteplici materie, e non tutte di competenza esclusiva dello Stato in quanto tese a regolare «fenomeni sociali complessi». Poiché tale complessità non presentava la predominanza di una materia sulle altre, inevitabilmente ci si trovava in una situazione di «concorrenza di competenze, che [apriva] la strada all'applicazione del principio di leale collaborazione. In ossequio a

²⁵⁷ G. CAIA, *Servizi pubblici locali*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, p. 265-287

²⁵⁸ G. CAIA, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 265-287

²⁵⁹ Corte costituzionale, sent. 9-25 novembre 2016, n. 251

tale principio²⁶⁰ il legislatore statale [avrebbe dovuto] predisporre adeguati strumenti di coinvolgimento delle Regioni» per assicurare una disciplina omogenea ma adatta ad assicurare l'esercizio del potere legislativo regionale laddove previsto dalla Costituzione. Lo strumento adatto a tale fine, secondo la giurisprudenza della Corte, sarebbe stata l'intesa, non prevista dalla legge delega.

5. Il PNRR e la Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021

Dopo l'arresto determinato dalla Corte costituzionale, nonostante la stessa sentenza avesse specificato che la riscontrata incostituzionalità non si sarebbe necessariamente riflessa sulla normativa delegata, tra l'altro ancora da emanare, si è interrotto comunque l'iter che avrebbe potuto portare al T.U. per ragioni politiche, essendo caduto il governo Renzi, promotore dell'iniziativa e dell'ampio disegno di riforma della Pubblica Amministrazione e degli enti locali. Come già successo in precedenza, non si è venuta a creare alcuna preoccupante lacuna nella disciplina, continuando a operare quella precedente di sostanziale rimando ai principi europei.

La storia, tuttavia, insegna che la regolazione dell'economia, e quindi anche del servizio pubblico, è più forte in tempo di crisi o di emergenza, come si può riscontrare in concomitanza delle più importanti riforme della materia²⁶¹. Così è stato in risposta alla pandemia di Covid-19, a cui ha reagito il PNRR, un piano di investimento senza precedenti in Italia e in Europa, essendo determinato dal NextGenerationEU previsto dal Regolamento (UE) 2021/241. Questo, nella sua prima versione approvata con Decisione di esecuzione del Consiglio il 13 luglio 2021, ha elargito all'Italia circa 191 miliardi e mezzo, poi aumentati a 194,4 miliardi con l'aggiornamento del Piano dell'8 dicembre 2023, distribuiti tra prestiti e sovvenzioni, la cui erogazione sarebbe corrisposta al raggiungimento di vari traguardi e obiettivi cadenzati semestralmente fino al 2026²⁶².

²⁶⁰ In passato la stessa Corte costituzionale, seppur decidendo in un ricorso dall'oggetto differente, aveva stabilito che «nelle ipotesi in cui lo svolgimento delle attività [...] ricada entro ambiti di competenza delle Regioni o delle Province autonome di Trento e Bolzano, l'esercizio delle funzioni spettanti, rispettivamente, allo Stato ed ai suddetti enti, dovrà improntarsi al rispetto del principio della leale collaborazione tra enti parimenti costitutivi della Repubblica» (Corte costituzionale, sent. 8-16 luglio 2004, n. 228).

²⁶¹ A. SANDULLI, *Le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia*, in *Munus* 2/2023, Editoriale Scientifica, Napoli, p. V

²⁶² <https://temi.camera.it/leg19/pnrr.html>

Tra le eterogenee e molteplici materie sono compresi anche i servizi pubblici locali²⁶³, prima con l'enunciazione della Missione 1, Asse 2, Componente 2, volta a migliorare il contesto imprenditoriale per aumentare la concorrenzialità, così da «favorire un'allocazione più efficiente delle risorse e aumenti di produttività» tramite la legge sulla concorrenza attuale, poi con la Riforma 2 (M1C2-6), che detta i contenuti di tale legge. Tra l'altro, la concorrenza è stata anche intesa quale mezzo per «contribuire a una maggiore giustizia sociale», poiché ha l'effetto di far calare i costi per gli utenti e, tramite la maggiore scelta, consegnare prodotti dalla qualità maggiore²⁶⁴. Il nuovo atto destinato a disciplinare i servizi pubblici locali, che allora si pensava che sarebbe stato lo strumento attuativo della l. n. 124/2015, avrebbe dovuto sul piano organizzativo definire i servizi pubblici in base a criteri europei, incentivare l'unione di Comuni, porre principi generali sulla regolamentazione e sull'erogazione, aumentare le gare per l'affidamento dei servizi pubblici locali ed elaborare nuove norme sulle aggregazioni, mentre sul piano esecutivo disciplinare proporzionalmente durata dei contratti e compensazioni, separare la fase di regolazione e controllo da quella di gestione, disciplinare i contratti di servizio, garantire un'apposita giustificazione per l'*in house providing* da parte delle amministrazioni e riservare una compensazione agli obblighi di servizio pubblico adeguata e controllata da regolatori indipendenti²⁶⁵.

Gli obiettivi del PNRR in tema i servizi pubblici locali sono stati raggiunti con l'emanazione della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021²⁶⁶. È interessante notare come uno strumento di così chiaro orientamento neoliberale venga adottato in una fase in cui, anche a livello internazionale, si assiste nuovamente a un ruolo di più ampio protagonismo dello Stato nell'economia, il che denota una scelta di politica economica molto chiara, già a livello europeo. Lo si evince anche dalla maggiore discussione avutasi in sede parlamentare, riguardante la motivazione che

²⁶³ Intesi in senso generale, a cui si affiancano specifiche previsioni per energia elettrica, trasporto pubblico e rifiuti

²⁶⁴ R. CHIEPPA, *L'obiettivo del PNRR, la legge delega e le fasi di attuazione della delega*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 36

²⁶⁵ Allegato RIVEDUTO della DECISIONE DI ESECUZIONE DEL CONSIGLIO relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia 10160/21 ADD 1 REV 2, 8 luglio 2021, 133-165; R. CHIEPPA, *L'obiettivo del PNRR*, cit., p. 38-39

²⁶⁶ L. 5 agosto 2022 n. 118, art. 8

deve corredare l'affidamento a società *in house*: essa secondo alcuni doveva essere estesa a tutti i tipi di gestione, ma ciò avrebbe snaturato la “preferenza” indicata dal PNRR; per evitare ciò, si è compensata la motivazione specifica per l'affidamento diretto con l'eliminazione dell'invio preventivo della decisione all'AGCM²⁶⁷.

L'art. 8 detta i principi e criteri direttivi per la nuova disciplina, tra cui si indicano i più rilevanti per la presente trattazione: individuazione delle attività di interesse generale necessarie per venire incontro ai bisogni dei cittadini al fine di assicurare sviluppo omogeneo e coesione sociale e territoriale, il tutto in conformità al diritto europeo, alla tutela della concorrenza e alle norme nazionali assicurando accessibilità, continuità, universalità e non discriminazione, qualità e sicurezza; considerazione delle differenze tra servizi pubblici locali a rete e non a rete; sistemazione dei poteri di regolazione e gestione (separati tra loro) di autorità indipendenti e enti locali; individuazione di criteri per l'istituzione e il mantenimento di regimi speciali o esclusivi, in conformità ai principi dell'Unione e a quelli di adeguatezza e proporzionalità; regolamentazione degli ambiti territoriali dei servizi pubblici locali, incentivando l'aggregazione; scelta sulle opzioni di gestione dei servizi e sulla durata dei contratti d'affidamento, rispettando principi dell'Unione e quelli di proporzionalità e ragionevolezza; redazione di una motivazione qualificata ad opera dell'ente locale per gli affidamenti sopra la soglia determinata dal Codice dei contratti pubblici concessi a società *in house*; coordinamento col Codice dei contratti pubblici; sistemazione della disciplina di gestione delle reti; elaborazione di una organica disciplina in tema di tariffe; disposizione di obblighi di trasparenza.

6. L'attuazione della delega

La delega è stata attuata con un procedimento abbastanza celere, poiché parte della sua redazione è proceduta parallelamente a quella della l. n. 118/2022, e in più ha superato le criticità del T.U. del 2015 poiché ha ottenuto un'intesa in sede di Conferenza Unificata, come previsto dall'art. 8, comma 3 della l. n. 118/2022, mentre a esso si è ispirato per buona parte della struttura e per buona parte del contenuto²⁶⁸.

²⁶⁷ R. CHIEPPA, *L'obiettivo del PNRR*, cit., p. 37-42

²⁶⁸ R. CHIEPPA, *L'obiettivo del PNRR*, cit., p. 42-49

La sua concretizzazione in atto legislativo è avvenuta con d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201²⁶⁹; è interessante notare come abbia abbandonato la dicitura di Testo Unico e il suo oggetto dichiarato sia la «disciplina generale dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale» (art. 1), non del tutto assimilabile poiché, soprattutto per mancanza di tempo, non si è inteso disciplinare l'intera materia dei servizi pubblici locali, ma sono rimaste in vigore molte norme settoriali con cui viene operato un coordinamento dall'art. 4²⁷⁰.

Il suo Titolo I è rubricato «Principi generali, ambito di applicazione e rapporti con le discipline di settore» e dà una panoramica generale della disciplina che verrà affrontata nelle disposizioni successive, oltre a stabilire il valore e i compiti del decreto.

L'art. 1, adeguandosi alla prescrizione della legge delega che richiedeva una disciplina rispettosa dei principi europei e della normativa nazionale, delinea il suo oggetto nella «disciplina generale dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale», unendo in questo modo, come già aveva fatto la legge Madia e il progetto di T.U. del 2015, le definizioni europea e nazionale, come emerge ancora più chiaramente nell'art. 2, a testimonianza della decisione di assimilare i due concetti pur se nati per esigenze e con fini differenti.

Al comma 2 viene dichiarato che, per ottenere «un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità, la parità di trattamento nell'accesso universale e i diritti dei cittadini e degli utenti», la norma individua «principi comuni, uniformi ed essenziali»; i tre attributi dovrebbero indicare una disciplina innanzitutto integrabile da una serie di altre norme di dettaglio, poiché la natura di principi comporta che essi «non esauriscono in se stessi la loro operatività», e poi rappresentare «esigenze unitarie», in relazione a «comuni», e di «unificazione normativa», in relazione a «uniformi», accanto a un carattere «trasversale» e minimo, seppur nella penetrabilità limitata dei principi, in riferimento a «essenziali»²⁷¹.

²⁶⁹ Rubricato «Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica».

²⁷⁰ D. SIMEOLI, *I rapporti tra disciplina generale e di settore dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 100-101

²⁷¹ G. SCACCIA, *Oggetto*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, 60-62; E. PICOZZA – G. RIZZO, *Art. 1*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 1-19

Il comma 3 lega il decreto al rispetto della concorrenza, nella duplice accezione di «tutela» e «promozione», così da riferirsi sia all'art. 117 comma 2 lett. e) della Costituzione che alla disciplina europea in merito, e delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, di matrice comunitaria: condensa in poche righe più di vent'anni di elaborazione giurisprudenziale prima e normativa poi.

Il comma 4, invece, contiene una dichiarazione in parte innovativa, cioè che la disciplina trova la propria base costituzionale anche nell'art. 117 comma 2 lett. p), relativamente alla materia delle «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane». Tale associazione era stata prospettata da parte della giurisprudenza già citata, ma, come visto, era stata rifiutata più volte, anche se non del tutto unanimente²⁷², dallo stesso giudice, seppur relativamente ad altre norme, che, però, disciplinavano ugualmente i servizi pubblici locali. La formulazione legislativa, in effetti, non è strettamente fedele al testo della Costituzione, poiché afferma di individuare «le funzioni fondamentali [...] degli enti locali relative ai servizi di interesse economico generale di livello locale» per perseguire i fini che i Trattati europei assegnano ai SIEG. Probabilmente si tratta di una scelta del legislatore per limitare la legislazione regionale in materia²⁷³, ma è bene notare che per questo scopo erano sufficienti i commi precedenti.

L'art. 2 si occupa di fornire le definizioni utili ai fini della disciplina. È innanzitutto interessante notare come vi sia una «ripartizione delle definizioni»²⁷⁴, che fa sì che alcune di queste siano affidate alle altre due normative che con la presente formano una sorta di blocco: il Codice dei contratti pubblici²⁷⁵ e il Testo Unico delle società a partecipazione pubblica²⁷⁶.

Le definizioni adottate dall'art. 2, a cui si rimanda per la lettura completa, danno notevoli indicazioni di sistema. Innanzitutto la divisione tra «enti locali» ed «enti competenti» evidenzia come ormai si sia affiancata al persistente riferimento dei servizi alla dimensione comunale una forza centripeta giustificata da «un'inversione,

²⁷² Corte cost., 6 ottobre 2021, sent. n. 202

²⁷³ G. SCACCIA, *Oggetto*, cit., p. 64-67

²⁷⁴ F. PILEGGI, *Definizioni*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 70

²⁷⁵ D.Lgs. 31 marzo 2023 n. 36

²⁷⁶ D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175

in senso ascendente, del principio di sussidiarietà verticale» dell'art. 118, comma 1 della Costituzione²⁷⁷.

Successivamente si trova la definizione di «servizi di interesse economico generale di livello locale» o «servizi pubblici locali di rilevanza economica»: è chiaro l'intento della doppia locuzione, mutuata dal T.U. del 2015, di assimilare le due fonti, nazionale ed europea, dei servizi pubblici. Nel corso degli anni si è scelto di puntare più sui punti d'incontro che sulle differenze dei due concetti, ma ciò non può cancellare ogni riflessione (si veda il Capitolo 4). Dai servizi appena nominati si specificano i «servizi di interesse economico generale di livello locale a rete» o «servizi pubblici locali a rete», il cui nucleo ontologico è la presenza di «reti strutturali o collegamenti funzionali», oltre alla regolazione indipendente di un'autorità indipendente che sottrae i servizi dalla discrezionalità locali e li affida ad autorità di regolazione a loro volta sottoposte a una disciplina tecnica.

Seguono le definizioni di «diritto esclusivo» e «diritto speciale»: sono allo stesso tempo definizioni più ampie e più ristrette di quelle delle direttive 2002/77/CE 3 2006/111/CE poiché nell'art. 2 manca sia il riferimento ai criteri di obiettività, proporzionalità e non discriminazione (quindi sono ricomprese più situazioni) sia quello ai «diritti speciali di privilegio» (quindi non considerati). Sono presenti infine definizioni dei concetti economici tecnici di «costi di riferimento», «tariffe» e «costi efficienti»²⁷⁸.

Nell'art. 3 è presente un'esposizione di principi articolata in tre commi e non strutturata come un semplice elenco; la disposizione non è del tutto originale, poiché mutua l'art. 4 del T.U. del 2015, ma non lo ricalca pedissequamente, bensì ne riduce la lunghezza concentrandosi su alcuni dei principi che, tra l'altro, non sono originali, poiché infatti l'articolo attinge all'ordinamento sia comunitario che nazionale, e nello specifico sia agli atti normativi che di *soft law*, oltre che alla giurisprudenza in un «crocevia di una dimensione sia temporale che spaziale del diritto dei servizi pubblici

²⁷⁷ F. PILEGGI, *Definizioni*, cit., p.71; N. AICARDI, *La sussidiarietà nella funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali tra norme generali e di settore*, in Aa. Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, Bononia University Press, Bologna, 2018, p. 73 ss.

²⁷⁸ E. PICOZZA – L. VASQUES, *Art. 2*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 20-31; F. PILEGGI, *Definizioni*, cit., p. 70-78

locali»²⁷⁹. Tali principi non hanno la pretesa di essere esaustivi o tassativi, ma il loro ruolo è di fungere da parametro di legittimità per la fase di attuazione amministrativa del decreto che, oltre a confrontarsi con le specifiche norme, avrà quest'ulteriore criterio di confronto²⁸⁰.

Il comma 1 comprende i principi di sussidiarietà e proporzionalità, che saranno ripetuti nel comma successivo, ma la riproposizione non è una svista del legislatore, poichè segna una differenza nel momento in cui detti principi rilevano; essi, infatti, hanno un ruolo già come «principi guida per il soddisfacimento delle esigenze della comunità di riferimento», in un momento quindi anteriore alla organizzazione e gestione del servizio e teleologico a questo²⁸¹.

Il comma 2 si occupa invece dei principi rilevanti nelle fasi di istituzione, regolazione e gestione: tra principi tradizionali e di nuova introduzione, di origine nazionale ed europea, e anche importati da discipline settoriali emerge il passaggio «da un sistema di mera regolazione a uno *effect-based*», che cioè valuta *a posteriori* l'azione amministrativa sulla base di obiettivi posti in partenza e stabiliti secondo i canoni del primo comma; per realizzare questo disegno presuppone una concorrenzialità (auspicabilmente “nel mercato”), così che la molteplicità di operatori possa portare alla soddisfazione delle esigenze della comunità, che sia anche nel concreto permessa da obblighi di trasparenza (che porta vantaggi sia ai cittadini che proprio agli operatori di mercato)²⁸².

Il comma 3, infine, pone al centro (ancora riprendendo il T.U. del 2015) il cittadino-utente a cui i servizi sono rivolti e per cui vengono promosse «forme di partecipazione attiva» nelle fasi di organizzazione ed erogazione dei servizi²⁸³.

L'art. 4 stabilisce il coordinamento del decreto con le varie normative settoriali rimaste in vigore.

Il punto di partenza è che, «in caso di contrasto» (inteso sia come incompatibilità che come contraddittorietà), la normativa generale prevale sulla

²⁷⁹ S. SILEONI, *Principi generali del servizio pubblico locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 82-84

²⁸⁰ SILEONI, *Principi generali*, cit., p. 86

²⁸¹ SILEONI, *Principi generali*, cit., p. 86

²⁸² SILEONI, *Principi generali*, cit., p. 86-93; E. PICOZZA, *Art. 3*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 32-40

²⁸³ S. SILEONI, *Principi generali*, cit., p. 94-98; E. PICOZZA, *Art. 3*, cit., p. 32-40

normativa di settore, nonostante questa sia *lex specialis*; viene tuttavia posto un *caveat*, per cui la prevalenza in questione sussiste solo qualora sia rispettosa del diritto dell'Unione europea, lasciando spazio alla norma settoriale in caso contrario.

La seconda prescrizione fornita è che la disciplina del decreto integra quella settoriale. Ciò è coerente con le parole dell'articolo 1 e si sostanzia in particolare come integrazione sia «normativa», che consiste in un vero e proprio intervento della disciplina generale in caso di lacuna per fornire una base giuridica necessaria per la norma di settore, sia «assiologica», in quanto porta con sé un proprio impianto di principi che si irradiano in tutto il campo dei servizi pubblici locali e non limitano i propri effetti al solo decreto (d'altronde l'art. 1 parla di principi «comuni, uniformi ed essenziali»)²⁸⁴.

Viene infine fatta una concessione alle discipline di settore che, qualora contrastanti con la disciplina generale, trovano applicazione esclusivamente in caso di previsione di «specifiche norme di salvaguardia e prevalenza»²⁸⁵.

È utile notare che ci sono delle eccezioni alla sottoposizione alla disciplina generale previste nello stesso decreto: l'art. 32, in materia di trasporto pubblico locale²⁸⁶, elenca una serie di articoli di diretta applicazione, mentre per il resto considera la normativa europea e settoriale, adottando così la tecnica della «combinazione», dalla certezza e prevedibilità assai minore; gli artt. 35 e 36, invece, escludono i servizi della distribuzione di energia elettrica e gas naturale e degli impianti di trasporti a fune per la mobilità turistico-sportiva dall'area di applicazione del decreto²⁸⁷.

Analizzato quindi l'intero Titolo I per la sua indubbia importanza ai fini della disciplina generale è ora di concentrarsi su alcuni aspetti particolarmente rilevanti per il rapporto tra concorrenzialità e aspetto pubblicistico dei servizi pubblici locali.

²⁸⁴ D. SIMEOLI, *I rapporti*, cit., p. 103-104; M. SAMBRI, *Art. 4*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 41-45

²⁸⁵ D. SIMEOLI, *I rapporti*, cit., p. 105-106; M. SAMBRI, *Art. 4*, cit., p. 41-45

²⁸⁶ I. PANICCIA – G. BRUZZONE, *Il trasporto pubblico locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 589-606

²⁸⁷ D. SIMEOLI, *I rapporti*, cit., 103-104, 106-107

CAPITOLO II

Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica alla luce del D. Lgs. n. 201/2022

SOMMARIO: 1. Istituzione del servizio – 1.1. Gradazione delle misure a salvaguardia della concorrenza – 1.2. Principio di separazione tra titolarità e gestione come concezione soggettiva temperata – 1.3. Compromesso nella tipizzazione delle forme di gestione – 1.4. Autonomia e funzionalizzazione delle reti – 2. Affidamento del servizio – 2.1. Il rapporto tra esternalizzazione e affidamento diretto – 2.2. Gli spazi del Terzo settore – 3. Elementi del rapporto di pubblico servizio – 3.1. Il contratto di servizio – 3.2. Le tariffe e il loro aggiornamento – 3.3. Le vicende del rapporto – 3.4. Obblighi di trasparenza e di pubblicazione

1. Istituzione del servizio

1.1. Gradazione delle misure a salvaguardia della concorrenza

Uno dei tratti più caratteristici del decreto in commento in questo capitolo è l'approccio alla istituzione del servizio pubblico, la quale non è più una misura necessaria per la soddisfazione delle esigenze della comunità, ma deve sottoporsi a una serie di preve valutazioni. La nuova impostazione è infatti orientata a procedimentalizzare il processo decisionale, evidenziando la differenza concettuale tra soluzioni applicative di diverso impatto il cui utilizzo finora era promiscuamente vagliato nella pressoché piena discrezionalità degli enti locali, e soprattutto dei Comuni. Una prima soluzione simile a quella odierna era stata elaborata dallo schema di Testo Unico del 2015, il quale però non statuiva un ordine di priorità così evidente come quello dell'attuale Capo I del Titolo III²⁸⁸.

Prima però di entrare nella specifica analisi dell'istituzione di un servizio pubblico locale e delle misure alternative a esso è bene accennare al ruolo che ciascun

²⁸⁸ Si osservino in merito le previsioni degli artt. 5 e 6 dello schema di Testo unico, di cui il primo antepone all'istituzione del servizio la valutazione di idoneità del mercato a soddisfare il pubblico interesse, mentre il secondo pone in una perfetta alternatività, non organizzata secondo un ordine preferenziale, gli obblighi di servizio generalizzati, i vantaggi economici e i titoli da attribuire agli utenti e gli obblighi di servizio riferiti a uno o più specifici operatori economici.

ente pubblico ha nel governo della materia, nella quale coesistono eterogenee fonti concorrenti.

L'art. 9 del d.lgs. n. 201/2022 detta, come si ricava dalla sua stessa rubrica, misure di coordinamento in materia di servizi pubblici locali²⁸⁹. A voler essere precisi non si può propriamente parlare di coordinamento, almeno in senso tecnico. Esso infatti comporterebbe una competenza condivisa tra più centri regolatori²⁹⁰, mentre dalla disposizione emerge più propriamente una suddivisione di competenze in cui sono coinvolti vari soggetti che interagiscono tra loro nel rispetto del principio di leale collaborazione²⁹¹.

In primo luogo, anche se non nominati espressamente ma ricompresi nella locuzione di “enti locali”, emerge il ruolo dei Comuni, i titolari dei servizi pubblici locali che, anche se con una rilevanza sempre meno incisiva nella loro amministrazione, come sarà più approfonditamente dimostrato nel Capitolo III, collaborano con gli altri soggetti ad assicurare la «migliore qualità» dei servizi; alle Province è invece riservato un ruolo di raccolta ed elaborazione di dati e di assistenza tecnica ed amministrativa, utile soprattutto per gli enti di piccole dimensioni che spesso difettano di sufficienti competenze e risorse; alle Regioni e alle Province autonome di Trento e di Bolzano, poi, la disposizione assegna compiti con una formulazione articolata. Viene loro concesso, infatti, di «formulare e deliberare protocolli» per sviluppare una standardizzazione mirata a garantire efficienza e concorrenza; l’emanazione vera e propria può essere opera delle agenzie regionali di regolazione, come nella prassi già avviene, e tali non meglio specificati protocolli si ritiene pacificamente che abbiano valore non vincolante²⁹².

²⁸⁹ F. LILLO, *Art. 9*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI e E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 87-97

²⁹⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Sul regionalismo cooperativo*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 1|2021, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 123-135

²⁹¹ C. COLELLI e M. CHERUBINI, *Misure di coordinamento in materia di servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 154-156

²⁹² C. COLELLI e M. CHERUBINI, *Misure di coordinamento*, cit., p. 158-160, che specificano che anche sulla natura delle agenzie di regolazione non c'è piena chiarezza definitoria, per cui una via interpretativa piuttosto agevole da percorrere può essere quella di riferirsi all'art. 8 della legge-delega che, prescrivendo la separazione tra le funzioni di regolazione e di gestione dei servizi pubblici a livello locale, imporrebbe di differenziare tali agenzie di regolazione dagli omonimi soggetti a cui gli enti locali partecipano e per mezzo dei quali sono anche erogati i servizi in forma associata. Cfr. anche G. SPINA, *Regioni e ambiente: Rassegna – Nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 6/2022, Wolters Kluwer, Milano, p. 439

Il comma 3, poi, riserva ancora a Regioni e Province autonome il compito di sostenere l'industrializzazione dei servizi e la riduzione dei costi rendendo più efficiente la produzione anche con l'entrata di capitali privati con gli obiettivi di ridurre l'indebitamento pubblico, preferire l'impiego delle risorse verso i servizi pubblici privi di rilevanza economica, incrementare la concorrenza e aumentare efficienza e qualità delle prestazioni. Questa prescrizione, per quanto generica e ampia possa sembrare, fornisce un indizio sui presupposti del decreto e, prima ancora, della legge delega e delle previsioni del PNRR in relazione ai servizi pubblici locali. Se si pone lo sguardo sugli obiettivi dell'attività regionale decritta, si riscontrano le classiche «qualità» ed «efficienza», a cui però si affiancano la riduzione dell'indebitamento pubblico, subito coperto con la “foglia di fico” della destinazione alternativa delle risorse ai servizi pubblici non economici, e il «confronto competitivo», che viene perciò “promosso” da mezzo a fine. Tale scelta, come si vedrà, avrà ripercussioni su tutta la disciplina dei servizi pubblici locali.

Il *favor* riservato alle imprese, però, si ricava anche da altre previsioni contenute nello stesso comma, come il nominato ingresso di capitali privati e la stessa «industrializzazione», termine non tecnico e quindi dalla non univoca interpretabilità²⁹³ ma che, secondo una certa tesi dottrinale, potrebbe esprimere la preferenza ormai abbastanza usuale del legislatore verso una gestione privatizzata²⁹⁴.

È prospettabile anche una lettura alternativa che propone l'interpretazione del comma come un'auspicata astensione dall'istituzione del servizio pubblico a favore invece di uno sviluppo del mercato affinché possa provvedere in autonomia ai bisogni della comunità²⁹⁵. Quest'ultima tuttavia non è una lettura condivisibile per varie ragioni. Innanzitutto si parla esplicitamente di «servizi pubblici locali», che quindi si presuppongono già istituiti; ci sarebbe poi un parziale problema di ridondanza, o quanto meno una inconsuetudine redazionale, perché una previsione di tal genere è già presente nel successivo art. 10, il cui comma 2, seppur riferito agli «enti locali»²⁹⁶, già prevede

²⁹³ F. COSTANTINO, *Impresa e pubblica amministrazione: da industria 4.0 al decreto semplificazioni*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4/2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 877-902

²⁹⁴ C. COLELLI e M. CHERUBINI, *Misure di coordinamento*, cit., p. 161

²⁹⁵ L'interpretazione prenderebbe le mosse da un'analisi della giurisprudenza costituzionale prospettata da S. FOA, S. CARLUCCI, *Tutela della concorrenza, servizio pubblico e scelta politica dell'ente locale*, in *Osservatorio costituzionale*, Fascicolo 6/2020, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, p. 344-352

²⁹⁶ Espressione che non ricomprende Regioni e Province autonome ai sensi dell'art. 2 del d.lgs. n. 201/2022.

agevolazioni e semplificazioni per sostenere il mercato e perciò, se anche l'articolo in commento volesse delineare norme sull'attività di Regioni e Province non stabilite altrove, apparirebbe comunque inusuale una divisione di un contenuto affine in articoli che mirano a disciplinare cose ben diverse; infine si riscontra un problema di effettività della norma, poiché se ci si affidasse semplicemente al mercato, l'incisività dell'azione regionale sarebbe assai limitata, soprattutto se attuata tramite la *soft law* prodotta dalle agenzie di regolazione.

Altro soggetto artefice della complessa articolazione dei servizi pubblici locali è lo Stato, che non è menzionato dall'art. 9 ma ha ugualmente un fondamentale ruolo data la sussunzione dell'intera materia sotto la competenza esclusiva statale in base all'art. 117 comma 2 lett. e) Cost. (sull'argomento si tornerà nel Capitolo IV), ma probabilmente anche, in relazione alle sole misure contemplate dall'art. 9 comma 2, in base al comma 3 dello stesso articolo, in quanto l'industrializzazione e la riduzione di costi per le casse pubbliche sono inquadrate nella materia concorrente del «coordinamento della finanza pubblica»²⁹⁷.

La vera e propria procedimentalizzazione nell'istituzione dei servizi pubblici locali ha sede negli artt. 10-13 del D. Lgs. 201/2022 secondo una progressione di intervento dei pubblici poteri nel mercato.

L'art. 10 correla, come dimostra la sua rubrica, il «perimetro del servizio pubblico locale» e il «principio di sussidiarietà». Quest'ultimo, di origine aristotelica ma elaborato dalla dottrina cattolica fino alla sua configurazione giuridica, mira all'astensione dall'intervento dei pubblici poteri per favorire il libero sviluppo delle forze degli individui o, ancor più in linea col sistema dogmatico a cui si riferisce, delle «persone»²⁹⁸; la giustificazione in questo senso deriva da un'identificazione della cittadinanza governata e dell'autorità governante, così che ogni intervento di quest'ultima a limitazione della prima deve essere giustificato dalla necessità di sopperire a una mancanza in ordine al perseguimento del fine pubblico²⁹⁹. L'intervento

²⁹⁷ C. COLELLI e M. CHERUBINI, *Misure di coordinamento*, cit., p. 162-163; G. RIVOCCHI, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Fascicolo 3|2019, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 741-774

²⁹⁸ F.M. GIORDANO, *Dalla sussidiarietà degli antichi a quella dei moderni*, in *Labsus. Laboratorio per la sussidiarietà*, Roma, 8 settembre 2015

²⁹⁹ A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo 1/2001, Il Mulino, Bologna, p. 17-20

pubblico, infatti, non viene esecrato, ma al contrario è richiesto quando indispensabile a «rimuovere gli ostacoli [...] che [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana» (art. 3 Cost.), il quale, però, avviene individualmente o «nelle formazioni sociali», a cui di conseguenza deve essere lasciato il necessario spazio³⁰⁰.

Nei termini appena descritti rientra la dimensione orizzontale del principio di sussidiarietà, mentre quella verticale parte dalle stesse premesse per postulare la primazia dell'intervento del livello di governo più prossimo alla comunità di riferimento. Soprattutto la prima accezione però è rilevante, e anzi necessaria, per il commento alla disciplina attuale dei servizi pubblici locali, come emerge proprio dal Capo I del Titolo III.

L'art. 10 esordisce imponendo agli enti competenti di erogare i servizi pubblici locali a rilevanza economica previsti dalla legge, per i quali non rilevano le successive previsioni che sono rivolte all'eventuale nuova istituzione dei servizi per decisione degli enti locali e attengono a quei servizi ulteriori che sono pensati per soddisfare esigenze delle comunità locali per cui non bastano le previsioni legislative esistenti. Tuttavia, la soluzione dell'istituzione dei servizi non è immediata, ma il decreto, proprio in ottemperanza al principio di sussidiarietà e alla sua valenza giuridica a cui la legislazione deve attenersi, propone soluzioni alternative.

In questo modo viene tracciato un perimetro ai servizi pubblici locali che rispecchia quella logica pro-concorrenziale che già ispirava il regolamento attuativo del 2010 e il successivo schema di Testo unico del 2015. Questa soluzione rispecchia una chiara opzione politica che, come evidenzia il comma 2 dell'art. 10, connette le esigenze sociali tradizionalmente assolte dai servizi pubblici all'autonomia del mercato e dei soggetti privati in genere³⁰¹. La disposizione, infatti, prescrive agli enti locali di favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese» per soddisfare i bisogni delle comunità locali, eventualmente ricorrendo ad «agevolazioni e semplificazioni», proprio in attuazione del principio di sussidiarietà.

Sono varie le riflessioni possibili in merito a questa norma. Innanzitutto va evidenziato che il campo dei servizi pubblici locali è piuttosto adeguato all'applicazione

³⁰⁰ T. E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali II, t. 2*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2008, p. 1136-1141

³⁰¹ A. LALLI, *In house: un istituto ancora controverso in ambito nazionale*, in *Munus 2/2023*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 266

del principio di sussidiarietà orizzontale, in quanto per molti aspetti della disciplina, soprattutto quelli gestori, non si ha a che fare con poteri autoritativi, che ovviamente non potrebbero essere suppliti da un intervento dei privati³⁰².

A questo punto però si tratta di meglio precisare cosa intende il legislatore con «favoriscono»³⁰³, se cioè ci si deve arrestare a una tutela della situazione già esistente o se è ammessa un'attività promozionale della dimensione privata. Il testo tanto legislativo quanto costituzionale non impedisce una lettura ampia che ricomprenda entrambi gli approcci³⁰⁴, e, anzi, una lettura sistematica del d.lgs. n. 201/2022 sembrerebbe propendere proprio per questa soluzione, come tra l'altro sembrano indicare le «agevolazioni e semplificazioni» che l'ente locale può concedere³⁰⁵. Queste misure, poi, possono essere di varia natura, spaziando da interventi di snellimento burocratico a sussidi alla domanda di mercato o all'offerta purché, in questi ultimi casi, non si ricada in situazioni vietate dalla disciplina sugli aiuti di Stato, che si possono evitare prevedendo aiuti trasversali e non selettivi o discriminatori e che abbiano come fine l'effettiva soddisfazione dei bisogni della comunità e non, mediante questo pretesto, l'artificiale mantenimento in vita di imprese in difficoltà o anche il semplice favore per alcune di queste³⁰⁶. Dunque se non si ricade in queste ipotesi è legittima «l'erogazione di contributi» per stimolare l'attività privata³⁰⁷.

Ovviamente le misure saranno delineate anche in base al destinatario e alla sua natura e, a questo proposito, è utile accennare a una riflessione che sarà sviluppata anche in seguito. La disposizione nomina sia i cittadini, considerati individualmente e associati, sia le imprese, ma è chiaro che i due tipi di soggetti abbiano fini e modalità d'azione assai diversi; sono entrambi favoriti dall'applicazione del principio di sussidiarietà, ma questo non va confuso con il principio di concorrenza, che è un'altra direttrice del decreto ma attiene al solo ambito d'impresa. I due principi differiscono

³⁰² N. AICARDI, *Funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali e sussidiarietà tra norme generali e regolazioni settoriali*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2/2019, Giappichelli, Torino

³⁰³ Presente sia nell'art. 118, comma 4 Cost. che nell'art. 10, comma 2, d.lgs. n. 201/2022.

³⁰⁴ Per il profilo costituzionale D. DONATI, *Origini, connessioni e interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano*, in *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, a cura di D. DONATI, A. PACI, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 25-81

³⁰⁵ A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 172

³⁰⁶ A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio*, cit., p. 172-173

³⁰⁷ Corte conti, sez. giurisd. Lazio, 22 febbraio 2007, n. 179

significativamente, sia per lo scopo dell'azione, che è il lucro soggettivo per le imprese, mentre invece esso non è sempre presente per i soggetti favoriti dalla sussidiarietà orizzontale, sia per la dimensione geografica, poiché se la sussidiarietà favorisce l'intervento dei soggetti più prossimi la concorrenza mira invece proprio all'eliminazione di barriere e limiti geografici³⁰⁸.

Il comma 3 dell'art. 10 permette all'ente locale di istituire un servizio pubblico di rilevanza economica, ma solo se ne è riscontrata la necessità per soddisfare i bisogni della comunità. Affinché tale valutazione venga compiuta è prescritta un'istruttoria (comma 3) che paragoni le diverse soluzioni possibili e sottolinei l'inidoneità del mercato e dei cittadini a raggiungere lo scopo. Al termine dell'istruttoria, che è un vero e proprio procedimento amministrativo, sarà necessario emanare una deliberazione per istituire il servizio e la stessa, prima dell'adozione, può essere sottoposta a consultazione pubblica. Quest'ultima non è una specifica declinazione degli obblighi di partecipazione di cui alla l. n. 241/1990, poiché infatti si tratta di un atto generale, ma uno strumento erede della tradizione dei servizi pubblici locali e, nello specifico, del referendum giolittiano; in questo caso, però, lo strumento ha un'efficacia e un'incisività assai ridotte poiché interviene alla fine del procedimento, non ha valore vincolante e può anche non essere disposto³⁰⁹.

L'art. 11, rubricato «Promozione e sostegno degli utenti», considera il caso in cui, pur non essendo necessaria l'istituzione di un servizio pubblico locale, servano comunque diverse misure per soddisfare i bisogni della comunità. La disposizione non entra nel dettaglio, ma si riferisce genericamente a «iniziative» che non incidono sulla libertà d'impresa, tra cui «vantaggi economici, titoli o altre agevolazioni» agli utenti, pur nel rispetto di parità di trattamento, divieto di discriminazioni e conformemente alla disciplina europea sugli aiuti di Stato³¹⁰.

Si è parlato, commentando quest'articolo, di un'«ipotesi specifica di applicazione del principio di proporzionalità e adeguatezza, nonché di quello di concorrenza» per graduare l'attività pubblica in relazione a diritti non fondamentali, a

³⁰⁸ F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 342 ss.; A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale*, cit., p. 172

³⁰⁹ A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale*, cit., p. 178-179; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 79-80

³¹⁰ F. LILLO, *Art. 11*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI e E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 110-117

cui quindi non sarebbe proporzionato far corrispondere servizi di interesse economico generale³¹¹. L'opinione non si può condividere, poiché se è vero che in via generale i servizi pubblici locali sono tesi a rendere effettivi diritti posto dalla Costituzione, non è vero il contrario, cioè che tali diritti possono essere garantiti solo in questo modo. Sembra piuttosto che la disposizione si uniformi all'impostazione pro-concorrenziale che caratterizza l'intera disciplina e che, quindi, riguarda tutte le necessità della popolazione. Ciò è ancor più vero vista l'unanimità in dottrina e giurisprudenza sulla discrezionalità piuttosto ampia dell'ente locale nel captare le esigenze della collettività di riferimento³¹². Inoltre la disposizione si riferisce a una mancanza di necessità di istituire un servizio pubblico senza addurre una specifica ragione di tale situazione, che quindi potrebbe senz'altro dipendere dalla volontà di incidere il meno possibile sull'autonomia imprenditoriale degli operatori del mercato ottenendo comunque un risultato che l'ente ritiene adeguato, anche per rispondere a diritti fondamentali. Argomentando *a contrario* si arriverebbe alla conclusione, paradossale per una disciplina dalla forte impostazione economica neoliberale, che un assetto come quello delineato nell'art. 11 non sarebbe adatto a soddisfare interessi di una certa entità, per cui, contraddittoriamente, potrebbe essere invece adeguato un mercato completamente libero.

L'art. 11 è ripreso da una previsione analoga dello schema di Testo unico del 2015 (art. 6), il quale tuttavia, a differenza del Capo in commento, insisteva meno sulla gradazione delle misure, mentre questo delinea un percorso più netto in cui tali vantaggi economici sono l'”ultima spiaggia” prima di arrivare al servizio pubblico. Le agevolazioni nominate nell'art. 11 fungono da contropartita alla scelta del mercato, quasi sulla falsariga delle compensazioni corrispettive agli obblighi di pubblico servizio³¹³, e se delle prime non è esplicitata l'origine, è piuttosto plausibile che siano

³¹¹ S. SILEONI, *Promozione e sostegno degli utenti*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 181

³¹² F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Astrid Rassegna* (online), n. 13/2009, Engitel (server), Milano, p. 1-2; M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 365-366; Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, sent. n. 4870; C.G.C.E., 24 luglio 2003, C-280/00; Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, 2012/C 8/02, 11 gennaio 2012

³¹³ M. BOCCACCIO, *Compensazione degli obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato: un'analisi economica*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Fascicolo 4|2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 459-485; C.G.U.E., 3 aprile 2014, C-516/12, C-518/12

sostenute dalla finanza pubblica, dato il riferimento alla disciplina degli aiuti di Stato³¹⁴. È infatti quest'ultima che si deve tenere in considerazione, e non la deroga dell'art. 106 TFUE, proprio perché un servizio di interesse economico generale non è stato istituito. Da ciò c'è chi ritiene che, rispettando l'obbligo di non discriminazione, si rifugga dalla selettività della misura che, quindi, non si qualifica come aiuto di Stato³¹⁵. Tuttavia la dottrina maggioritaria esclude la selettività solo se gli interventi «si applicano senza distinzione a tutte le imprese in tutti i settori economici in uno Stato»³¹⁶, cosa ben diversa dai provvedimenti necessariamente locali e settoriali di cui qui si discute. Sarebbe più agevole trovare giustificazione nell'art. 107 par. 2 lett. a) TFUE, che considera compatibili con il mercato interno quegli «aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori», purché non sussistano discriminazioni sull'origine dei prodotti.

L'art. 12 contempla l'ipotesi alternativa a quella per cui entra in gioco l'art. 11 e rappresenta, per così dire, un suo parallelo, poiché concede all'ente locale la possibilità, nel caso di avvenuta istituzione del servizio pubblica, di imporre obblighi di servizio nei confronti di uno o più operatori, senza limitare il numero di soggetti nel mercato, e quindi segnando un altro passo, ma non l'ultimo, nella graduazione delle misure tese a soddisfare le necessità della comunità³¹⁷. A fronte degli obblighi potranno essere corrisposte «eventuali compensazioni economiche» e la decisione per gli uni e per le altre dovrà essere esposta e motivata nella deliberazione di istituzione del servizio di cui all'art. 10 comma 5.

Bisogna innanzitutto specificare che per obblighi di servizio pubblico si intendono quei compiti «che l'impresa [...], ove considerasse il proprio interesse

³¹⁴ S. SILEONI, *Promozione e sostegno degli utenti*, cit., p. 183-184

³¹⁵ S. SILEONI, *Promozione e sostegno degli utenti*, cit., p. 183-184

³¹⁶ E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali VI*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2013 p. 23; A. CUOCO, G. MARTINICO, *Il requisito della selettività degli aiuti di Stato in una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 1|2017, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 223-226; L. CALZOLARI, *La selettività degli aiuti di Stato e il principio di parità di trattamento delle imprese nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista del commercio internazionale*, Fascicolo 2|2015, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 485-493; J. BOURGEOIS, *State Aids, Taxation and Specificity*, in *Liber Amicorum M. Waelbroek*, Brussels, 1999, p. 765-773. Per una parziale giurisprudenza europea sul tema C.G.C.E., 10 dicembre 1991, C-179/90; C.G.C.E., 17 luglio 1997, C-242/95; C.G.C.E. 3 marzo 2005, C-172/03; C.G.C.E. 15 dicembre 2005, C-148/04; C.G.U.E., 21 dicembre 2016, C-20/15, C-21/15; Tribunale C.E., 15 giugno 2005, T-17/02; Tribunale C.E., 12 febbraio 2008, T-289/03. Si considerino, inoltre l'art. 1, Protocollo n. 26 al TFUE e l'art. 4, par.1, Direttiva 2014/23/UE.

³¹⁷ E. PICOZZA, *Art. 12*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 118-124

commerciale, non assumerebbe o non assumerebbe nella stessa misura né alle stesse condizioni»³¹⁸. Sono quindi allo stesso tempo sia un mezzo per realizzare il fine pubblico dell'ente locale, sia uno strumento che meglio garantisce la proporzionalità della deroga di cui all'art. 106 TFUE e si possono trovare in due forme: come obblighi imposti alla generalità degli operatori di quel settore o come oneri gravanti su un solo operatore scelto a tale proposito³¹⁹.

Se l'effetto pratico è il medesimo rispetto alla disciplina europea e all'utilità in relazione all'art. 106 TFUE, non si può dire che vi sia un'equivalenza sul fronte interno. Bisogna infatti considerare che si può riscontrare qualche perplessità in ordine alla sufficiente base giuridica degli obblighi generalizzati, poiché se un obbligo verso un determinato operatore può essere stabilito in via negoziale nel contratto di servizio (sulle implicazioni del potere in questa fase si dirà *infra*), lo stesso non vale per prescrizioni valide per tutti gli operatori in un mercato; serve a questo fine una norma che conferisca all'ente locale il potere di agire in tal senso, e sarebbe difficile sostenere che essa possa consistere nello stesso art. 12, poiché sarebbe necessaria una determinatezza maggiore³²⁰ in ottemperanza al principio di legalità a cui devono rispondere gli atti amministrativi³²¹. Non sussistono d'altra parte sufficienti elementi a restringere l'interpretazione a una sola delle due letture, considerando che anche lo schema del Testo unico del 2015, a cui il decreto in commento sovente si ispira, prevede la doppia valenza degli obblighi di servizio pubblico, anche se lì ciò emerge più nettamente (art. 6).

C'è anche un'altra importante differenza da considerare oltre alla ricerca di una base legale, ed è la continuità del servizio, poiché una delle caratteristiche dei servizi pubblici è proprio la loro continua erogazione che, in caso di obblighi di servizio posti a carico di un solo operatore, implicherebbe lo stesso obbligo di svolgimento dell'attività, mentre qualora la regolazione fosse generale, i soggetti sarebbero liberi di lasciare il mercato³²². A fronte della previsione di obblighi di servizio sono previste delle

³¹⁸ Cons. Stato, sez. V, 25 settembre 2014, sent. n. 4827

³¹⁹ G. FONDERICO, *Obblighi di servizio pubblico per gli operatori sul mercato*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 199

³²⁰ G. FONDERICO, *Obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 199-201

³²¹ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 67-69

³²² G. FONDERICO, *Obblighi di servizio pubblico*, cit., p. 197-198

compensazioni di cui si precisa il carattere eventuale. Come già illustrato nel Capitolo I, le compensazioni sono uno strumento che ristabiliscono la parità in un mercato in cui un operatore è gravato da oneri antieconomici. Esse tuttavia non discendono automaticamente dalla previsione di un obbligo di servizio; perché siano giustificate, è necessario che gli obblighi determinino un impatto patrimoniale negativo e sostanziale desunto dopo aver considerato la situazione nella sua totalità e aver operato un giudizio controfattuale³²³. Detto ciò, però, è importante sottolineare che alla base della valutazione non vi è alcuna discrezionalità, così che la compensazione va riconosciuta ogni qual volta lo svantaggio economico sussiste³²⁴.

L'art. 13, l'ultimo del Capo dedicato all'istituzione del servizio, contempla la misura più invasiva dell'autonomia imprenditoriale degli operatori economici, cioè l'assegnazione di diritti speciali o esclusivi.

Va innanzitutto premesso che esso sopperisce a un'importante mancanza che, tuttavia, non sempre è stata sufficientemente sottolineata negli anni, cioè la mai esplicitata base giuridica per la limitazione di un'attività economica tramite diritti esclusivi o speciali. Tale potere per molti derivava dalla titolarità dei servizi pubblici locali in capo agli enti competenti, ma titolarità e poteri sono due concetti diversi e i secondi, in ottemperanza al principio di legalità, richiedono una previsione espressa; in assenza di essa, all'ente non resta che servirsi delle altre facoltà per esso disponibili, come la generale capacità di diritto privato³²⁵.

Dunque, quest'assegnazione è ammessa nel rispetto del diritto dell'Unione europea e solo se «indispensabile» per raggiungere il fine pubblico prefissato, cioè solo in caso non siano possibili soluzioni più rispettose della libertà di impresa; la scelta deve essere fondata su un'adeguata analisi economica e motivata nella deliberazione di istituzione del servizio di cui all'art. 10 comma 5³²⁶. Questa cautela nell'utilizzo dei diritti speciali o esclusivi è dovuta alla garanzia del diritto di stabilimento, previsto dall'art. 49 TFUE come una delle libertà fondamentali dell'Unione europea, che permette agli operatori economici dell'Unione di avere accesso alle attività economiche

³²³ C.G.U.E., 8 settembre 2022, C-614/20

³²⁴ C.G.U.E., 8 settembre 2022, C-614/20

³²⁵ S. TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Munus* 1/2011, Editoriale Scientifica, Napoli, p.87

³²⁶ E. PICOZZA, *Art. 13*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 118-124

del mercato unico³²⁷, ma va chiaramente bilanciato con altre disposizioni del Trattato, come l'art. 106.

I diritti speciali o esclusivi, di cui in parte si è già detto nel Capitolo I, sono quelli che attribuiscono ad alcune imprese dei vantaggi rendendo formalmente o sostanzialmente impossibile alle concorrenti erogare lo stesso servizio nello stesso territorio con le stesse modalità³²⁸, ma non vanno confusi con le autorizzazioni basate su criteri oggettivi a cui si può conformare qualunque soggetto, perché in tal caso non sussiste un vantaggio, bensì ci si conforma a prescrizioni generali³²⁹.

L'art. 13 del d.lgs. n. 201/2022 è strettamente collegato all'art. 2 che dà la definizione di tali diritti, i quali sono concessi da «un'autorità competente» con fonti legislative, regolamentari o amministrative, sono conformi alla disciplina europea e hanno «l'effetto di riservare» a uno (diritti esclusivi) o a due o più operatori (diritti speciali) lo svolgimento dell'attività in un certo ambito. Cercando di sviluppare qualche riflessione al riguardo, si nota che le definizioni sono molto simili a quelle fornite a livello europeo. Sono tre le principali fonti a cui si può fare riferimento: la Direttiva 2002/77/CE del 16 settembre 2002 relativa alla concorrenza nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica, la Direttiva 2006/111/CE del 16 novembre 2006 relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie tra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche e alla trasparenza finanziaria all'interno di talune imprese e la Direttiva 2014/23/UE del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. Anticipando l'obiezione del carattere settoriale della prima fonte, considerata soprattutto per la sua antecedenza cronologica, si evidenzia la sostanziale sovrapponibilità delle definizioni di «diritti esclusivi» e «diritti speciali» che sono contenute nelle prime due direttive³³⁰, mentre la terza se ne distanzia parzialmente.

Comuni a tutte sono l'equivalenza della fonte normativa che determina il diritto speciale o esclusivo³³¹ e ciò, a livello interno, può ben coordinarsi con l'art. 43 della Costituzione³³², la cui riserva secondo la Corte costituzionale può essere letta come

³²⁷ Trib CE, 8 luglio 1999, T-266/97

³²⁸ C.G.U.E., 27 marzo 2019, C-545/17

³²⁹ C.G.C.E., 27 ottobre 1993, C-46/90 C-93/91

³³⁰ Per comodità espositiva sarà perciò considerata, tra le due, solo la Direttiva del 2006.

³³¹ Cioè legge, regolamento o provvedimento.

³³² Sempre che lo si consideri applicabile ai servizi pubblici locali.

relativa³³³, nonostante alcune voci siano contrarie a questa lettura³³⁴. Se così non fosse la norma definitoria interna ne risulterebbe mutilata, mentre non vi sarebbe un contrasto con la disciplina sovranazionale poiché al legislatore interno è consentito, come evidenziato nel Capitolo I, vincolare più strettamente i poteri pubblici a tutela della concorrenza.

È necessario poi evidenziare alcune differenze tra la definizione della Direttiva del 2006 e quella del 2014: la prima distingue, all'interno dei soli diritti speciali, le due situazioni di “diritti speciali a effetti esclusivi” e di “diritti speciali di privilegio”, mentre la seconda ricomprende entrambe le situazioni anche tra i diritti esclusivi, differenziando così i due tipi di misure per il solo carattere quantitativo; inoltre, la prima Direttiva richiede che per la configurazione dei diritti speciali non debbano essere stati osservati criteri di oggettività, proporzionalità e discriminazione, mentre la seconda Direttiva non nomina questo requisito, enunciando di conseguenza una definizione dal raggio più ampio.

³³³ Lo si ricava da Corte cost. 23 marzo 1960, sent. n. 11, che, anche se non rende esplicita questa conclusione, la presuppone per il suo giudizio di legittimità. D'altronde il testo costituzionale lascia aperta la possibilità di assumere anche soltanto un'impresa, e non l'intera categoria a cui essa appartiene. La decisione va presa tramite una legge necessariamente statale, viste le implicazioni concorrenziali che ne derivano. Lo stesso testo costituzionale, poi, implica che sia necessaria una valutazione della situazione concreta, per cui una legge che, per sua natura, dispone in generale, potrebbe non essere adatta. Affinché infatti siano correttamente applicati i requisiti dell'art. 43, che necessariamente si riferiscono a circostanze specifiche, le funzioni amministrative che concernono la materia devono essere esercitate da un ente scelto in base a criteri di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, e cioè conformemente al principio di sussidiarietà orizzontale di cui all'art. 118, comma 1 Cost. Questa considerazione, quindi, non può che confermare il carattere relativo della riserva di cui all'art. 43 Cost., che, così interpretato, si accorderebbe anche con la prescrizione di cui all'art. 2, par. 1, Direttiva 2014/23/UE. Esso prevede che «le autorità nazionali, regionali e locali possono liberamente organizzare [...] la prestazione dei propri servizi» e implica, quindi, una non eccessiva restrizione delle possibilità a disposizione degli enti locali. Così S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, Giuffrè, Milano, p. 1332 ss.; M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 131; G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 1993, p. 835; M. CALCAGNILE, *Monopoli e privative nei servizi di interesse economico generale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Fascicolo 5|2017, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 635-639

³³⁴ A. LAMORGESE, *L'art. 43 della Costituzione*, in *lamagistratura.it*, Associazione Nazionale Magistrati, 14 giugno 2022; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976, p. 1123; C. FOIS, *“Riserva originaria” e “riserva di legge” nei “principi economici” della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, Giuffrè, Milano, p. 490 ss. I sostenitori della riserva assoluta argomentano in tal senso soprattutto a causa del carattere piuttosto generico delle locuzioni adoperate dall'art. 43 Cost, che, se letto in modo tale da richiedere una mera riserva relativa, potrebbe permettere all'amministrazione di comprimere eccessivamente la libertà economica privata. Le locuzioni in questione, tuttavia, si spiegano e acquisiscono uno scopo determinato se lette in combinazione con gli articoli precedenti (vedi Capitolo I) e, anzi, proprio la loro flessibilità garantisce un bilanciamento di interessi adatto al caso, come spiegato nella nota precedente.

La disposizione dell'art. 2 del D. Lgs. 201/2022 uniforma la propria definizione di queste due figure alla seconda Direttiva, configurando perciò i diritti esclusivi e speciali in modo più neutrale, non associandovi cioè in automatico una violazione del diritto europeo, tant'è che si richiama proprio a questo. Proprio questa neutralità non è sostenuta da parte della dottrina, la quale ritiene che «[s]e la concessione avviene nel rispetto del principio di proporzionalità – evidentemente, rispetto a un obiettivo legittimo – e con criteri trasparenti e oggettivi – ad esempio, mediante una gara pubblica – allora non si è dinanzi a un diritto speciale o esclusivo»³³⁵. Non si può tuttavia condividere quest'argomentazione, in quanto presuppone una naturale contrapposizione dei diritti esclusivi o speciali rispetto ai principi europei che intervengono nella materia dei servizi di interesse economico generale³³⁶. L'art. 2 del decreto, infatti, richiama proprio il rispetto del diritto dell'Unione europea e lo stesso art. 13 non avrebbe senso di esistere se confliggesse con una norma sovraordinata che, se letta attentamente, disciplina l'utilizzo dei diritti esclusivi e speciali perché ciò non si risolva in un abuso, ma ciò presuppone che esiste anche una dimensione di legittimità di tali misure. D'altronde l'art. 106 TFUE vieta agli Stati membri di emanare e mantenere misure contrarie ai Trattati nei confronti delle imprese cui riconoscono diritti esclusivi o speciali, adottando un approccio neutrale con riguardo a questi ultimi. Va parzialmente corretto quanto appena detto riguardo il rinvio alla definizione della Direttiva del 2014 da parte del decreto in commento. A differenza della prima, questo considera apparentemente solo la riserva formale e non quella sostanziale derivante da un "privilegio" rispetto ai concorrenti. Tuttavia non è specificato che si tratti effettivamente ed esclusivamente di una riserva formale e l'espressione «avente l'effetto di riservare» rende plausibile una lettura estensiva che comprenda le stesse fattispecie della Direttiva europea³³⁷.

Calando i diritti esclusivi o speciali nel merito della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, giova osservare come questa sia la scelta più estrema nella previsione di misure a soddisfazione delle necessità locali, e infatti si colloca anche a livello redazionale alla fine del Capo I del Titolo III, al termine di quella

³³⁵ G. FONDERICO, *Limitazioni nella istituzione e nel mantenimento di diritti speciali o esclusivi*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 215

³³⁶ Proporzionalità, trasparenza, non discriminazione, ecc.

³³⁷ G. FONDERICO, *Limitazioni nella istituzione*, cit., p. 216

procedimentalizzazione che è un tratto così caratteristico di questa disciplina e che consente l'applicazione dei diritti esclusivi o speciali sono se nessun'altra alternativa riesce a garantire il fine pubblico del servizio, secondo l'applicazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità.

Sulla carta è tutto lineare, ma non bisogna distaccarsi troppo dalla realtà, immaginando uno dei possibili modi di applicazione che potrebbero manifestarsi nella prassi. Potrebbe infatti accadere che l'amministrazione, nella deliberazione di istituzione di cui all'art. 10, in cui confluiscono anche le previsioni sugli obblighi di servizio pubblico e sui diritti esclusivi e speciali, non segua quel percorso lineare immaginato dal legislatore per cui sono per primi da individuare i bisogni della comunità e poi le misure necessarie e proporzionate ma, invece, lasci che le due cose si influenzino diversamente. È infatti possibile che l'entità degli obiettivi da raggiungere sia condizionata dalle misure che l'amministrazione ha a disposizione, il che, in sé, non è sicuramente illegittimo, visto anche il carattere marcatamente politico e quindi fortemente discrezionale di questi obiettivi, ma il problema è piuttosto legato a un abuso degli strumenti, quando essi siano manifestamente eccedenti il loro fine o quando esso stesso sia un mero pretesto per utilizzare uno strumento più restrittivo della concorrenza di quanto sia necessario³³⁸.

Per questo motivo la legge delega (art. 8, l. n. 118/2022) impone di considerare le «peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento» e nel decreto l'art. 13 prescrive «un'adeguata analisi economica». Saranno poi i giudici a valutare la legittimità delle misure, pur avendo presenti i loro limiti, per come definiti dalla Corte di giustizia, sul sindacato sui mezzi di finanziamento dei servizi³³⁹.

Si ritiene, in ogni caso, che un problema del genere sia naturale in un contesto normativo, come è quello attuale, connotato da un'ambiguità deontologica. A reggere l'impianto sui servizi pubblici locali a rilevanza economica, infatti, non c'è più un forte valore di fondo, magari accompagnato da valori complementari, come accadeva nelle discipline succedutesi fino all'inizio del secolo, ma assumono rilevanza "assoluta" tanto la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, come è sempre stato, quanto

³³⁸ G. FONDERICO, *Limitazioni nella istituzione*, cit., p. 223-224

³³⁹ G. FONDERICO, *Limitazioni nella istituzione*, cit., p. 222-226

la promozione del confronto concorrenziale, che, a causa dell'adeguamento e a volte del fraintendimento delle norme europee, sembra ormai aver perso il suo valore ancillare per stagliarsi autonomamente come nuovo fine.

1.2. Principio di separazione tra titolarità e gestione come concezione soggettiva temperata

Il presente sottoparagrafo ha la funzione di introdurre un discorso che nel Capitolo III avrà la sua trattazione più sistematica, con oggetto la tanto *vexata quaestio* della definizione di “servizio pubblico locale”, la quale qui troverà un suo punto di partenza che invece muoverà da un'altra novità introdotta dal decreto, quanto meno se intesa nella sua applicabilità a tutti i servizi ricompresi dalla disciplina, cioè la separazione tra titolarità e gestione dei servizi pubblici locali. Il tema è relativamente nuovo, poiché a partire dalla normativa giolittiana sino alla riforma degli anni '90 e all'ingresso sempre più incisivo del diritto comunitario entrambi gli aspetti erano ricompresi sotto l'ombrello pubblicistico, così che le esigenze concorrenziali trovavano considerazione limitata quando non nulla, a causa della forte valenza sociale assegnata ai servizi pubblici locali³⁴⁰. In aggiunta, l'intera attività economica era spesso inibita per l'esistenza di una privativa a favore del gestore del pubblico servizio, il quale poteva anche essere un soggetto privato, ma la sua attività era pur sempre fortemente conformata dalla volontà dell'ente locale, salve le ovvie considerazioni sugli effettivi rapporti di forza nella pratica³⁴¹.

Il sempre maggiore interessamento europeo all'apertura del mercato dei servizi ha portato al progressivo avvicinamento dei concetti di servizio pubblico locale e servizio di interesse economico generale, fino al riscontro già analizzato della loro omologia secondo la Corte costituzionale³⁴². A prescindere da riflessioni sulla correttezza di una tale ricostruzione, che saranno affrontate in seguito, è indubbio che questo processo ha contribuito alla distinzione tra la titolarità e la gestione dei servizi,

³⁴⁰ M. DUGATO, *Distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali. Incompatibilità e inconfiribilità*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 128-130; G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime, caratteristiche*, in *Foro amministrativo*, Fascicolo 11-12|1991, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 3167 ss.

³⁴¹ A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|1994, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 466; G. FONDERICO, *Limitazioni nella istituzione*, cit., p. 209

³⁴² Corte cost., 17 novembre 2010, sent. n. 325

così da destinare la seconda a un'ampia apertura concorrenziale, mentre la prima, per sua natura maggiormente legata a delicati temi sociali vicini alla sovranità degli Stati membri, si conforma alle esigenze europee in modo più cauto, secondo un maggiore bilanciamento di interessi³⁴³. È ovvio poi che per entrambe le fasi ci si dovrà confrontare con le peculiari caratteristiche delle realtà locali, ma ciò non rappresenta un ostacolo ove si consideri che il diritto europeo in questa materia non prevede misure definite *a priori*, ma impone obblighi procedurali per lo più riconducibili all'applicazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità³⁴⁴.

La distinzione tra i due momenti ha perciò portato, da un lato, a evitare intrusioni del potere pubblico che avrebbero potuto falsare la concorrenza³⁴⁵, dall'altro a riaprire il dibattito tra la concezione oggettiva e soggettiva del servizio pubblico. Senza pretese di esaustività sull'evoluzione del dibattito, e rimandando alla trattazione più analitica che se ne farà nel Capitolo III, si segnala come innanzitutto non si può parlare di una vera contrapposizione tra le due teorie, che piuttosto avevano un punto di vista differente sul fenomeno dei servizi pubblici.

La prima a essere stata sviluppata è stata quella soggettiva che, riferendo l'aggettivo «pubblico» del servizio al beneficiario, cioè la collettività, associava al concetto del servizio pubblico l'attività del soggetto che alla cura di quella collettività era predisposto, cioè l'ente pubblico, eventualmente tramite un gestore privato. L'insufficienza di questa teoria deriva dall'assimilazione sotto la definizione di «servizio pubblico» di attività dal carattere pressoché commerciale anche se più o meno latamente collegato allo statuto dell'ente³⁴⁶ e di servizi dal principale scopo sociale, caratterizzati da doverosità, universalità e accessibilità.

Avuto perciò sentore di caratteri sempre presenti nelle attività considerate di servizio pubblico, si è tentata una teoria oggettiva che prescindesse dal soggetto titolare, ma così il servizio pubblico è passato a indicare un altro insieme troppo ampio di attività,

³⁴³ Un chiaro esempio di tale bilanciamento è proprio nella proceduralizzazione nell'istituzione del servizio di cui al d.lgs. n. 201/2022.

³⁴⁴ Commissione europea, Guida relativa all'applicazione ai servizi di interesse economico generale, e in particolare ai servizi sociali di interesse generale, delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato, di appalti pubblici e di mercato interno, Bruxelles, 29 aprile 2013, SWD(2013) 53 final/2; A. MOLITERNI, *Principio del servizio pubblico locale*, cit., p. 168-169

³⁴⁵ C.G.C.E., 27 ottobre 1993, C-46/90 C-93/91

³⁴⁶ Cioè l'attività economica della p.a. come soggetto di diritto comune.

poiché comprendeva anche tutte quelle indubbiamente private ma conformate a fini sociali ai sensi dell'art. 41 della Costituzione.

Dalla valorizzazione degli elementi di forza e maggiormente intuitivi dell'essenza dei servizi pubblici si è infine giunti a una teoria «soggettiva temperata», che cioè considera allo stesso tempo delle caratteristiche oggettive come quelle prima elencate che, però, possono essere soddisfatte solo se poste come fine di un soggetto pubblico, che per attuarlo potrà certamente servirsi di persone giuridiche private con la descritta separazione tra titolarità e gestione del servizio³⁴⁷.

1.3. Compromesso nella tipizzazione delle forme di gestione

L'art. 14 apre il Capo II del Titolo III, in cui si disciplinano le forme di gestione del servizio pubblico locale.

Come si è visto nel Capitolo I, il principio di tipicità delle forme di gestione è divenuto ben presto una costante delle normative in tema di servizi pubblici locali, soprattutto a causa del forte valore pubblicistico della materia che ha sempre portato il legislatore a controllare eventuali elusioni, che sono anche state assimilate nel succedersi delle riforme³⁴⁸.

C'è però anche una ragione giuridica alla base della tipicità, ed è il principio di legalità. Ogni soggetto dell'ordinamento, infatti, è libero di articolare la sua attività economica privata secondo il principio civilistico dell'atipicità contrattuale, e ciò vale indubbiamente anche per i soggetti pubblici, che conservano la capacità giuridica di diritto comune³⁴⁹. La situazione però è diversa se in gioco c'è un potere che, in virtù della sua natura autoritativa, ha bisogno di essere previsto da un atto dal valore legislativo (art. 1, comma 1-*bis*, l. n.241/1990). È ciò che accade nella materia dei servizi pubblici locali, in cui vi sono fini pubblici che, per essere attuati, necessitano dell'esercizio di alcuni poteri che raggiungono risultati non ottenibili da semplici accordi privatistici. È il caso, ad esempio, dell'imposizione di obblighi di servizio o

³⁴⁷ Sulla ricostruzione delle teorie in esame S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto – Volume XLII*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1990, p. 369-370; S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, in *Munus* 2/2022, Editoriale Scientifica, Napoli, p.309-310; F. LILLO, *Art. 10*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI e E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 98-109

³⁴⁸ Basti pensare al fenomeno delle società miste.

³⁴⁹ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 298-304

dell'attribuzione di diritti speciali o esclusivi e questa necessità è presente anche nell'aspetto gestionale, dove si conforma in modo più o meno incisivo l'attività economica degli eventuali privati coinvolti, così che risulta necessario avere una gamma di possibili configurazioni gestorie ben definita.³⁵⁰

L'art. 14, richiamato il principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi espressi nell'art. 3, prevede che, in caso di affidamento del servizio a un numero limitato di operatori, o anche solo a uno di essi, si possa optare per una delle modalità di gestione tra affidamento a terzi, a società mista o a società in house, in tutti i casi rispettando il diritto dell'Unione europea; è poi prevista la possibilità di servirsi della gestione in autonomia o tramite azienda speciale per i soli servizi non a rete.

Per scegliere l'ente dovrà tener conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio, compresi la qualità richiesta, i necessari investimenti infrastrutturali, la disponibilità finanziaria dell'ente, i costi per lo stesso e per gli utenti e i risultati prevedibilmente attesi delineati grazie al confronto con le alternative di gestione e con precedenti esperienze sotto il profilo degli effetti sulle risorse pubbliche, della qualità del servizio, dei costi per ente locale e utenti e degli investimenti effettuati. Sono inoltre tenute in considerazione le relazioni periodiche svolte ai sensi dell'art. 30 del decreto.

Tali valutazioni devono avere riscontro in una relazione da redigere prima che abbia luogo la procedura di affidamento e che, inoltre, illustrerà anche come la scelta rispetti il diritto europeo, quali sono gli obblighi di servizio pubblico e quali le eventuali compensazioni, delle quali poi sarà fornito il criterio di calcolo per permettere una valutazione sulla loro proporzionalità. In più, per i servizi pubblici locali a rete, alla relazione va allegato il piano economico-finanziario (PEF) ottenuto alla fine della procedura, il quale deve prevedere costi, ricavi, investimenti e finanziamenti per tutto il periodo dell'affidamento e deve essere asseverato dai soggetti indicati nel comma 4.

Come si può notare, la disposizione sembra equiparare le scelte disponibili per i servizi a rete, relegando a ipotesi residuali solo l'azienda speciale e la gestione in economia.

Con un accenno si può rilevare come questa riforma elimina la gestione tramite istituzione, probabilmente per la comunanza di *ratio* che essa ha con l'azienda speciale,

³⁵⁰ S. TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali*, cit., p. 90-91

in cui il legislatore ritiene possano confluire quei servizi non a rete prima gestiti mediante l'istituzione.

Non è però stato tenuto in considerazione ciò che, in passato, ha garantito l'ampio utilizzo dell'azienda speciale. Essa era un istituto che riusciva a veicolare congiuntamente il controllo pubblicistico e una gestione più autonoma, ma non terza³⁵¹. Ormai ciò che si persegue, come emerge dal succedersi delle riforme, è sempre più una gestione esternalizzata, il che ha influenzato anche l'azienda autonoma a cui, con l. 127/1997, è stata conferita personalità giuridica e autonomia imprenditoriale, con conseguente perdita della sua peculiarità, nonché *ratio*; per questo motivo si ritiene poco probabile una rivitalizzazione dell'istituto, soprattutto se cercata in contesti applicativi dall'ambito ristretto, che incontrerebbero più facilmente la preferenza della gestione in autonomia³⁵².

Per quanto invece riguarda i servizi pubblici locali a rete, l'equiparazione della scelta sembra poco più che un'illusione se si considera il testo legislativo nella sua sistematicità. Infatti l'art. 17, come si dirà più nel dettaglio *infra* quando si analizzeranno nel dettaglio le varie forme di gestione, prescrive per l'affidamento *in house* una motivazione rafforzata e perciò più gravosa e supplementare di quella dell'art. 14 che, oltre agli specifici benefici dell'attività, deve dar conto anche del mancato ricorso al mercato. Ciò sembra riproporre surrettiziamente quelle categorie proposte dal d.l. 112/2008 di modalità di gestione ordinarie ed eccezionali, abrogate dal referendum del 2011³⁵³. Un ulteriore indizio a riprova di una preferenza del legislatore è di stampo lessicale, in quanto, negli artt. 15-17, si prevede che gli enti competenti «affidano» il servizio a terzi e «possono affidare» lo stesso a società miste e a società *in house*. Non c'è, a parte questa nota linguistica, un altro rilievo che presupponga una gerarchia tra affidamento a terzi e a società miste, ma ciò è normale in un sistema normativo in cui la società mista ha ormai sviluppato requisiti che la rendono una modalità di esternalizzazione di fatto del servizio, solo meno intensa di una concessione a un

³⁵¹ A. BARDUSCO, *Aziende pubbliche*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988, p. 1

³⁵² M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023 p. 245-246; F. FRACCHIA, *Imprese pubbliche regionali e locali*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2008, p. 2

³⁵³ S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società mista*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Giappichelli, Torino, 2023, p. 71-268

soggetto privato³⁵⁴. Questa tendenza, e preferenza, del legislatore è suffragata anche dal rimando, nella disposizione sull'affidamento a terzi, al Codice dei contratti pubblici³⁵⁵ con poche eccezioni che si vedranno, orientando così la libertà di adattamento organizzativo in senso pro-concorrenziale.³⁵⁶

Il titolo del sottoparagrafo, quando parla di «compromesso», lo fa in una doppia valenza.

Si ha infatti un compromesso nelle forme di gestione del servizio, soprattutto in merito all'autoproduzione tramite società *in house*, poiché il legislatore protende per una soluzione intermedia, se non ambigua. Essa da un lato si uniforma sia alla disciplina europea che equipara l'autoproduzione alle altre soluzioni purché non determini illeciti anticoncorrenziali³⁵⁷, sia al concetto tradizionale di servizio pubblico su cui l'ente tenta di avere il maggior controllo possibile per attuarne gli obiettivi³⁵⁸. Dall'altro lato continua su un filone mai sopito di *favor* per la privatizzazione che, generata da passate esperienze di abuso della società *in house* e spinto dal PNRR che chiede di «limitare gli affidamenti diretti»³⁵⁹, cerca di evitare la sottrazione di settori di mercato al confronto concorrenziale.

Un altro compromesso si ha tra considerazioni promozionali dell'efficienza che spingerebbero per la standardizzazione delle gestioni dei vari enti locali e tra l'«autonomia di organizzazione dei servizi» (art. 14, comma 1) che permetterebbe di meglio valutare le peculiarità locali e di rimanere nel circuito elettorale-amministrativo; il risultato dell'incontro tra istanze, a livello gestionale, è una pluralità di forme di gestione, ma tassativa³⁶⁰.

³⁵⁴ La società mista, infatti, ha subito un mutamento nella sua disciplina, che si è fatta sempre più funzionale e limitata allo specifico affidamento, abbandonando l'assetto genericamente legato alla capacità privatistica degli enti locali che eludeva la concorrenza e, adesso, promuovendola. E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, cit., p. 24

³⁵⁵ Il quale traspone fedelmente la disciplina europea.

³⁵⁶ E. LEONETTI, *Art. 15*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI e E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 130-133

³⁵⁷ M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, n. 1/1998, CEDAM, Padova, p. 181 ss.

³⁵⁸ Non ha messo perciò fine a quella dialettica che ha percorso tutta la storia della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. S. SILEONI, *Dalla teoria alla pratica: i principi della riforma dei servizi pubblici locali e le regole sulle forme di sostegno agli utenti*, in *Munus* 2/2024, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 425

³⁵⁹ M1C2-6 PNRR

³⁶⁰ M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione*, cit., p. 229, 243

Resta in ogni caso il fatto che, una volta operata la scelta e motivata, essa è sottoposta soltanto a un sindacato di legittimità amministrativa debole, vale a dire limitato alla rilevazione «di macroscopico travisamento dei fatti o di illogicità manifesta»³⁶¹.

1.4. Autonomia e funzionalizzazione delle reti

Il Titolo IV del decreto (artt. 21-23) affronta il tema delle reti per i servizi pubblici locali a rete, ed è un tema che ha grande influenza sull'assetto concorrenziale del mercato.

La definizione di «rete» non è fornita in via diretta, ma la ricava dalla definizione di «servizi di interesse economico generale di livello locale a rete» o «servizi pubblici locali a rete». Essi sono quei servizi che possono essere organizzati «tramite reti strutturali o collegamenti funzionali necessari tra le sedi di produzione o di svolgimento della prestazione oggetto di servizio»³⁶² e che sono sottoposti alla regolazione di un'autorità indipendente.

Tali reti, in base all'art. 21 del decreto, sono individuate, assieme agli «impianti e [al]le altre dotazioni patrimoniali essenziali alla gestione del servizio» in sede di affidamento del servizio stesso o della sola rete, se è separata da questo. Dopo l'individuazione i beni restano vincolati alla gestione del servizio pubblico, senza poter essere ceduti ma senza neanche che la norma incida sui vigenti regimi proprietari. Nel caso di gestione della rete affidata separatamente da quella del servizio, essa deve essere aperta a tutti i soggetti legittimati all'erogazione, normalmente a fronte di un canone; il gestore è scelto con uno dei procedimenti di cui all'art. 14 comma 1 lett. a), b) o c). L'unica cessione di proprietà della rete autorizzata è quella che gli enti locali, anche in forma associata, possono disporre a favore di società a capitale interamente pubblico, senza che queste possano disporre a loro volta; esse si occuperanno di affidare la gestione del servizio o della sola rete, se separata da esso, in quest'ultimo caso a fronte di un canone stabilito dall'autorità di settore se esistente, o altrimenti dagli enti locali. Se tali società rispettano i requisiti per qualificarsi come società *in house*, gli enti locali possono loro affidare la gestione della rete in via diretta. Il Titolo IV attua l'art. 8 lett.

³⁶¹ Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2007, sent. n. 3554

³⁶² Art. 2, lett. d), d.lgs. n. 201/2022

q) della legge delega, che richiede una revisione della disciplina di gestione delle reti e di gestione dei beni nell'ipotesi di subentro per tutelare la proprietà pubblica e il gestore uscente. Richiama una necessità che era già stata considerata dallo schema di T. U. del 2015³⁶³, a cui l'attuale disciplina si ispira fedelmente e con cui condivide le novità normative.

Analizzando l'articolo 21, si può innanzitutto notare come nel concetto di «reti», o comunque strettamente legati a esso, siano compresi anche «gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali essenziali alla gestione». Una definizione così ampia e difficile da delimitare *a priori* rispecchia senz'altro la volontà del legislatore di ricomprendere nella disciplina ogni bene strumentale al funzionamento del servizio, in una lettura sostanziale che meglio aderisce alle particolarità locali in omaggio al principio dell'autonomia organizzativa, ma anche alle innovazioni tecnologiche che possono mutare nel tempo la configurazione della rete³⁶⁴.

La disposizione insiste molto sulla destinazione del bene, senza però incidere sul suo regime di proprietà, secondo un approccio adottato a partire dal 2001, che coinvolge anche il rapporto tra gestione della rete e del servizio³⁶⁵. Innanzitutto va ben sottolineato come il legislatore ponga in ogni caso forti vincoli al diritto di proprietà, perché, sulla base dell'art. 41 comma 3 della Costituzione, lo vincola a una funzione sociale derivata dalla sua essenzialità allo svolgimento del servizio³⁶⁶. Di conseguenza, non è rilevante in sé chi sia l'effettivo proprietario di un bene, così che si possono riscontrare tre situazioni sulla titolarità di questo: può essere un bene pubblico demaniale, un bene pubblico del patrimonio indisponibile o un bene privato destinato alla gestione di un pubblico servizio³⁶⁷.

Per ciò che riguarda i beni pubblici, va specificato che sono demaniali soltanto quelli indicati come tali dalla legge, come richiesto dall'art. 822 comma 2 c.c. Non si

³⁶³ Art. 9

³⁶⁴ F. MUNARI, A. BERGAMINO, *Gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni*, in in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 362-364. Il legislatore si rifà a precise prescrizioni in merito da parte del giudice amministrativo in Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, 3 maggio 2016, parere n. 1075/2016; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, sent. n. 156.

³⁶⁵ G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus* 1/2011, p. 41

³⁶⁶ A. DI GIOVANNI, *Art. 21*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 189-195

³⁶⁷ A. DI GIOVANNI, *Art. 21*, cit., p. 189-195; S. REBECCHINI, *Privatizzare le reti per liberalizzare i servizi pubblici locali*, in *IBL Occasional Paper*, Istituto Bruno Leoni, p. 6

può a questo proposito considerare proprio l'art. 21 come attribuyente questa qualità, poiché difetta della minima determinatezza necessaria a questo scopo; i beni che però non sono classificati come demaniali da altre disposizioni di legge possono tranquillamente rientrare nella previsione dell'art. 826 comma 3 c.c., il quale qualifica come appartenenti al patrimonio indisponibile i beni «destinati a un pubblico servizio»³⁶⁸. Dal punto di vista pratico le implicazioni sono assimilabili, perché se i primi «sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi»³⁶⁹ (art. 823, comma 1), i secondi «non possono essere sottratti alla loro destinazione» (art. 828, comma 2)³⁷⁰. Tutti i beni, come detto, sono in ogni caso vincolati alla strumentalità al servizio pubblico ai sensi dell'art. 21 comma 2 del decreto.

Non si rinvengono invece disposizioni espresse sulla proprietà dei beni funzionali al servizio che sopravvivono in corso di gestione, né è questo un aspetto residuale data la costante necessità di interventi e ammodernamenti della rete. Secondo una certa dottrina³⁷¹, e in effetti sarebbe comunque la soluzione più logica, i nuovi beni sono di proprietà dei gestori, che tra l'altro così possono utilizzarli più liberamente, anche, per esempio, ponendoli in garanzia; al termine della gestione essi potrebbero essere acquisiti dall'ente competente secondo previsioni già presenti nei contratti di servizio o, ad esempio, rimanere di proprietà del privato con l'obbligo di messa a disposizione. Questa è un'opzione che potrebbe comportare inconvenienti pratici, e che quindi si ritiene che non sarà preferita, anche considerati i vantaggi che avrebbero entrambe le parti a prevedere un trasferimento successivo, perché il gestore privato sarebbe libero nella sua organizzazione e nella programmazione degli investimenti, mentre l'ente pubblico non sarebbe onerato dai procedimenti burocratici per la costruzione di nuovi beni³⁷².

L'art. 22 si occupa dell'esecuzione dei lavori sulla rete connessi alla sua gestione. Se essa, unitamente o separatamente all'erogazione del servizio, è affidata con

³⁶⁸ F. MUNARI, A. BERGAMINO, *Gestione delle reti*, cit, p. 364-365; A. VIGNERI, M. SEBASTIANI, *Società pubbliche e servizi locali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, p. 267

³⁶⁹ Corte cost., 25 novembre 2011, sent. n. 320 specifica che i beni demaniali non possono neanche essere oggetto di conferimento in società.

³⁷⁰ A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 292-293

³⁷¹ F. MUNARI, A. BERGAMINO, *Gestione delle reti*, cit, p. 366-367

³⁷² F. MUNARI, A. BERGAMINO, *Esecuzione di lavori connessi alla gestione*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 379

una delle modalità di cui all'art. 14 comma 1, il gestore può realizzare direttamente i lavori purché sia qualificato a farlo ai sensi di legge e l'affidamento abbia avuto nel suo oggetto anche lo svolgimento di tali lavori. Se invece non sono soddisfatti entrambi i requisiti, i lavori devono essere affidati con le modalità previste dal codice dei contratti pubblici.

Il comma 2, poi, in ottica transitoria, statuisce che se la rete, unitamente o separatamente al servizio, è stata affidata con modalità differenti da quelle dell'art. 14 comma 1, in ogni caso i lavori devono essere affidati secondo le modalità dei contratti pubblici. Questa disposizione è chiaramente tesa a recuperare una concorrenzialità non presente all'inizio della gestione. La norma è fedelmente ispirata all'art. 10 dello schema di T. U. del 2015 ed è coerente con il carattere pubblicistico delle reti, per i cui lavori è perciò previsto il rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, che rendono gli affidatari gestori delle reti dei veri e propri «enti concedenti»; in questo caso, infatti, hanno un ruolo strumentale alla finalizzazione di quell'interesse generale proprio del pubblico servizio e che, tra l'altro, giustifica il diverso trattamento dei gestori delle reti da tutti gli altri concessionari di beni o lavori pubblici³⁷³. Giova infine segnalare come, tra i lavori considerati nell'articolo, rientrino sia quelli di «manutenzione», che quelli di «ammodernamento» e di sviluppo della rete³⁷⁴.

L'art. 23 impone che, alla fine dell'affidamento per scadenza naturale o anticipata, dopo aver esaurito il nuovo procedimento di affidamento, alla disponibilità della rete subentra il nuovo gestore, che dovrà corrispondere al gestore uscente un eventuale indennizzo in base alla disciplina dell'art. 19 comma 2. Questa, che sarà in seguito ripresa, assicura un indennizzo nel caso in cui la durata dell'affidamento³⁷⁵ sia stata inferiore al tempo necessario ad ammortizzare gli investimenti. Esso deve corrispondere al valore degli investimenti contabili non ammortizzati, rivalutati in base agli indici ISTAT, a cui vanno sottratti i contributi pubblici riferibili agli stessi.

³⁷³ F. MUNARI, A. BERGAMINO, *Esecuzione di lavori connessi alla gestione*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 374-378. Cfr. R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Zanichelli, Torino, 2020, p. 1565

³⁷⁴ A. DI GIOVANNI, *Art. 22*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 196-200

³⁷⁵ Sia che fosse prevista in tal misura fin dall'inizio, sia che così risulti a causa di una cessazione anticipata del rapporto per recesso dell'ente proprietario.

La *ratio* della norma è quella di bilanciare da un lato l'interesse all'apertura concorrenziale dell'accesso alla rete, per cui il subentrante dovrebbe subire il minor onere possibile per subentrare nella gestione della rete o del servizio, e dall'altro il legittimo affidamento del gestore uscente, il quale si era impegnato a realizzare investimenti di manutenzione o ampliamento della rete fiducioso di avere la possibilità di recuperarli con una proporzionata durata dell'affidamento³⁷⁶. Ispirandosi alla disciplina del settore del gas³⁷⁷, considera anche, in ottica di equità, il vantaggio che ricava il gestore subentrante in un complesso infrastrutturale la cui funzionalità dipende anche dagli investimenti passati³⁷⁸.

La necessità dell'indennizzo è confermata anche dalla giurisprudenza amministrativa, che però, ricorda anche come la durata della gestione dovrebbe essere strettamente commisurata a recuperare gli investimenti e una «remunerazione del capitale investito», senza ridurre o espandere i tempi.³⁷⁹ Una cessione a titolo gratuito sarebbe sicuramente svantaggiosa per il gestore uscente, e causerebbe una notevole riduzione di investimenti, soprattutto a lungo termine, quando non proprio l'abbandono di molti operatori di quel mercato, con un notevole *vulnus* al confronto competitivo, con ripercussioni negative anche sulle concrete modalità di erogazione del servizio³⁸⁰. D'altro canto, poi, si avrebbe una lesione del principio di non discriminazione se l'indennizzo fosse superiore al valore degli investimenti non ammortizzati, perché il potenziale nuovo gestore troverebbe una notevole barriera all'entrata del mercato, mentre il gestore uscente ne ricaverebbe un vantaggio competitivo, oltre a vedere potenzialmente annullato il rischio operativo, effetto che la Direttiva 2014/23/UE dichiara illegittimo³⁸¹. A ben vedere, la concorrenza non è così danneggiata dal pagamento dell'indennizzo, soprattutto se si considera una teorica opzione alternativa

³⁷⁶ M. CALCAGNILE, *Durata delle concessioni e regime della gestione*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 3|2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 591-617

³⁷⁷ D.lgs. 23 maggio 2000, n. 164

³⁷⁸ E. FRENI, *Regime del subentro in caso di scadenza dell'affidamento o cessazione anticipata*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 381-383; E. FERIOLI, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale: applicazione anticipata della riforma?*, in *Foro amministrativo – C.D.S. (II)*, Fascicolo 7/8, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 1786

³⁷⁹ Cons. Stato, Ad. Pl., 9 novembre 2021, sent. n. 17 e 18/2021

³⁸⁰ C.G.U.E., 20 gennaio 2016, C-375/14

³⁸¹ E. FRENI, *Regime del subentro*, cit., p. 383, 385

di acquisto della rete, assai più gravosa per un operatore di mercato che volesse subentrare nel servizio.³⁸²

Le ipotesi di cessazione anticipata indicate dalla norma sono essenzialmente quelle di risoluzione, recesso e revoca per motivi di pubblico interesse (art. 27 e, per suo tramite, Codice dei contratti pubblici e disciplina europea)³⁸³. La revoca può essere attuata per una nuova valutazione dell'interesse pubblico ad opera dell'ente competente, mentre il recesso può conseguire a un'intervenuta alterazione dell'equilibrio contrattuale a cui non segue una riuscita rinegoziazione dell'accordo, ovviamente nei limiti dei principi dei contratti pubblici. In entrambi i casi il gestore non ha responsabilità della cessazione del rapporto, e quindi ha senz'altro diritto all'indennizzo³⁸⁴. Lo stesso non si può dire della risoluzione per inadempimento del gestore³⁸⁵, per cui ha un «carattere proporzionato» la cessione della rete priva di indennizzo, «a titolo sanzionatorio»³⁸⁶; tale conclusione è inoltre coerente con l'art. 191 comma 3 del Codice dei contratti pubblici.

È infine necessario un appunto sul calcolo dell'indennizzo. Come anticipato, esso si calcola adeguando il valore degli investimenti non ancora ammortizzati all'inflazione e deducendo eventuali contributi pubblici relativi agli investimenti. Un calcolo del genere potrebbe essere problematico, in quanto rischia di attribuire al gestore un indennizzo dal valore più alto di quanto avrebbe ottenuto portando a termine l'affidamento. Questo perché si prende in considerazione il solo dato numerico dell'investimento e non il valore effettivamente aggiunto e, soprattutto, rimasto nel corso del tempo, che in concreto determina il ritorno economico. Il rischio non è soltanto quello di un indebito arricchimento del gestore uscente, ma soprattutto quello di un ostacolo all'alternanza di gestori, dato che il subentrante dovrebbe pagare un indennizzo maggiore del valore aggiunto residuo della rete³⁸⁷.

³⁸² A. DI GIOVANNI, *Art. 23*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 201-206

³⁸³ Gli istituti in questione saranno approfonditi con maggiore dettaglio infra, nella sezione dedicata alle vicende del rapporto di servizio.

³⁸⁴ E. FRENI, *Regime del subentro*, cit., p. 386-387

³⁸⁵ Se l'inadempimento è del titolare del servizio o della sola rete si ricade infatti nell'ipotesi precedente.

³⁸⁶ C.G.U.E., 20 gennaio 2016, C-375/14

³⁸⁷ E. FRENI, *Regime del subentro*, cit., p. 388; A. DI GIOVANNI, *Art. 23*, cit., p. 201-206

2. Affidamento del servizio

La fase concettualmente complementare a quella dell'istituzione del servizio è quella della scelta della forma della sua gestione. Si è già parlato del duplice compromesso relativo all'elenco delle possibili opzioni di gestione, come anche della loro tipicità, e adesso è necessario entrare più nel dettaglio delle singole alternative, premettendo che saranno analizzati aspetti funzionali alla presente trattazione, la quale non ha alcuna pretesa di esaustività su temi al centro del dibattito giuridico da decenni. Un'ulteriore premessa riguarda invece l'esclusione di una trattazione più specifica di quanto già detto sulla gestione in economia e mediante azienda speciale. La scelta, come si può intuire, è quella di concentrarsi su istituti ampiamente preferiti nella prassi e che, in ogni caso, riguardano affidamenti meno residuali.

2.1. Il rapporto tra esternalizzazione e affidamento diretto

Le tre più rilevanti forme di affidamento, enunciate dall'art. 14, sono l'affidamento a terzi con procedura a evidenza pubblica, l'affidamento a società mista e l'affidamento a società *in house*. È necessario, a questo punto, approfondire di più la trattazione su ognuna di queste possibilità.

L'art. 15, in tema di affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, rimanda alla disciplina in tema di contratti pubblici³⁸⁸, aggiungendo, come unica reale prescrizione della disposizione, che, tenendo presenti le caratteristiche del servizio da erogare, è preferibile che si adotti lo strumento della concessione a quello dell'appalto, così da traslare il rischio operativo a carico del beneficiario³⁸⁹. Il rinvio integrale è frutto di una scelta legittima ma non vincolata del legislatore che, così, restringe la discrezionalità degli enti titolari del servizio³⁹⁰. Per l'Unione europea, infatti, gli Stati membri hanno libertà nella definizione e organizzazione dei servizi di interesse

³⁸⁸ Il rinvio è, dalla giurisprudenza richiamata alla nota successiva, considerato mobile, e quindi attualmente riferito al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. La lettura è agevolmente sostenibile già considerando le parole della disposizione dell'art. 15 del d.lgs. n. 201/2022. Essa, infatti, parla in generale di «disciplina in materia di contratti pubblici» e non si riferisce a uno specifico testo legislativo, uniformandosi alla tecnica usata negli artt. 1 e 14 quando ci si riferisce al diritto europeo, che ha condizionato molto la contrattualistica pubblica.

³⁸⁹ S. SORRENTINO, *È possibile un rapporto "preferenziale" tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?*, in *Munus* 3/2014, p. 574; F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4/2011, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 3347

³⁹⁰ Secondo i limiti legislativi delineati da A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene Editore, Napoli, 2016, p. 399-409

economico generale, mentre il decreto si vincola a una disciplina che è anch'essa di derivazione europea, ma rispetto alla quale stabilisce differenze limitate, riferite, per quello che qui interessa, al contenuto minimo del contratto di servizio e agli strumenti contrattuali, i quali sono ridotti a due di cui uno è preferito, in deroga all'autonomia contrattuale delle amministrazioni postulata dal Codice dei contratti pubblici³⁹¹.

La storia dei rapporti tra amministrazioni e soggetti privati ha conosciuto orientamenti altalenanti, anche influenzati da obiettivi politici, in quanto le argomentazioni pubblicistiche tendevano a un rafforzamento del potere statale, mentre quelle privatistiche miravano a garantire gli imprenditori controparti dell'amministrazione nei contratti pubblici³⁹².

Se fino agli anni '80 dell'Ottocento la relazione era per lo più improntata a un rapporto contrattuale³⁹³, successivamente la giurisprudenza ha tentato di ricostruire uno schema in cui sussistesse la superiorità del potere pubblico³⁹⁴. In un primo momento questa nuova impostazione sembrava non potesse giungere fino a scardinare la sostanza civilistica³⁹⁵, ma argomentazioni dottrinali sulla natura dello Stato come «particolare corpo morale» hanno sancito una superiorità ontologica di esso anche nell'uso speciale che fa del diritto civile, poiché infatti gli enti pubblici «godono dei diritti civili secondo le leggi e gli usi osservati come diritto pubblico»³⁹⁶. Le concessioni erano quindi considerati sì come contratti, ma caratterizzati da quel *quid pluris* del carattere pubblico³⁹⁷.

Altra dottrina ha mantenuto la disparità di posizioni nel rapporto ma l'ha legata non più alla semplice soggettività dell'amministrazione, ma all'«*utilitas*» perseguita tramite l'atto, poiché «avviene non di rado che un singolo rapporto di diritto privato subisca modificazioni speciali pel fatto stesso che allo Stato si riferisce [...], derogando

³⁹¹ A. MOLITERNI, *Affidamento mediante procedura a evidenza pubblica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 261-262

³⁹² G. PANTALEO, *Sviluppo del modello concessorio dall'unità d'Italia fino al D.Lgs. 50/2016*, in *Osservatorio sulle Crisi di Impresa*, Roma, 2017, p. 25-26

³⁹³ G. SAREDO, *Della competenza dell'autorità giudiziaria nelle controversie fra i Comuni e i loro impiegati*, in *Legge*, 1871, Volume II, p. 53 ss.

³⁹⁴ Cass. Roma, 8 gennaio 1884; Cass. Roma, 8 luglio 1884

³⁹⁵ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene Editore, Napoli, 1981, p. 16

³⁹⁶ G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Volume I, G. Barbera, Firenze, 1882, p. 43

³⁹⁷ G. MANTELLINI, *Lo Stato*, Volume II, cit., p. 506

al diritto comune in conseguenza della qualità pubblica che lo Stato riveste»³⁹⁸. Tale approccio autoritativo era nettamente prevalente³⁹⁹, ma non del tutto unanime, perché vi è stato anche chi già all'epoca considerava le concessioni sì «atto d'imperio», ma «accompagnate da un capitolato o disciplinare contrattuale» che costituiva veri e propri diritti corrispettivi⁴⁰⁰. Una divisione è stata in effetti riconosciuta anche dalla dottrina dell'epoca, ma l'assenso del concessionario non è stato qualificato come funzionale a un contratto ma come strumento che realizza le «condizioni di fatto, le quali rendono possibile che l'atto amministrativo produca i suoi effetti, ma non concorre immediatamente a produrre questi effetti»⁴⁰¹.

Vi era, perciò, un netto superamento della teoria contrattualistica nella concessione e, in genere, nei rapporti tra amministrazione e privati così che, anche chi stabiliva un'unica personalità del soggetto pubblico per tutti i suoi rapporti, riteneva comunque che essa «si esplica in campi distinti, ma il cui regolamento, anche quello di diritto privato, mette capo sempre al diritto pubblico, che ne determina, se non altro, i motivi»⁴⁰²; ciò, tuttavia, non negava in assoluto la presenza di diritti soggettivi in tali rapporti, ma postulava che essi potessero subire una «degradazione» a fronte di un atto autoritativo come la revoca⁴⁰³. Una nuova valorizzazione dell'aspetto contrattualistico si è avuta all'inizio del '900, quando è stato evidenziato come, di fronte all'amministrazione, il concessionario si trovi in uno «*status libertatis*» e solo per propria volontà avrebbe potuto attribuire «a quell'amministrazione quel diritto [...] di pretendere da lui la prestazione del pubblico servizio», secondo un accordo privatistico iniziale a cui sarebbe seguita una fase esecutiva pubblicistica perché caratterizzata da atti imperativi funzionali alla realizzazione del rapporto⁴⁰⁴. Veniva così superata un'alterità dei mezzi e mantenuto lo strumento contrattuale, seppur accompagnato da poteri pubblicistici⁴⁰⁵.

³⁹⁸ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, G. Barbera, Firenze, 1891, p. 356, 364

³⁹⁹ G. PANTALEO, *Sviluppo del modello concessorio*, cit., p. 15

⁴⁰⁰ G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Vol. II-III, F.lli Cammelli, Firenze, 1889-1902, p. 311 ss, 464 ss. (Vol. II), 273-274 (Vol. III)

⁴⁰¹ O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, UTET, Torino, 1894, col. 71

⁴⁰² S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901, p. 517

⁴⁰³ M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 124; G. PANTALEO, *Sviluppo del modello concessorio*, cit., p. 21-22

⁴⁰⁴ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, Volume 4, UTET, Torino, 1900, p. 369 ss.

⁴⁰⁵ U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni*, cit., p. 421-427

Nel corso del '900 le teorie contrattualistiche hanno preso sempre più piede, in parte eredi del pensiero liberale, in parte derivate da un'identificazione tra discrezionalità politico-amministrativa e libertà contrattuale, derivata dal pensiero socialista⁴⁰⁶. È un'inversione di marcia iniziata dalla giurisprudenza, che identifica due momenti e due negozi nettamente distinti: prima c'è «l'atto di sovranità dello Stato che si concentra nella concessione», successivamente «una vera e propria stipulazione di contratto» da cui sorgono diritti soggettivi e che è destinata a disciplinare i rapporti nati col primo atto⁴⁰⁷. A questa nuova interpretazione la dottrina si è adeguata solo nella seconda metà del XX secolo, mantenendo tuttavia alcune prerogative pubblicistiche, a cui ha fatto corrispondere, in cambio, «clausole contrattuali di riequilibrio economico»⁴⁰⁸.

Tutto ciò ha subito un drastico cambiamento con la normazione dell'ordinamento europeo in materia, poiché esso ha rilevato i profili di proprio interesse, cioè quelli concorrenziali, e su questi ha dettato una disciplina comune, seppur non organica, per tutti gli Stati membri⁴⁰⁹. A livello interno, se il dibattito definitorio prima di allora si concentrava sul carattere accrescitivo⁴¹⁰ o meno⁴¹¹ della concessione nei riguardi delle capacità del concessionario con l'avvento europeo il dibattito si è spostato su un nuovo elemento di *discrimen*, cioè il rischio operativo di cui il privato si fa carico in cambio dei privilegi⁴¹² e, comunque, della gestione in sé⁴¹³.

Come già visto anche nel Capitolo I con stretto riguardo ai servizi pubblici locali, l'affidamento a terzi non è mai stato precluso, nemmeno nel massimo periodo di diffusione della municipalizzazione, ma di sicuro nelle prime discipline non era incoraggiato, poiché l'intenzione era proprio quella di sottrarre la gestione del servizio ai privati. La situazione è cambiata con i due fattori della crisi delle finanze locali e

⁴⁰⁶ M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, p. 207

⁴⁰⁷ Cass. Roma, 12 gennaio 1910; Corte d'Appello Trani, 2 aprile 1916. In dottrina F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2007, p. 250-277

⁴⁰⁸ G. PANTALEO, *Sviluppo del modello concessorio*, cit., p. 46-49

⁴⁰⁹ F. MERUSI, *Nuove avventure*, cit., p. 3347; C. SGUBIN, *La difficile applicazione del diritto comunitario nella zona grigia tra l'appalto e la concessione*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 4/2009, p. 130-135

⁴¹⁰ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Volume IV, Giuffrè, Milano, 1958; E. SILVESTRI, *Concessione*, cit., p. 371

⁴¹¹ R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 113-121; A. ROMANO, *Profili della concessione*, cit., p. 459 ss.

⁴¹² Peraltro, come visto, neanche sempre presenti.

⁴¹³ F. FRACCHIA, *Concessione*, cit., p. 258

l'espansione del diritto europeo, che ha avuto ripercussioni anche sul primo dei fattori a causa dei conseguenti limiti di spesa pubblici. Questi due fattori hanno portato a una progressiva assimilazione di appalto e concessione, nella quale si sono accentuati gli aspetti competitivi a discapito della discrezionalità e dell'*intuitus personae*, che in passato erano motivati dall'oggetto pubblico del rapporto e dal conseguente trasferimento di poteri pubblicistici, soprattutto in un ambito così sensibile politicamente come quello dei servizi pubblici locali, fino all'adozione delle direttive del 2014⁴¹⁴. Più nello specifico, con l'individuazione del nuovo *discrimen* tra appalto e concessione nel rischio operativo (definito dall'art. 177 del Codice dei contratti pubblici) e nella modalità di remunerazione dell'aggiudicatario⁴¹⁵, si sono stemperati i caratteri fortemente pubblicistici della seconda, con un passaggio da un criterio «giuridico-formale» a uno «economico-finanziario»⁴¹⁶.

Questa nuova interpretazione, tuttavia, non riesce ad appiattire completamente le sostanza genetica delle due figure, poiché permane un interesse pubblico nell'esecuzione del rapporto concessorio, che, proprio in virtù delle necessità collettive alla base del servizio, deve rispettare modalità imposte, anche se contrattualmente, dall'ente competente, che vigila anche sul loro corretto espletarsi⁴¹⁷. Permangono inoltre caratteri nazionali nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴¹⁸ e nel carattere necessariamente trilaterale della concessione di pubblico servizio, a differenza

⁴¹⁴ A. MOLITERNI, *Affidamento mediante procedura*, cit., p. 252-260; B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentanti*, Giuffrè, Milano, 1998

⁴¹⁵ V. AGUADO I CUDOLÀ, *Introduction. A short overview of the directive 2014/23/UE*, in *Munus* 3/2018, p. 1098

⁴¹⁶ A. MASSERA, *La concessione di servizi: una questione di regime sempre aperta*, in *Munus* 1/2011, p. 251-252; A. MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali e regole di dettaglio*, in *Munus* 3/2013, p. 678-679. In giurisprudenza C.G.C.E., 10 novembre 1998, C-360/98; C.G.C.E., 10 aprile 2003, C-20/01 C-28/01

⁴¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, sent. n. 5421

⁴¹⁸ Il tema è molto ampio e non è possibile approfondirlo qui nel dettaglio. Basti notare che la Consulta ha riservato la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nei soli casi in cui la materia abbia un legame con l'esercizio di un potere da parte dell'amministrazione (Corte cost., 6 luglio 2004, sent. n. 204) e, tra tali materie rientrano «le controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi» (d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 133, lett. c)). Ciò non può che far ritenere che le concessioni in questione, anche al vaglio del diritto europeo, continuino a mantenere una certa relazione col potere, la quale le differenzia dagli appalti e, di certo, impedisce che esse siano considerati come strumenti neutrali nelle mani dell'amministrazione. Cfr. V. GASPARINI CASARI, *Le misure e i contenuti della giurisdizione esclusiva secondo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204*, in *Il diritto dell'economia*, Fascicolo 3-4/2004, Mucchi Editore, Modena, p. 719-741; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, Fascicolo 2/2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 506-518

della bilateralità insita nell'appalto⁴¹⁹. Ne deriva una sottesa tensione tra spinte sovranazionali e statali⁴²⁰ dovute a un non corretto discernimento delle esigenze alla base delle due distinte definizioni.

Come già ricordato nel Capitolo I, infatti, le fonti europee non hanno lo scopo di fornire una teoria generale europea del diritto ma, anche quando armonizzano determinati settori normativi e definiscono determinati concetti, lo fanno in chiave funzionale alle prescrizioni dettate. È perciò necessario essere molto cauti nell'utilizzo di quelle definizioni in chiave assoluta, poiché ci si potrebbe allontanare dalle intenzioni del legislatore creando indebite sovrapposizioni. In ogni caso è necessario avere criteri distintivi certi tra i due istituti che operino su scala sovranazionale, così che la concessione si distingue sia dall'autorizzazione, che è semplicemente una verifica di conformazione a prescrizioni generali⁴²¹, che dall'appalto, che è destinato a soddisfare l'amministrazione e non gli utenti se non indirettamente⁴²²; infatti si qualifica per essere un istituto che crea un rapporto corrispettivo con l'amministrazione e allo stesso tempo un sistema trilaterale con la stessa e con gli utenti, caratterizzato inoltre dall'assunzione del rischio a opera del concessionario⁴²³.

La scelta della concessione a opera dell'ente locale, a prescindere dalle varie ricostruzioni giuridiche sulla sua natura, è vantaggiosa, salvo che per particolari contesti, sia per l'ente stesso che per l'affidatario. Infatti, la prima avrà un notevole risparmio di finanze pubbliche, il che è proprio uno dei motivi del successo dell'istituto⁴²⁴, mentre il secondo subirà i soli vincoli essenziali a garantire l'interesse pubblico, assai ridotti rispetto alle altre opzioni⁴²⁵.

Un altro effetto dell'adeguamento a tratti acritico al diritto europeo è la configurazione della concessione come un semplice contratto, rendendola uno strumento neutro, a cui viene sottratta la sua pubblicità genetica, come prima

⁴¹⁹ B. GILIBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|2011, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 183-240; F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità, e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|2011, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 723

⁴²⁰ A. MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni*, cit., p. 670-671

⁴²¹ Corte cost., 29 maggio 2020, sent. n. 103

⁴²² A. MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni di servizi*, cit., p. 679

⁴²³ E. LEONETTI, *Art. 15*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 130-133

⁴²⁴ S. SORRENTINO, *È possibile un rapporto "preferenziale"*, cit., p. 574-575

⁴²⁵ A. MOLITERNI, *Affidamento mediante procedura*, cit., p. 262-264

sottolineato. Per quanto l'operazione in sé non avrebbe astrattamente ostacoli giuridici, e nonostante un incontro di volontà non si possa escludere⁴²⁶, una privazione surrettizia della sua sostanza, che è poi la causa dell'avvicinamento concettuale all'appalto, rischierebbe di ingenerare confusione negli interpreti del diritto, che si troverebbero a utilizzare lo stesso nome per due manifestazioni giuridiche diverse, con conseguenti problemi applicativi. La giurisprudenza amministrativa mostra come anche le disposizioni normative pretendano per una non completa assimilazione di concessioni e disciplina civile dei contratti, in quanto l'art. 11 della legge sul procedimento amministrativo richiama l'applicazione non della disciplina del codice civile *in toto*, ma solo dei suoi principi in materia di obbligazioni e contratti «in quanto compatibili». La compatibilità è confinata alla sfera esterna alla «immanente presenza dell'esercizio delle potestà pubbliche», poiché va tracciata una distinzione tra i contratti stipulati dall'amministrazione nella veste di soggetto privato e quelli in cui permane invece una «tradizionale posizione di supremazia». In questi ultimi l'autoritatività condiziona la compatibilità con i principi privatistici, caratterizzando lo strumento contrattuale come «strumento ausiliario» del «provvedimento concessorio», a esecuzione di quell'interesse pubblico che si ripercuote in tutta la durata del rapporto⁴²⁷. Le differenze tra un rapporto civilistico e uno a oggetto pubblico, però, non devono essere esagerate, poiché infatti il diritto privato rimane un orizzonte normativo paradigmatico e, se si osserva il concreto andamento dell'esecuzione del rapporto e degli istituti che vengono in rilievo in quella fase, vi si può riscontrare una forte analogia⁴²⁸.

L'art. 16, al comma 1, consente l'affidamento a società mista, per come disciplinata nel d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175 e, in particolare, nell'art. 17. Prima dell'esame sullo strumento di gestione della società mista in sé, è bene premettere che il legislatore consente l'acquisizione e il mantenimento di partecipazioni in società da parte di soggetti pubblici soltanto qualora esse siano «strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali», in chiave restrittiva della partecipazione pubblica diretta all'economia⁴²⁹. Il comma 2 lett. c) consente una

⁴²⁶ Trib. U.E., 15 giugno 2005, T-17/02

⁴²⁷ Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, sent. n. 3653

⁴²⁸ S. TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia*, cit., p. 94

⁴²⁹ G. MULAZZANI, *Limiti operativi extra moenia all'in house: un margine residuale per gli investimenti*, in *Munus* 3/2016, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 619; così anche S. SORRENTINO, *La*

partecipazione pubblica per l'«organizzazione e [la] gestione di un servizio di interesse generale attraverso un contratto di partenariato», tenendo però sempre in conto la stretta necessarietà richiesta dal comma 1.

Se un primo orientamento aveva accomunato i limiti territoriali di attività delle società partecipate a quelli, molto stringenti e correlati all'ente di riferimento, delle aziende speciali⁴³⁰, una successiva interpretazione della giurisprudenza amministrativa ha poi richiesto un più blando «collegamento [...] di natura “funzionale” tra l'attività dell'azienda stessa e le esigenze della collettività stanziata sul territorio dell'Ente che l'ha costituita», da interpretare come assenza di sottrazione di risorse alla comunità «senza apprezzabili ritorni di utilità»⁴³¹ e di «aumento dei costi [...] o di peggioramento del servizio»⁴³², da valutarsi nel caso concreto. In sostanza bisogna considerare la situazione nel suo complesso, comprendendo anche elementi immateriali come l'accresciuta conoscenza tecnica del Comune, fermo restando che parte dell'attività sia svolta comunque nell'ambito dell'ente istitutivo⁴³³. Allo stesso modo va comunque considerato il risvolto negativo di qualunque attività economica, cioè il rischio imprenditoriale che metterebbe a repentaglio il patrimonio della società mista, il quale, però, è solo uno «strumento» fornito dall'ente, che ne è amministratore nell'interesse della collettività di riferimento; è quindi necessaria, per il giudice amministrativo, anche una motivazione che giustifichi la scelta dell'attività *extra moenia*⁴³⁴, come non pregiudiziale per la popolazione locale⁴³⁵.

Chiariti i limiti in merito alla partecipazione pubblica alle società, bisogna inquadrare l'istituto delle società miste nel fenomeno più ampio del partenariato pubblico-privato. Esso è uno strumento che l'amministrazione può utilizzare per realizzare un fine pubblico, e che si articola nelle forme di un «partenariato pubblico-privato istituzionalizzato» (PPPI) o di un «partenariato pubblico-privato contrattuale» (PPPC); al soggetto pubblico è garantita discrezionalità in merito alla forma da adottare

procedimentalizzazione della decisione di gestire i servizi pubblici locali mediante la società mista, in *Munus* 2/2018, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 728-729

⁴³⁰ Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, sent. n. 374; T.A.R. Liguria, sez. II, 8 maggio 1997, sent. n. 134

⁴³¹ Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, sent. n. 4586

⁴³² Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, sent. n. 5843

⁴³³ M. ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus* 1/2013, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 102-103, 116

⁴³⁴ Quella erogata all'interno dell'ente è presuntivamente vantaggiosa.

⁴³⁵ Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2005, sent. n. 5204

tra le due, confermata dal Protocollo n. 26 al TFUE (art. 1)⁴³⁶. Il partenariato, che si può sussumere sotto uno dei «programmi» tendenti alla funzionalizzazione sociale dell'attività economica di cui all'art. 41 comma 3 della Costituzione, consente una stretta collaborazione tra pubblico e privato, al punto che il secondo è addirittura coinvolto nella definizione della concreta azione tesa a realizzare il fine pubblico, possibilità che nessun altro modulo operativo consente⁴³⁷.

Per questo motivo la sua *ratio* si differenzia nettamente sia dalla privatizzazione, in cui si assiste invece a una delega di funzioni gestorie, sia dalle prescrizioni che valorizzano la sussidiarietà orizzontale⁴³⁸, in quanto con il partenariato non si preferisce un soggetto privato a uno pubblico, ma li si mettono sullo stesso piano dividendone i ruoli e le competenze⁴³⁹. In virtù di queste caratteristiche, è plausibile riscontrare nella possibilità della gestione dei servizi pubblici tramite partenariato uno degli indizi di un mutamento della concezione di «interesse pubblico»⁴⁴⁰, la quale assume una propria autonomia e si distanzia dalla relazione con un soggetto pubblico⁴⁴¹.

La scelta del partenariato è spesso condizionata dai vantaggi che esso comporta, come l'esiguità di investimenti pubblici necessari, il conseguente minor carico fiscale sui contribuenti e il contemporaneo effetto di miglioramento della qualità dei servizi e abbassamento dei costi purché, si intende, sussista un effettivo confronto competitivo, il che spesso dipende da caratteristiche dei singoli mercati e non soltanto dalle possibilità normative⁴⁴².

La forma di partenariato in cui la collaborazione tra i due soggetti si riscontra più visibilmente è chiaramente il PPPI, la cui espressione più tipica è proprio la società

⁴³⁶ H. BONURA, *Affidamento a società mista*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 271

⁴³⁷ S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus* 1/2020, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 6-7; M. FERRARI, A. GIOVANNINI, M. POMPEI, *The Challenge of Infrastructure Financing*, in *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 32, Issue 3, 2016, p. 446-474

⁴³⁸ R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 90

⁴³⁹ S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica*, cit., p. 24; C. IANONE, *L'azione collettiva urbana tra partenariato pubblico-comunità e pubblico-comunità-privato*, in P. CHIRULLI, C. IANONE (a cura di), *La Co-Città*, Jovene Editore, Napoli, 2018, p. 17-34; A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 462

⁴⁴⁰ E, come si vedrà nel Capitolo IV, anche di «servizio pubblico».

⁴⁴¹ S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus* 1/2020, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 6-7, 23-25

⁴⁴² S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica*, cit., p. 3-4; A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato*, cit., p. 446-447

mista che, in omaggio al principio di tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, è una delle possibili configurazioni tipizzate del loro esercizio⁴⁴³. Non esiste a riguardo una disciplina europea armonizzata, poiché nelle competenze dell'Unione non rientra la relazione tra sfera pubblica e soggetti nel mercato, ma al più le implicazioni che ne derivano in tema di concorrenza⁴⁴⁴, così che, a livello interno, permangono peculiarità e possibili incertezze.

Una di questa è l'identificazione della sostanza delle società miste, che permane nonostante le chiarificazioni apportate dal t.u.s.p. in alcuni aspetti. Una voce di questo dibattito inquadrebbe le società miste nel novero dei soggetti pubblici, poiché esse, a fronte di una forma giuridica di diritto comune e di una propria personalità giuridica, difetterebbero dell'autonomia gestionale necessaria per configurarsi come sostanzialmente terze rispetto agli enti locali, essendo così legittimate a ricevere affidamenti diretti ai sensi del diritto europeo. Una posizione completamente opposta valorizza la forma societaria e all'ente pubblico riconosce il ruolo di azionista, per quanto atipico date le deroghe concesse dall'art. 17 del d.lgs. n.175/2016, con la conseguente attenzione alle particolarità della scelta del socio che consentono di "recuperare" il confronto concorrenziale che si perderebbe con l'affidamento diretto. Un terzo orientamento, più seguito degli altri, rimanda la valutazione ai singoli casi concreti, nei quali l'effettiva conformazione della società può dare indicazioni sul reale assetto dell'influenza dell'ente pubblico nell'attività societaria e dell'autentica autonomia della società stessa⁴⁴⁵. In effetti l'assetto interno delle società miste non è predefinito, ma va disegnato sulle specifiche esigenze del servizio da svolgere, considerando gli interessi opposti che l'ente competente e il partner privato hanno⁴⁴⁶.

Di norma l'attività della società è finanziata, anche se non sempre in modo esclusivo, dal socio privato⁴⁴⁷, che si occupa anche di progettazione, realizzazione e attuazione del servizio, mentre il socio pubblico ha un ruolo programmatico e di

⁴⁴³ H. BONURA, *Affidamento a società mista*, cit., p. 272-273; F. GUERRERA, *Lo statuto delle nuove società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Giappichelli, Torino, 2010, p. 99-100

⁴⁴⁴ S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica*, cit., p. 19

⁴⁴⁵ Sul dibattito F. CARINGELLA, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli enti locali*, a cura di F. CARINGELLA, A. GIUNCATO, F. ROMANO, Giuffrè, Milano, 2007, p. 714; F. MARONE, *Società degli enti locali e articolo 41 della Costituzione: il Comune è un imprenditore?*, in *Munus* 1/2011, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 163-164

⁴⁴⁶ H. BONURA, *Affidamento a società mista*, cit., p. 274

⁴⁴⁷ Come specificato anche dall'art. 174 comma 1 lett. c) del Codice dei contratti pubblici.

definizione degli obiettivi; si delinea quale socio sia maggiormente gravato dal rischio in base alle concrete attività svolte⁴⁴⁸.

Se da un lato il partenariato conferisce all'amministrazione un apporto di fondi e *know-how* e consente di controllare l'attività privata meglio di un affidamento a terzi, dall'altro deve anche comportare un «plusvalore reale» rispetto alle alternative, nel rispetto del diritto europeo della concorrenza che non è derogato in alcun modo alla partecipazione di un soggetto pubblico alla società e che allo stesso tempo né incoraggia né limita la scelta di operare tramite società mista.⁴⁴⁹ Il legislatore interno, infatti, uniformandosi a quello europeo, rispetta il «principio di libera amministrazione» per cui gli enti competenti non sono vincolati a una specifica forma di gestione dei servizi, purché rispettino determinati standard a garanzia dei quali coesistono il confronto concorrenziale nella scelta del socio privato e un articolato procedimento di programmazione, valutazione preliminare, controllo e monitoraggio dei partenariati⁴⁵⁰ che assicurerebbe la realizzazione del fine pubblico della società mista senza porla per sé in posizione deteriore rispetto alle altre scelte⁴⁵¹.

Per conoscere nello specifico le caratteristiche necessarie della società mista bisogna esaminare l'art. 17 del t.u.s.p. e l'art. 174 del Codice dei contratti pubblici, il quale si riferisce più in generale al partenariato pubblico-privato, ma dal cui confronto la prima disposizione non si può esimere.

L'art. 174 richiede che, per un partenariato, si instauri un rapporto contrattuale di lungo periodo che persegua la realizzazione di un interesse pubblico e che riservi alla parte privata il reperimento della maggioranza delle risorse finanziarie, anche in ragione del rischio operativo assunto, oltre che la realizzazione e la gestione del progetto, mentre alla parte pubblica spetta definire gli obiettivi e verificarne l'attuazione.

L'art. 17, di conseguenza, prevede che la quota del socio privato non sia inferiore al trenta per cento, così che lo stesso sia scelto con una procedura competitiva ai sensi del Codice dei contratti pubblici, la quale abbia contemporaneamente ad oggetto sia lo *status* di socio che l'affidamento del contratto pubblico, che è oggetto esclusivo

⁴⁴⁸ Secondo l'art. 174 comma 1 lett. d) del Codice dei contratti pubblici il rischio connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi è allocato in capo al soggetto privato.

⁴⁴⁹ Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004) 327, 30 aprile 2004

⁴⁵⁰ Art. 175 Codice dei contratti pubblici

⁴⁵¹ SORRENTINO, *La procedimentalizzazione della decisione*, cit., p. 729-732

dell'attività societaria e per il quale il socio privato deve avere i requisiti di qualificazione previsti da norme legali o regolamentari. La permanenza del socio privato in società dev'essere strettamente calibrata sull'affidamento del contratto, così che, quando esso termini per qualunque motivo, si sciolga anche il rapporto societario secondo meccanismi previamente predisposti nello statuto. Sono poi previste possibili deroghe al diritto societario per assicurare un più efficace controllo del socio pubblico sulla gestione dell'impresa.

La prescrizione di una quota minima privata, individuata dal legislatore nel trenta per cento del capitale sociale, è funzionale a garantire che il socio privato sia a tutti gli effetti un «socio operativo» e non un mero «socio finanziatore», visti i suoi obblighi di realizzazione e gestione del progetto. Non essendo prevista una quota massima, è possibile una partecipazione maggioritaria del soggetto privato, ma in tal caso, per garantire l'assetto delineato dalle norme, saranno necessarie previsioni statutarie che assicurino nella sostanza le funzioni del soggetto pubblico⁴⁵²; dall'altra parte, invece, per impedire elusioni del limite minimo, non è ammissibile una partecipazione anche indiretta di un qualunque ente pubblico che ridurrebbe la partecipazione privata al di sotto del trenta per cento⁴⁵³.

In merito all'esclusività dell'oggetto dell'attività della società mista, richiesta dall'art. 17 comma 1, è bene precisare come, nonostante alcuni dubbi e imprecisioni a riguardo, essa non comporti automaticamente un oggetto sociale esclusivo, che sarebbe sproporzionato in presenza di un bando di gara che, in maniera sufficientemente precisa, individui già uno specifico contratto pubblico e una durata del contratto di società commisurata ad esso; sarebbe però per la stessa ragione non solo ammissibile, ma anche necessario, un oggetto sociale esclusivo qualora il bando fosse così generico da «rend[ere] possibili affidamenti ulteriori in costanza di rapporto»⁴⁵⁴, così da evitare violazioni della concorrenza⁴⁵⁵.

Un tema che ha per lungo tempo impegnato dottrina e giurisprudenza a proposito di società miste riguarda i requisiti di affidamento ad esse del servizio pubblico. Se da un lato vi era chi accomunava la società mista, o almeno il socio privato, a un qualunque

⁴⁵² H. BONURA, *Affidamento a società mista*, cit., p. 276-277

⁴⁵³ Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2023, sent. n. 9034

⁴⁵⁴ Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2018, sent. n. 655,

⁴⁵⁵ M. ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società*, cit., p. 110

imprenditore che, quindi, doveva essere sottoposto alle regole di concorrenza ed eventualmente scelto all'esito di una procedura a evidenza pubblica⁴⁵⁶, dall'altro un opposto orientamento non riscontrava la necessità di una gara in presenza di «contratti associativi fondati sull'*intuitus personae*», che in ogni caso restavano sottoposti ai poteri interni ed esterni alla società dell'ente locale, ma reputava adeguato un affidamento diretto⁴⁵⁷.

È un dibattito che ha interessato anche la giurisprudenza europea, dato che a essere coinvolti erano aspetti relativi alla concorrenza, e la Corte di Giustizia ha trovato un'adeguata soluzione intermedia. Essa prima di tutto ha escluso la possibilità di un affidamento diretto senza gara, che avrebbe favorito un operatore ingiustificatamente, ma ha parimenti rigettato la necessità di due distinte gare per la posizione di socio e per l'affidamento del contratto, perché ciò avrebbe aggravato sproporzionatamente in termini di tempo e risorse il procedimento e avrebbe inibito i potenziali partecipanti alla gara che, una volta selezionati come soci, non avrebbero comunque avuto la sicurezza dell'aggiudicazione del servizio. La Corte ha quindi optato per valutare la convenienza per l'amministrazione nella creazione di un partenariato con un soggetto privato già nel momento di scelta del socio, che quindi non sarebbe stato tenuto solo a dimostrare la sua capacità di ricoprire quel ruolo, ma contemporaneamente avrebbe concorso con gli altri candidati per presentare l'offerta migliore; al termine di questa fase sarebbe potuto seguire un affidamento diretto senza pregiudizi per la tenuta concorrenziale del mercato⁴⁵⁸. Con tale «procedura di evidenza pubblica [...] a doppio oggetto»⁴⁵⁹ si ritroverebbe la conformità con i Trattati europei⁴⁶⁰, poiché sia la posizione del socio che l'affidamento del servizio di cui è chiamato a garantire la gestione sarebbero sottratti alla pura discrezionalità amministrativa⁴⁶¹, tanto che, per alcuni, non si potrebbe neanche parlare di «affidamento diretto», anche se non possono essere eliminati dei dubbi in merito a una gara unica che contempla oggetti molto diversi, di cui uno

⁴⁵⁶ Cons. Stato, sez. I, 1 febbraio 1985, parere n. 130; Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1998, sent. n. 435

⁴⁵⁷ SORRENTINO, *La procedimentalizzazione della decisione*, cit., p.733; Cons. Stato, sez. II, 28 febbraio 1996, sent. n. 366; Cass., Sez. Un., 29 dicembre 1990, sent. n. 12221

⁴⁵⁸ C.G.C.E., 15 ottobre 2009, C-196/08

⁴⁵⁹ H. BONURA, *Affidamento a società mista*, cit., p. 277

⁴⁶⁰ Corte cost., 16 luglio 2014, sent. n. 199

⁴⁶¹ Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, sent. n. 4683

propedeutico all'altro, ma forse troppo generico per rispettare a pieno il diritto europeo⁴⁶².

A completamento dell'esame della società mista è bene soffermarsi sull'art. 16 del d. lgs. 201/2022. Esso dispone che l'ente locale può cedere tutta o parte della propria partecipazione nella società mista con gara pubblica, ma ciò non comporta effetti sulla durata delle concessioni e sugli affidamenti in corso di svolgimento. È una disposizione che era già presente nel Tuel e che non può ritenersi meramente rappresentativa di una norma sull'alienazione di partecipazioni sociali pubbliche, in quanto alla disciplina relativa (art. 10, d. lgs. n. 175/2016) già rimanda il comma precedente con un rinvio generale al t.u.s.p. Premesso che potrebbe trattarsi di un'altra formulazione poco felice del legislatore, il quale ha ereditato una norma senza preoccuparsi di conferire maggiore chiarezza, parte della dottrina⁴⁶³ ritiene che, nella disciplina del 2000⁴⁶⁴, si riferisse alla prima alienazione della partecipazione, poiché l'istituto della società mista non era stato ancora delineato. Se quest'ultima affermazione è indubbiamente vera, è pur certo che non c'è nessun riferimento esplicito che possa corroborare la conclusione tratta, né in ogni caso l'effetto pratico di una cessione parziale si sarebbe allontanato di molto da una società mista di fatto. In ogni caso ciò che è sicuro è che la norma attuale si riferisce alle società miste di cui al comma precedente, e la *ratio* è probabilmente quella di non estendere gli affidamenti in caso di alienazione di partecipazioni, né considerarle cause di revisione⁴⁶⁵. La norma tuttavia resta poco chiara, poiché l'indifferenza delle sorti dell'affidamento non può legarsi all'ingresso di un socio operativo, dato che sarebbe contraddetto il rinvio del comma 1 alla disciplina del t.u.s.p., senza considerare poi l'incompatibilità col diritto europeo che renderebbe la norma inapplicabile; nemmeno potrebbe la norma riferirsi a un ente pubblico come acquirente, perché in tal caso non servirebbe la richiesta gara pubblica. Potrebbe allora essere un implicito riferimento all'ammissibilità della figura del socio finanziatore, ma, senza considerare l'inconsueta tecnica normativa, una affermazione del genere si accompagnerebbe a una disciplina

⁴⁶² G. FARES, V. LOPILATO, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 296-297

⁴⁶³ H. BONURA, *Affidamento a società mista*, cit., p. 281

⁴⁶⁴ Art. 113 comma 12 d. lgs. 267/2000

⁴⁶⁵ H. BONURA, *Affidamento a società mista*, cit., p. 281; E. LEONETTI, *Art. 16*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 134-136

lacunosa, perché né vengono previsti strumenti coi quali l'ente pubblico possa mantenere il «controllo interno», che è una delle necessità per cui la società mista sorge, né sono enunciati limiti⁴⁶⁶ oltre i quali il mutamento sostanziale del rapporto farebbe perdere di utilità alla procedura a evidenza pubblica⁴⁶⁷. Infine un'ulteriore superficialità redazionale si riscontra nel fatto che la norma accomuna la cessione totale, che è in sostanza una «dismissione», a quella parziale, senza ulteriori indicazioni procedurali sulle «procedure a evidenza pubblica»⁴⁶⁸.

L'art. 17 affronta uno degli istituti più rilevanti del rapporto tra privatizzazione e ambito pubblicistico nei servizi pubblici locali, cioè l'autoproduzione. Essa ha a che vedere con il «sistema dell'economia (o dei servizi in economia)», cioè con una produzione del servizio della stessa amministrazione che permette di abbassare i costi, poiché non sono in essi compresi i guadagni del produttore, e che è stata sempre ammessa nell'attività pubblica⁴⁶⁹.

Una delle sue manifestazioni più diffuse, oltre alla pura gestione in economia consentita per i soli servizi non a rete dall'art. 14, è l'affidamento del servizio a società *in house*, il quale può essere predisposto sia per le prestazioni svolte a beneficio delle necessità dell'amministrazione, sia quelle svolte al posto di essa e a vantaggio degli utenti⁴⁷⁰. L'istituto dell'*in house providing* è nato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea proprio per la stretta correlazione con il diritto della concorrenza e, anche se nato in relazione all'istituto dell'appalto, si è presto esteso ai servizi pubblici locali per l'indubbia rilevanza pratica che ivi assume.

Come si è già visto, l'Unione europea ha un ruolo non solo protettivo nei confronti della concorrenza e delle libertà che sono alla sua base, ma anche promozionale, esercitato con misure liberalizzatrici, che si sostanziano nell'eliminazione di ostacoli all'ingresso del mercato e di diritti speciali ed esclusivi a favore di alcuni soggetti, così da configurare, qualora ce ne sia la possibilità, una «concorrenza nel mercato»; se invece essa non può essere raggiunta a causa di limiti

⁴⁶⁶ Al riguardo, se anche si volesse argomentare per una “delega” al giudice del caso concreto, ci si troverebbe comunque in difficoltà rispetto all'ampia indeterminazione della disciplina su cui questo dovrebbe basarsi.

⁴⁶⁷ H. BONURA, *Affidamento a società mista*, cit., p. 281-282

⁴⁶⁸ E. LEONETTI, *Art. 16*, cit., p. 134-136

⁴⁶⁹ Corte cost., 9 giugno 1977, sent. n. 109

⁴⁷⁰ FARES, V. LOPILATO, *L'affidamento in house*, cit., p. 289

insuperabili del mercato, si accontenta dell'applicazione dei principi di trasparenza, proporzionalità e non discriminazione per realizzare una concorrenza per il mercato. Ciononostante sia la giurisprudenza europea che le successive direttive hanno sempre riconosciuto alle amministrazioni degli Stati membri un ampio potere di scelta tra l'autoproduzione e l'esternalizzazione perché, infatti, l'interesse dell'Unione è quello del rispetto del principio di concorrenza e delle libertà economiche dei Trattati, senza che sia rilevante la natura pubblica o privata dei soggetti⁴⁷¹. Ciò non implica che i soggetti riconducibili all'amministrazione operino sempre e solo in mercati aperti, ma che, quando ciò non avvenga, sussista una ragione strutturale o funzionale conforme al principio di proporzionalità e all'art. 106 TFUE.

Per evitare di cadere in facili equivoci è bene operare due distinzioni concettuali.

La prima evita di confondere i piani della creazione di un soggetto pubblico con le caratteristiche della società *in house* da un lato, e il confronto competitivo dall'altro, poiché la presenza di una società *in house*, di per sé, non distorce la concorrenza nel mercato, salvo che intervengano misure ulteriori, come l'assegnazione di diritti esclusivi o speciali⁴⁷².

La seconda distinzione va posta invece, all'interno del concetto di "concorrenza", tra la sua tutela e la sua promozione. Se, come appena detto, l'attività di una società *in house* in un mercato aperto ad altri operatori non ha effetti negativi sulla concorrenza, la situazione cambia nel caso in cui un solo soggetto è autorizzato o messo nella possibilità di agire nel mercato. In tal caso non vi è lesione della concorrenza, nel senso che non si verifica la situazione in cui un soggetto è indebitamente privilegiato rispetto a un concorrente, per il semplice fatto che non c'è un mercato in cui agire, dato che l'amministrazione provvede per se stessa, e «non esistono i presupposti neppure per sperimentare la concorrenza per il mercato»⁴⁷³. Se in quest'ultima situazione non ha senso parlare di tutela della concorrenza, si può però riscontrare un *vulnus* alla dimensione promozionale della stessa, poiché si verifica un'«appropriazione di una fetta di mercato» a opera della società *in house* e ne discenderebbe un'automatica violazione del diritto europeo se esso considerasse la concorrenza come fine ultimo, ma non è così,

⁴⁷¹ Corte cost., 23 dicembre 2008, sent. n. 439

⁴⁷² C.S. LUCARELLI, *Riflessioni sul principio di concorrenza tra PNRR, affidamenti in house e libertà di impresa*, in *Munus* 2/2022, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 366

⁴⁷³ F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 252

soprattutto nel campo dei servizi d'interesse economico generale⁴⁷⁴. Qui infatti le imprese non sono gli «unici soggetti legittimati» all'attività perché la concorrenza è ritenuta uno strumento, in genere efficace, per raggiungere il fine ultimo di «coesione sociale e territoriale»⁴⁷⁵; a tale strumento si può però derogare, in base all'art. 106 TFUE, quando esso stesso diventa un ostacolo al raggiungimento dell'obiettivo⁴⁷⁶. L'autoproduzione tramite società *in house*, quindi, è legittima anche se correlata a diritti esclusivi o speciali, ma chiaramente tale ammissibilità si perde nel caso di abuso di questi, caso che però è patologico e che non deve essere addotto a pretesto per soluzioni radicali non richieste da norme sovranazionali e, anzi, in alcuni casi potenzialmente ad esse contrari⁴⁷⁷.

Date queste premesse, si dovrebbe dedurre una teorica equiparazione tra l'autoproduzione e il ricorso al mercato, poiché la scelta dovrebbe semplicemente ricadere sulla soluzione che l'amministrazione giudica migliore per raggiungere l'obiettivo posto dal diritto dell'Unione, ma il legislatore interno non si è completamente uniformato. Per comprendere che ruolo questi ha riservato all'autoproduzione è utile delineare un quadro della normativa oggi applicabile al fenomeno.

Tra i tre consueti testi di leggi da leggere in maniera sistematica il t.u.s.p. delinea il modello della società *in house* e dà indicazioni procedurali sulla motivazione relativa alla sua costituzione, il d.lgs. n. 201/2022 dispone sull'affidamento di un servizio pubblico locale di rilevanza economica a una società *in house* e il Codice dei contratti pubblici pone principi riguardanti questi ultimi.

Intraprendendo l'esame della disciplina dell'istituto a partire dal ruolo ad esso riservato⁴⁷⁸, è bene partire dall'art. 5 del t.u.s.p. Qui è richiesto che l'atto deliberativo di costituzione della società *in house* sia motivato in ordine alla necessità dello strumento per i fini istituzionali dell'ente, alla convenienza economica e alla sostenibilità finanziaria della scelta, alla compatibilità di essa con i principi di efficienza, efficacia ed economicità e alla conformità con il diritto europeo. Dalla motivazione richiesta non

⁴⁷⁴ C. MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, in *Munus* 1/2011, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 153-154

⁴⁷⁵ Art. 14 TFUE

⁴⁷⁶ C. MARZUOLI, *Gli enti territoriali*, cit., p. 153-154

⁴⁷⁷ M. CAFAGNO, *Vincoli europei e modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Coordinate generali*, in *Munus* 3/2016, p. 603-604

⁴⁷⁸ La tematica sarà ripresa nel Capitolo IV

emerge un onere motivazionale specificamente designato per l'*in house providing*, che anzi è sottoposto alla motivazione di un qualunque provvedimento amministrativo⁴⁷⁹ e, per questo motivo, risulta equiparato completamente alle alternative di gestione.

Al t.u.s.p., che su questo aspetto è la fonte maggiormente uniforme al diritto europeo, si affianca però anche l'art. 17 del d.lgs. n. 201/2017. Esso richiama sia il Codice dei contratti pubblici che il t.u.s.p., ma, differenziandosi da quest'ultimo, richiede una motivazione aggravata per gli affidamenti dal valore superiore alle soglie europee. Viene infatti composta dalle «ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio», come nel precedente Codice dei contratti pubblici, e dei benefici per la collettività, questi derivanti da una lunga serie di indicatori; il primo elemento, non richiesto per le altre forme di gestione, pone certamente la scelta della società *in house* in posizione subalterna, se non eccezionale⁴⁸⁰.

La stessa conclusione si ricava con l'esame degli art. 3 e 7 del Codice summenzionato. Quest'ultimo, che enuncia, riprendendolo dalle direttive europee del 2014, il principio di auto-organizzazione dell'amministrazione, pone sullo stesso piano l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione, alle quali richiede il rispetto del testo di legge e del diritto europeo. Il comma 3, poi, rimanda al d.lgs. n. 201/2022 per l'affidamento in house di servizi di interesse economico generale di livello locale, di cui si è illustrata la struttura della motivazione. Sembrerebbe a questo punto esserci un contrasto nell'impostazione di questo e del Codice dei contratti pubblici, ma l'art. 3 del codice dà un importante aiuto interpretativo. Esso enuncia il principio dell'accesso al mercato, per cui, nel rispetto dei soliti principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità, gli enti concedenti e le stazioni appaltanti devono favorire l'accesso al mercato degli operatori economici, ed è teso a tutelare ed espandere la concorrenzialità del mercato⁴⁸¹. La rilevanza della disposizione è accresciuta dall'art. 4, che qualifica i primi tre articoli come parametri per l'interpretazione e applicazione dell'intero codice, ed è solo parzialmente temperata dall'art. 1 comma 2 che, in ottemperanza al principio del risultato, specifica che la concorrenza è strumentale al miglior risultato possibile ricavabile dai contratti, e non è

⁴⁷⁹ L. 241/1990, art. 3, per cui ogni provvedimento amministrativo deve essere motivato con riferimento ai presupposti di fatto e alle ragioni giuridiche, in relazione alle risultanze dell'istruttoria.

⁴⁸⁰ C.S. Lucarelli, *Riflessioni sul principio di concorrenza*, cit., p. 371; Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021, sent. n. 2102; Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2021, sent. n. 3682

⁴⁸¹ A. LALLI, *In house: un istituto ancora controverso*, cit., p. 274

un fine a sé. Tuttavia l'indipendente previsione del principio dell'accesso al mercato e il suo valore nel sistema del codice di certo influisce nel porre l'autoproduzione in una posizione secondaria, con l'effetto, almeno, di una motivazione necessariamente più forte e un probabile più intenso sindacato di legittimità su di essa per l'affidamento *in house*⁴⁸².

Secondo una parte della dottrina il risultante carattere secondario dell'*in house providing* non andrebbe enfatizzato, perché la motivazione richiesta dall'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022 sarebbe sostanzialmente analoga a quella dell'art. 5 del t.u.s.p.⁴⁸³, e la *ratio* della spiegazione per il mancato ricorso al mercato si rintraccerebbe nell'assunto aprioristico della migliore efficacia del mercato, essendo comunque necessario esaminare il comportamento dei giudici nel sindacato della scelta, il quale dovrebbe limitarsi al «macroscopico travisamento dei fatti» e alla «illogicità manifesta»⁴⁸⁴. Sicuramente non è in discussione che una norma si espliciti nella realtà attraverso l'applicazione che ne fanno i suoi operatori, i più autorevoli dei quali sono senz'altro i giudici, ma non per questo si può sospendere ogni analisi e giudizio su una disposizione legislativa che dovrebbe bastare a se stessa. Ritenere che nella sostanza non ci sia una preferenza espressa dal legislatore significherebbe forzare un testo che su questo punto è piuttosto chiaro, mentre sottolineare che l'origine della disposizione riposa in una scelta di principio avvalorata proprio la tesi per cui questa scelta si ripercuote nell'attività amministrativa e ripropone un modello ordinario e uno, se non eccezionale, quanto meno succedaneo.

A ulteriore riprova di ciò vi è l'ambito di applicazione della motivazione di cui all'art. 17, che è necessaria per tutti i contratti sopra soglia, poiché caratterizzati dal maggior impatto economico, mentre per quelli sotto soglia si seguirà il dettato dell'art. 5 t.u.s.p.⁴⁸⁵.

⁴⁸² A. LALLI, *In house: un istituto ancora controverso*, cit., p. 275

⁴⁸³ In senso pressoché analogo, pur se anteriori alla disciplina attualmente in vigore C.G.C.E., 13 novembre 2008, C-324/07; C.G.C.E., 9 giugno 2009, C-480/06; Cons. Stato, 7 gennaio 2019, ord. n. 138

⁴⁸⁴ FARES, V. LOPILATO, *L'affidamento in house*, cit., p. 304-309; B. MAMELI, *Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2020, UTET, Torino, p. 1731-1737. In giurisprudenza Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, sent. n. 1564; Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, sent. n. 4599; Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, sent. n. 4832; Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, sent. n. 762

⁴⁸⁵ A. DI GIOVANNI, *Art. 17 in La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 137-151

I testi di legge finora considerati forniscono anche prescrizioni in merito alla struttura delle società *in house*.

L'art. 2 del t.u.s.p., vera e propria norma definitoria, alla lett. o), descrive la società *in house* come quella su cui una o più amministrazioni esercitano il controllo analogo, eventualmente congiunto, rimandando all'art. 16 per ciò che riguarda la partecipazione dei privati e l'attività prevalente. Questo disciplina proprio le società *in house*, che possono ricevere affidamenti diretti dalle amministrazioni che vi detengono il controllo analogo, anche congiunto, purché non vi sia partecipazione di capitali privati, salvo quella prevista da norme di legge e che non comporti controllo, potere di veto o esercizi di un'influenza determinante sulla società controllata. Gli statuti delle società *in house*, inoltre, devono obbligatoriamente prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia ricavato dai compiti affidati loro dagli enti pubblici soci. Tale assetto complessivo può essere realizzato anche tramite una conformazione in deroga al diritto societario comune, secondo le previsioni del comma 2.

La conformazione così risultante della società *in house* si adatta a quella dettata in ambito europeo, codificata uniformemente dalle Direttive 2014/23/UE, art. 17 e 2014/24/UE, art. 12. Qui sono enucleati chiaramente i tre requisiti fondamentali di queste società: il controllo analogo esercitato dall'amministrazione o ente aggiudicatore, l'attività prevalente, nella misura dell'ottanta per cento come minimo, da svolgersi a favore dell'amministrazione o ente aggiudicatore controllante e l'assenza di partecipazione privata al capitale sociale se non prescritta da legge conforme ai Trattati europei, la quale allo stesso tempo né comporti controllo o potere di veto, né eserciti un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Una società così strutturata è per molti versi paragonabile a un soggetto pubblico, il che comporta, rimandando a breve una riflessione sulla sua natura, sicuramente dei vincoli al suo utilizzo, analoghi a quelli ordinari di un'amministrazione⁴⁸⁶, la cui *ratio* è chiaramente quella di evitare abusi dell'istituto. Ai vincoli generali si aggiungono anche quelli dell'art. 17, d.lgs. n. 201/2022 che, oltre alla motivazione rafforzata, comprendono uno *stand still* sostanziale e la redazione di un Piano economico-finanziario. Il primo è un periodo di sessanta giorni che deve obbligatoriamente intercorrere tra la pubblicazione della delibera di affidamento del servizio a società *in*

⁴⁸⁶ A. LALLI, *In house: un istituto ancora controverso*, cit., p. 263

house sul sito dell'ANAC e la stipula del contratto di servizio, prima del quale l'accordo non esplica i suoi effetti, e che è previsto per i contratti sopra soglia⁴⁸⁷; il secondo, riservato ai servizi a rete, garantisce la sostenibilità⁴⁸⁸ dell'affidamento⁴⁸⁹. Inoltre l'ente locale deve procedere all'analisi annuale, a cui può seguire una razionalizzazione, delle partecipazioni pubbliche prevista dall'art. 20 t.u.s.p., in cui, oltre a seguire le indicazioni di questa disposizione, dovranno render conto delle ragioni del mantenimento dell'affidamento a società *in house*, motivando in ordine a convenienza economica e qualitativa e riferendosi anche ai risultati di gestione.

La disciplina dell'*in house*, grazie a una sua lettura sostanzialistica, è stata estesa anche ad altre manifestazioni del fenomeno non tradizionali, ma presenti nella prassi giuridica⁴⁹⁰ e, col tempo, riconosciute non più solo dalla giurisprudenza ma anche dalle fonti positive, come l'*in house* «frazionato o pluripartecipato», «invertito o capovolto», «orizzontale», «a cascata o indiretto»⁴⁹¹.

Sulla natura della società *in house* si è consumato, ed è in parte ancora oggi presente un dibattito che ne riguarda la natura. Da un lato, infatti, vi è chi associa al concetto di società un «autonomo centro decisionale», che non si può riscontrare nel caso in cui non sia presente un'alterità soggettiva, così che a manifestarsi è una semplice «separazione patrimoniale, ma non [...] distinta titolarità»⁴⁹². L'orientamento opposto, invece, ritiene che il controllo analogo, pur con le deroghe che, per assicurarlo, possono derivare al diritto comune, non influisca sull'«alterità soggettiva dell'ente societario nei confronti dell'amministrazione pubblica», né autorizzi all'uso di poteri pubblicistici nell'amministrazione della società, perché il concetto di società *in house* non è stato elaborato come istituto a sé, derogatorio della disciplina societaria nazionale, ma come semplice situazione di mancata applicazione delle norme sugli appalti, con il solito

⁴⁸⁷ Con riguardo alle conseguenze del mancato rispetto del periodo di *stand still* vi sono da un lato giudici che non ritengono sia compromessa la validità dell'attribuzione dell'affidamento (Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2019, sent. n. 4087) e dall'altro, al contrario, coloro che reputano la violazione delle norme procedurali grave ai sensi del Codice del processo amministrativo (T.A.R. Lazio, sez. I-*quater*, 1 luglio 2021, sent. n. 7786).

⁴⁸⁸ A tal fine è richiesta l'indicazione di una proiezione su base triennale e per tutta la durata dell'affidamento di costi, ricavi, investimenti e relativi finanziamenti, assetto economico-finanziario della società, capitale proprio investito, indebitamento. Il Piano è sottoposto all'asseverazione di un istituto di credito, di una società di servizi iscritta all'albo degli intermediari finanziari, di una società di revisione o di revisori legali.

⁴⁸⁹ FARES, V. LOPILATO, *L'affidamento in house*, cit., p. 310-312

⁴⁹⁰ G. MULAZZANI, *Limiti operativi extra moenia all'in house*, cit., p. 610

⁴⁹¹ Corte conti, sez. reg. controllo Veneto, 4 novembre 2021, 182/2021/PAR

⁴⁹² Cass. civ., sez. Un., 25 novembre 2013, sent. n. 26283

approccio funzionale della Corte di giustizia dell'Unione europea⁴⁹³. Da questa lettura, che oggi prevale, deriverebbe l'inquadramento del contratto di servizio come «atto di esercizio di autonomia negoziale», e non come «accordo sostitutivo o quantomeno integrativo di provvedimento concessorio»⁴⁹⁴.

Su questo dibattito hanno influito parecchio i citati elementi essenziali delle società *in house*, enunciati dalla giurisprudenza europea ben prima della loro formalizzazione nelle direttive del 2014, e oggetto a loro volta di analisi volte a chiarirne la portata. Nella sentenza *Teckal*⁴⁹⁵, che ha per prima elaborato il concetto di società *in house*, sono richiesti come indispensabili gli elementi dell'attività prevalente verso l'amministrazione e del controllo analogo affinché manchi l'alterità soggettiva. Quest'ultimo non può scaturire dall'esercizio degli ordinari poteri dei soci, anche se di maggioranza o proprietari della totalità della partecipazione, ma è necessario un «potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività» societaria, che coinvolga ogni atto di amministrazione straordinaria e i più rilevanti di quella ordinaria⁴⁹⁶. È pacifico che un controllo così pervasivo, tale da assimilare in chiave sostanziale la società a un'appendice dell'organizzazione amministrativa, deriva dall'atteggiarsi concreto del potere del socio, e quindi va verificato in base al caso di specie, ma la giurisprudenza ha nel tempo rintracciato una serie di indici presuntivi, che vanno oltre la semplice, ma per alcuni sempre necessaria, «partecipazione totalitaria pubblica»⁴⁹⁷.

Tale tipo di partecipazione, con le direttive del 2014, e anche con il t.u.s.p. che vi si è uniformato, è divenuta derogabile a certe condizioni, ma non elimina tutte le perplessità che in merito sono state sollevate. Essa è strettamente collegata, poiché necessaria, al controllo analogo, poiché, secondo un orientamento, una società

⁴⁹³ Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2019, sent. n. 5346

⁴⁹⁴ Cass. civ., sez. Un., 14 marzo 2022, ord. n. 8186

⁴⁹⁵ C.G.C.E., 18 novembre 1999, C-107/98

⁴⁹⁶ Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, sent. n. 1181

⁴⁹⁷ «[S]i sono ritenuti indici del controllo analogo, oltre che la partecipazione totalitaria pubblica, taluni penetranti poteri di vigilanza, quali:

- l'obbligo di trasmettere mensilmente i verbali delle riunioni del consiglio di amministrazione e del collegio sindacale, l'ordine del giorno delle adunanze del medesimo consiglio di amministrazione al sindaco ed all'assessore alle aziende ed agli amministratori della società;

- l'obbligo di trasmettere trimestralmente al sindaco ed all'assessore una relazione sull'andamento della società, con particolare riferimento alla qualità e quantità dei servizi resi ai cittadini nonché ai costi di gestione in relazione agli obiettivi fissati;

- i poteri di nomina e revoca di un rilevante numero di amministratori e sindaci». Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, sent. n. 762

controllata da un soggetto il cui fine istituzionale risponde al pubblico interesse non potrebbe ospitare all'interno della sua compagine sociale un altro soggetto che, anche se con una partecipazione minoritaria⁴⁹⁸, introdurrebbe un fine opposto, perché orientato al lucro e al bene privato, e che, in aggiunta, godrebbe di un illecito vantaggio concorrenziale causato dall'affidamento diretto alla suddetta società⁴⁹⁹, motivo per cui lo statuto dovrebbe impedire senza eccezioni l'ingresso di capitale terzo⁵⁰⁰. Di diverso avviso, recepito nella normativa attuale, è chi ritiene che la partecipazione privata alla società *in house* non sia sufficiente alla perdita del controllo analogo, dovendo verificarsi in concreto l'assetto di poteri nello statuto e negli strumenti societari accessori a esso⁵⁰¹. La partecipazione privata sarebbe infatti inammissibile soltanto qualora mutasse la genetica della società, intesa come il perseguimento del solo fine pubblico e il necessario controllo totale del socio privato, senza condizionamento alcuno dell'azionista privato⁵⁰².

È però chiaro che una cautela del genere è molto vaga, e di conseguenza la giurisprudenza si è sforzata di elaborare alcuni indici per valutare ciò che potrebbe portare alla decadenza del controllo analogo, sia a livello europeo, individuando elementi come «l'ampliamento dell'oggetto sociale», «l'apertura obbligatoria della società [...] ad altri capitali» e «l'espansione territoriale delle attività»⁵⁰³, sia sul fronte interno, richiedendo che il socio pubblico abbia poteri più ampi di quelli, generalmente riconosciuti come troppo scarsi⁵⁰⁴, dell'ordinario socio di maggioranza con supremazia rispetto al consiglio d'amministrazione, che la società non acquisisca una «vocazione commerciale» e che ci sia una decisione dell'ente pubblico sulle operazioni più importanti⁵⁰⁵. Nel caso fossero rispettate tutte queste esigenze, e la partecipazione del socio privato fosse quindi ammissibile, questi dovrebbe essere selezionato tramite procedura a evidenza pubblica, e non potrebbe assumere un ruolo operativo, poiché altrimenti si ricadrebbe nella disciplina della società mista⁵⁰⁶.

⁴⁹⁸ C.G.C.E., 6 aprile 2006, C-410/04

⁴⁹⁹ C.G.C.E., 11 gennaio 2005, C-26/03

⁵⁰⁰ Cass. civ., sez. Un., 25 novembre 2013, sent. n. 26283

⁵⁰¹ C.G.C.E., 17 luglio 2008, C-371/05

⁵⁰² C.S. LUCARELLI, *Le società in house tra ibridazione e coordinamento di discipline nel d. lgs. N. 175/2016*, in *Munus* 3/2017, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 671

⁵⁰³ C.G.C.E., 13 ottobre 2005, C-458/03

⁵⁰⁴ C.G.C.E., 11 maggio 2006, C-340/04

⁵⁰⁵ Cons. Stato, Ad. Pl., 3 marzo 2008, sent. n. 1

⁵⁰⁶ Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale dell'8 marzo 2017, 14 marzo 2017, parere n. 638

Quest'ampio numero di *caveat* alla partecipazione di un socio privato e la grande indeterminatezza della disciplina lascia il dubbio che i legislatori europeo e nazionale siano stati troppo precipitosi nell'ammissione del capitale privato in un istituto nato per essere considerato come un braccio operativo dell'amministrazione. Anche se si può cogliere il fine condivisibile di evitare l'elusione di procedure tipiche dei soggetti pubblici da parte di società con risibili partecipazioni private del tutto ininfluenti, nonché di permettere nuove forme di finanziamento per società *in house* perennemente in deficit, si rischia di causare una contraddizione in termini. L'*in house providing*, infatti, non nasce come un istituto nuovo di carattere neutrale, né dovrebbe diventarlo, ma dovrebbe rappresentare una situazione che esonera dall'applicazione della disciplina concorrenziale per la mancanza di un incontro di volontà. Proprio per questa ragione ogni nuova caratteristica ammessa legislativamente nelle società *in house* dovrebbe aver presente questo fine, mentre la nuova disciplina, seppur partendo da una giusta intenzione, rischia di causare confusione, e quindi incoerenza, negli interpreti della normativa, con una conseguente potenziale lesione nella certezza del diritto.

Il terzo requisito della società *in house*, infine, è l'attività prevalentemente indirizzata verso il soggetto che la controlla. Anche questa caratteristica, come le altre due, giustificano l'esclusione dal campo delle regole concorrenziali, poiché infatti il controllo analogo non esclude un'astratta attività della società sul mercato, che invece va drasticamente arginata perché non ci possa essere un impari confronto con i concorrenti. Sia le direttive che, riprendendole, il t.u.s.p., hanno individuato nella misura dell'ottanta per cento la soglia minima accettabile per l'attività rivolta all'amministrazione controllante⁵⁰⁷, cosicché quella ulteriore sia marginale⁵⁰⁸. L'art. 16, comma 3 *bis* del t.u.s.p. specifica che la produzione ulteriore all'ottanta per cento è consentita solo qualora permetta di raggiungere economie di scala o altri recuperi di efficienza. Si pone perciò anche un problema di qualità dell'attività accessoria che, oltre a essere limitata dal punto di vista quantitativo, deve porsi in funzione ancillare all'attività principale⁵⁰⁹, ma allo stesso tempo, questa nuova caratterizzazione porta sicuramente a una maggiore indeterminatezza che, si suppone, sarà progressivamente

⁵⁰⁷ Da calcolarsi con riferimento al fatturato totale medio, o a un'adeguata misura alternativa basata sull'attività.

⁵⁰⁸ C.G.C.E., 11 maggio 2006, C-340/04

⁵⁰⁹ Cass. civ., sez. Un., 25 novembre 2013, sent. n. 26283

temperata dalla giurisprudenza. La produzione principale della società *in house*, come detto, va rivolta a favore dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore controllante ma, sia per venire incontro alla prassi che per ricomprendere nel novero dell'*in house providing* tutte le situazioni sostanzialmente equivalenti, la giurisprudenza, seguita dalle direttive, ha specificato che beneficiario dell'attività può essere più di un soggetto. Essa infatti può essere rivolta verso più soggetti pubblici che, ai fini del computo dell'attività prevalente, vanno «complessivamente considerati»⁵¹⁰. Al contrario, l'attività non rientra in quella prevalente, ma in quella svolta «a favore di terzi», se svolta a favore di soggetti pubblici che non abbiano partecipazione alcuna nella società, perché in tal caso verrebbe meno il requisito del controllo analogo in relazione a questi, e di conseguenza non si realizzerebbe un affidamento *in house*⁵¹¹.

2.2. Gli spazi del Terzo settore

Vera e propria novità del d.lgs. n. 201/2022, anche rispetto allo schema di Testo unico del 2015, è l'apertura della gestione dei servizi pubblici locali al Terzo settore.

La legge delega, nell'art. 8 comma 2 lett. o), richiede la razionalizzazione del rapporto tra la disciplina dei servizi pubblici locali e quella per l'affidamento dei rapporti negoziali di partenariato disciplinati dal Codice del Terzo settore (CTS)⁵¹², in conformità con la giurisprudenza costituzionale, che sarà analizzata in corso di trattazione.

L'ambito del Terzo settore è diventato progressivamente sempre più influente nell'ordinamento, come spazio di autonoma iniziativa dei cittadini che, tramite gli enti ricompresi nel Codice, possono esercitare forme di cittadinanza attiva, portando a concretizzazione, come ricorda l'art. 1 del Codice, gli articoli 2, 3, 4, 9, 18, e 118 comma 4 della Costituzione. Il recente successo è sicuramente correlato alle sempre più scarse finanze delle amministrazioni pubbliche, a cui gli Enti del Terzo settore (ETS) possono sopperire, oltre a conferire un approccio più mirato alle specifiche esigenze del territorio, a cui, rispetto all'amministrazione, sono di solito maggiormente legati⁵¹³. La

⁵¹⁰ C.G.C.E., 11 maggio 2006, C-340/04

⁵¹¹ C.G.U.E., 8 dicembre 2016, C-553/15

⁵¹² D. lgs. 3 luglio 2017, n. 117

⁵¹³ A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it* n. 27/2022, Roma, p. 4

considerazione normativa del Terzo settore, tuttavia, non è certo recente, e anzi sono da tempo riconosciuti e regolati quei fenomeni che denotano «un modo di essere della persona nell'ambito dei rapporti sociali»⁵¹⁴ e che affiancano all'azione pubblica quella dei privati organizzati, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, ma che non sono riconducibili ai soggetti operanti nel mercato. Solo nel 2017, tuttavia, sono stati ricompresi fenomeni anche tra loro eterogenei sotto la stessa definizione di Enti del Terzo settore, a cui è stata fornita una disciplina comune.

Tali enti perseguono il bene comune (art. 1 CTS) esercitando in via esclusiva o principale attività di interesse generale a fini civici, solidaristici e di utilità sociale di cui si fornisce un elenco (art. 5) e a cui il loro patrimonio è esclusivamente destinato, con il conseguente divieto della distribuzione di utili ai componenti degli ETS (art. 8) e sono iscritti nel Registro unico nazionale del Terzo settore (RUNTS) (art. 11), così da permettere controlli amministrativi (artt. 90-97).

Il principio di sussidiarietà orizzontale, richiamato dall'art. 1 CTS, fa da raccordo tra la disciplina del Terzo settore e quella dei servizi pubblici locali, che sono proprio uno dei campi di elezione dei soggetti ricompresi nel CTS. L'art. 18 del d.lgs. n. 201/2022 prevede che, in attuazione dei principi di solidarietà e sussidiarietà orizzontale, gli enti locali possono instaurare con gli ETS rapporti di partenariato regolati dal CTS «per la realizzazione di specifici progetti di servizio o di intervento funzionalmente riconducibili al servizio pubblico locale di rilevanza economica» (sull'espressione riportata si tornerà *infra*). Questa forma di collaborazione è più specificamente disciplinata negli artt. 55-57 CTS, che prevedono co-programmazione, co-progettazione e accreditamento.

Il merito del CTS è proprio quello di aver proceduralizzato il rapporto tra amministrazione e privati del Terzo settore, come si evince dal richiamo della legge sul procedimento amministrativo nel comma 1 dell'art. 55, secondo uno schema non sinallagmatico, ma caratterizzato dalla «convergenza di obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private» e che valorizza la sussidiarietà orizzontale attraverso la solidarietà e non tramite la concorrenza⁵¹⁵. Questo tipo di rapporto è incentivato anche

⁵¹⁴ Corte cost., 28 febbraio 1992, sent. n. 75

⁵¹⁵ Corte cost., 26 giugno 2020, sent. n. 131

da previsioni fiscali vantaggiose, poiché il divieto di lucro soggettivo si ripercuote in una «forma nuova e indiretta di concorso alla spesa pubblica»⁵¹⁶.

L'art. 18, come anticipato, introduce gli ETS alla gestione dei servizi pubblici locali richiamando i due principi di sussidiarietà orizzontale e solidarietà. Questi sono principi costituzionali (artt. 118, comma 4 e art. 2) dalla fondamentale rilevanza la cui dinamica attuativa è stata rivalutata. Se in passato per realizzare la «solidarietà politica, economica e sociale» sembrava necessario agire a livello centrale e amministrativo, derogando quindi alla sussidiarietà sia verticale che orizzontale, fattori come «[la] liberalizzazione dei mercati, [il] contenimento della spesa pubblica, [l'] acuirsi delle diseguaglianze sociali e [la] crisi della rappresentanza politica»⁵¹⁷ hanno imposto di cercare altre strade, che da un lato hanno escogitato strumenti innovativi all'interno dell'agire amministrativo (si pensi all'*iter* giuridico delle società miste), mentre dall'altro si sono rivolte alla società civile e a un suo apporto in progetti comuni⁵¹⁸.

Il modulo che sembra più appropriato alle esigenze manifestate dall'art. 18, seppur non nominato espressamente, è quello della co-progettazione, dato che nel comma 1 usa la stessa espressione, riferita in precedenza, di quella adoperata dal legislatore nell'art. 55 comma 3 del CTS per definire tale istituto. Non per questo è precluso all'ente locale l'utilizzo della co-programmazione, ma semplicemente il legislatore ha ritenuto di limitare le proprie prescrizioni a una fase attuativa del partenariato, più conformi alla *ratio* della disposizione; qualora l'ente fosse intenzionato ad avviare una co-programmazione per un servizio pubblico locale da erogare, potrebbe senz'altro applicare la disciplina del CTS, la quale ricomprende l'erogazione di servizi (artt. 4, commi 1, 5, 6, 8)⁵¹⁹.

Un orientamento dottrinale esclude la possibilità che un servizio pubblico locale possa essere affidato tramite un partenariato in co-progettazione⁵²⁰. A giustificare questa teoria sarebbe la lettura del comma 1 dell'art. 18, che si riferisce a «specifici progetti di

⁵¹⁶ Corte cost., 15 marzo 2022, sent. n. 72

⁵¹⁷ M. CROCE, *Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 318-320

⁵¹⁸ G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 1/2002, Il Mulino, Bologna, p. 5-50; A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 1/2002, Il Mulino, Bologna, p. 51-84

⁵¹⁹ M. CROCE, *Rapporti di partenariato*, cit., p. 321

⁵²⁰ M. V. FERRONI, *Art. 18*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. Di Giovanni, E. Picozza, Giappichelli, Torino, 2024, p. 152-161

servizio o di intervento» che non si identificano con la totalità del servizio pubblico, ma a questo sono solo «funzionalmente riconducibili». In aggiunta conforterebbe quest'ipotesi la formulazione degli artt. 18, comma 3 e 14. Il primo infatti esclude dal proprio ambito d'applicazione le ipotesi in cui le risorse pubbliche da mettere a disposizione degli ETS siano superiori al rimborso dei costi previsti ai fini dell'esecuzione del rapporto di partenariato. Il secondo, invece, non ricomprende tra le forme di gestione la co-progettazione.⁵²¹

Se questa fosse effettivamente la scelta del legislatore, è chiaro che la co-progettazione e, in genere, il partenariato tra amministrazione ed ETS sarebbero relegati a un ruolo ancillare e, in definitiva, marginale, con un'inversione netta rispetto all'andamento legislativo degli anni precedenti e alla giurisprudenza, soprattutto costituzionale, che si è posta nelle sentenze richiamate in un'ottica chiaramente promozionale del Terzo settore, e a cui la legge delega ha imposto di richiamarsi⁵²². Non sarebbe di certo questa considerazione a rendere tale lettura inammissibile, tuttavia essa non è comunque condivisibile.

Partendo dall'ultima argomentazione riportata, non può considerarsi decisiva la mancanza del partenariato tra le forme di gestione di cui all'art. 14 per diverse ragioni. Innanzitutto la disposizione richiamata elenca le diverse forme di gestione utilizzabili «nelle ipotesi in cui [l'ente locale e gli altri enti competenti] ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori», situazione che, come si vedrà, non sempre si realizza nel caso dei partenariati con ETS dove, venendo meno le ragioni della concorrenza, un numero maggiore di operatori non limita, e anzi accresce, la funzionalità del servizio. In ogni caso, l'art. 18 è situato nel Capo II, relativo alle forme di gestione del servizio pubblico locale, all'interno del quale il legislatore ha semplicemente operato una scelta redazionale nella divisione degli articoli.

La locuzione «specifici progetti» dell'art. 18, poi, mutuata dall'art. 55 del CTS, non limita la loro ampiezza e la rilevanza di essi rispetto ai servizi pubblici locali, ma ancora l'esecuzione della co-progettazione al progetto elaborato in sede procedimentale tra amministrazione ed ETS, in ottemperanza al principio di predeterminazione della

⁵²¹ M. V. FERRONI, *Art. 18*, cit., p. 152-161

⁵²² Più rilevante tra tutte Corte cost., 26 giugno 2020, sent. n. 131

legge sul procedimento amministrativo; solo così vi può essere stabilità e un corretto uso delle risorse pubbliche in quello che è ormai uno «strumento ordinario di esercizio dell'azione amministrativa» esteso ai servizi di interesse economico generale⁵²³.

In merito all'art. 18 comma 3, per l'orientamento dottrinale citato si dovrebbe adottare una lettura restrittiva che, oltre a rendere impossibile nella pratica la gestione di un servizio pubblico locale, ammetterebbe al partenariato solo le organizzazioni di volontariato (ODV) e le associazioni di promozione sociale (APS), le quali, essendo composte da volontari, non necessitano che delle risorse necessarie per il rimborso dei costi effettivamente sostenuti nell'esecuzione del rapporto⁵²⁴. Tale interpretazione, però, sarebbe eccessivamente restrittiva rispetto all'ampia pletora di soggetti ricompresi nella disciplina del CTS che, nel campo dei soggetti pubblici locali, sarebbe così fortemente amputata, e in più, a ben vedere, non si concilia neanche del tutto con la lettera della disposizione. Essa, infatti, ammette il rimborso dei costi «variabili, fissi e durevoli», così che si potrebbe ritenere compresa la remunerazione dei partecipanti agli ETS, purché realmente erogata e adeguatamente rendicontata⁵²⁵, e, di conseguenza, sarebbe legittima anche l'attività di soggetti che si servono del «metodo economico», mentre illecito dovrebbe considerarsi il solo «lucco soggettivo», conformemente all'art. 8 CTS⁵²⁶.

L'ammissibilità del rapporto partenariale con soggetti del Terzo settore porta inevitabilmente a un quesito ulteriore e necessario, cioè se una delle due alternative è da preferire tra l'affidamento a un soggetto di mercato e a uno del Terzo settore e, se sì, quale. Una risposta sembra discendere dal più volte invocato principio di sussidiarietà orizzontale. Esso, fino a questo momento, era stato associato all'attività d'impresa e, per questo, quasi assimilato al principio di concorrenza, in una sorta di intercambiabilità⁵²⁷.

Se così fosse, però, non sarebbe tutelata la situazione giuridica della vasta schiera di soggetti dediti all'attivismo civico al di fuori del mercato, in definitiva del Terzo

⁵²³ Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 31 marzo 2021, p. 10

⁵²⁴ M. V. FERRONI, *Art. 18*, cit., p. 152-161

⁵²⁵ Dossier sul riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, A. G. n. 3 della Camera dei Deputati, 22 novembre 2022

⁵²⁶ M. CROCE, *Rapporti di partenariato*, cit., p. 327-328

⁵²⁷ Cons. Stato, 26 luglio 2018, parere n. 2052; A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fascicolo 1|2015, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 89-137

settore. La formulazione costituzionale del principio di sussidiarietà non contiene in sé una gerarchia delle due dimensioni, né essa può essere ricavata da una lettura sistematica della Costituzione, così che esse sono da considerare equiordinate e, anzi, la mancanza di un adeguato riconoscimento del ruolo del Terzo settore causerebbe una sua erosione ad opera del settore del mercato, così da generare una mancata tutela⁵²⁸.

D'altronde lo stesso Consiglio di Stato, nella sua relazione sull'attuale Codice dei contratti pubblici, ha riscontrato come esso riconosca, nel suo art. 6, che l'affidamento a ETS «non rappresenta una deroga, da interpretare restrittivamente, al modello generale basato sulla concorrenza, bensì uno schema a sua volta generale da coordinare con il primo» e che, anzi, deve superare la considerazione, già in passato esposta dallo stesso giudice⁵²⁹ ma successivamente superata⁵³⁰, del principio di concorrenza come prevalente sugli altri, primi tra tutti quelli di sussidiarietà e di solidarietà⁵³¹. L'art. 6 del Codice dei contratti pubblici, infatti, riconosce pienamente che l'amministrazione può ricorrere a «modelli di organizzazione condivisa» per perseguire congiuntamente «finalità sociali», per i quali rinvia completamente al CTS. La disposizione, tuttavia, pone come condizioni che siano rispettati i principi di parità di trattamento degli ETS, di trasparenza e del risultato. I rapporti inoltre devono essere tassativamente non sinallagmatici, poiché altrimenti entrerebbero in gioco considerazioni proconcorrenziali e non avrebbe motivo l'esclusione dalla disciplina del Codice dei contratti pubblici. Le attività in questione, infine, devono essere caratterizzate da una «spiccata valenza sociale», espressione piuttosto impropria se confrontata a quella dell'art. 4 del CTS, il quale più propriamente utilizza «attività di interesse generale», tenuto conto che tra i soggetti vi sono anche coloro che si avvalgono di un metodo economico e che realizzano un lucro oggettivo, come le imprese sociali⁵³².

Vi è dunque un orientamento che attribuisce all'amministrazione un'ampia discrezionalità sulla preferenza del mercato o della società civile⁵³³, recepito anche dalle Linee guida sulla co-progettazione, purché la scelta sia genuina, rispettosa dei principi

⁵²⁸ M. CROCE, *Rapporti di partenariato*, cit., p. 324-326; Corte cost., 26 giugno 2020, sent. n. 131

⁵²⁹ Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale, 20 agosto 2018, parere n. 2052

⁵³⁰ Cons. Stato, 3 maggio 2022, parere n. 802

⁵³¹ Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici", Consiglio di Stato, 7 dicembre 2022

⁵³² M. CROCE, *Rapporti di partenariato*, cit., p. 325

⁵³³ T.A.R. Lombardia, sez. II, 1 ottobre 2024, n. 2533

del procedimento amministrativo e non tesa alla mera disapplicazione dei principi europei di concorrenza che deriva dal rapporto con gli ETS⁵³⁴. Questo infatti è uno degli effetti della disciplina del Terzo settore. Nonostante il diritto dell'Unione europea, infatti, sottoponga alle regole concorrenziali derivate dai Trattati tutte le attività economiche, comprese quelle aventi ad oggetto fini sociali, il discorso cambia quando si è di fronte a un'attività che, se anche si può definire ancora economica per la produzione di un lucro oggettivo, vieta tassativamente quello soggettivo⁵³⁵ e ha ad oggetto esclusivo o principale un oggetto sociale mediante il quale contribuisce ad «obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio»⁵³⁶. Queste condizioni sono necessarie perché, in un bilanciamento, prevalga la sussidiarietà letta in chiave solidale⁵³⁷, poiché rispondente a principi alla base dell'ordinamento europeo di sicuro non meno importanti delle libertà economiche, sintetizzati nell'art. 2 TUE.

In una situazione del genere, accertata da controlli su un eventuale uso abusivo degli ETS, viene accordata la possibilità di derogare alle norme europee in materia di concorrenza, consentendo ad esempio l'affidamento diretto e non richiedendo una comparazione tra i vari enti coinvolti⁵³⁸. A dire il vero non è sempre necessario derogare alla disciplina sulla concorrenza relativa ai contratti pubblici quando si avvia un partenariato con un ETS. È infatti ben possibile realizzare un sistema di «accreditamento aperto o liberalizzato», ritenuto libera scelta percorribile da parte degli Stati dalla Direttiva 2014/24/UE nel considerando n. 114, che non è sottoposto alle norme in materia di contratti pubblici, in quanto un rapporto di questo tipo non sorge, soprattutto se il costo economico è sostenuto da tariffe gravanti sugli utenti, a cui possono essere accordate agevolazioni economiche dall'amministrazione⁵³⁹. Se invece al sistema di accreditamento è prefissato un numero massimo di soggetti partecipanti o se l'amministrazione intenda instaurare un rapporto di partenariato con un solo soggetto,

⁵³⁴ Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore, cit., p. 5-6

⁵³⁵ Nella cui definizione, però, la remunerazione del lavoro dei membri dell'ETS non è compresa.

⁵³⁶ C.G.U.E., 28 gennaio 2016, C-50/14

⁵³⁷ M. V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il Codice dei contratti pubblici*, in *Nomos* 2/2018, Roma, p. 5

⁵³⁸ C.G.U.E., 28 gennaio 2016, C-50/14

⁵³⁹ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del Terzo Settore*, in *Munus* 2/2019, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 569-570

allora senz'altro si pone il problema della scelta dell'ETS, che interessa anche il diritto europeo⁵⁴⁰.

Ci si chiede a questo punto quanto e in che modo il diritto europeo entri nel rapporto tra amministrazione ed ETS, e la risposta dipende dall'inquadramento della relazione tra i due soggetti, cioè del partenariato, da alcuni ricondotto allo schema dell'appalto, da altri qualificato come istituto concettualmente autonomo.

La prima lettura è stata adottata dal Consiglio di Stato, il cui orientamento è sintetizzato dall'autorevole parere riportato nella nota precedente e che fa salva la sola ipotesi dell'«integrale gratuità» del servizio, con conseguente gestione «necessariamente in perdita per il prestatore»⁵⁴¹. Si adotta in questo caso un «principio sostanzialistico», che rintraccia gli elementi costitutivi dell'appalto nell'incontro di volontà a cui consegue una remunerazione pubblica a fronte dell'attività svolta dal soggetto del Terzo settore⁵⁴². Questa interpretazione, tuttavia, non convince, poiché sembra considerare solo una minima porzione delle caratteristiche dei partenariati con gli ETS. Essi, infatti, sono rapporti geneticamente differenti dai contratti pubblici, in primo luogo per la loro *ratio*, poiché sono improntati alla collaborazione e sono per questo motivo completamente estranei alle ragioni della competitività concorrenziale⁵⁴³.

Questa infatti non si riscontra, poiché gli interessi che caratterizzano i due soggetti del rapporto non sono contrapposti, ma comuni, così che vi sia una «reciproca messa a disposizione delle risorse funzionali al progetto» che crei una relazione paritaria tra le due parti⁵⁴⁴. La differenza rispetto all'appalto si riscontra, quindi, anche nella dinamica del partenariato, in cui non vi sono risorse solo unilateralmente disposte dall'amministrazione e accompagnate da un progetto in cui le scelte sono già in gran parte predeterminate, ma una vera e propria «co-responsabilità» nel progetto e nella sua esecuzione⁵⁴⁵. Per questo motivo non è adeguata la qualificazione del partenariato come appalto, essendo invece preferibile ricomprenderlo nel *genus* degli accordi procedurali⁵⁴⁶, fatta salva ovviamente la valutazione del caso concreto, la quale è

⁵⁴⁰ Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale, 20 agosto 2018, parere n. 2052

⁵⁴¹ S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione*, cit., p. 568

⁵⁴² A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore*, cit., p. 43-44

⁵⁴³ Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore, cit., p. 2-3

⁵⁴⁴ M. CROCE, *Rapporti di partenariato*, cit., p. 322-323, 326-327

⁵⁴⁵ Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore, cit., p. 5-6

⁵⁴⁶ M. V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore*, cit., p. 11

tenuta ad andare oltre il nome. Proprio per questo l'art. 14 comma 2 del d.lgs. n. 201/2022 prevede che la scelta dell'ente locale di instaurare un partenariato sia sostenuta da una motivazione che evidenzi sia «la natura effettivamente collaborativa del rapporto», illustrandone perciò la struttura e il funzionamento, sia «gli effettivi benefici», da valutarsi con riguardo agli obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio, richiedendo con quest'ultimo anche la dimostrazione dell'effettivo concorso alle finanze pubbliche, tipico dell'istituto.

Devono, in ogni caso, essere rispettati i principi di trasparenza, imparzialità, partecipazione e parità di trattamento, a dimostrazione che la deroga alla disciplina europea in tema di concorrenza è contenuta nei limiti della proporzionalità, in ottica strumentale alla funzionalità del partenariato⁵⁴⁷.

È infine utile sottolineare come, al di fuori dell'art. 18, esistano anche spazi di collaborazione tra amministrazione ed enti non lucrativi non compresi nel CTS. Di questi spazi non è fornita una disciplina specifica, ma possono trovare una loro base giuridica dell'art. 10 del medesimo decreto⁵⁴⁸ ed, eventualmente, in leggi regionali, le quali, però, non dovranno confliggere con il CTS, rispettando le diverse aree di competenza legislativa. La materia del Terzo Settore, infatti, si divide tra competenza legislativa esclusiva, con riferimento all'«ordinamento civile» di cui all'art. 117 comma 2 lett. 1), a cui è deputata la conformazione specifica e l'organizzazione degli ETS, nonché le prescrizioni fondamentali di coordinamento con l'amministrazione⁵⁴⁹, competenza residuale regionale e competenza concorrente, in base alla materia coinvolta; vi si aggiunge, come ulteriore livello normativo, l'autonomia regolamentare degli enti locali⁵⁵⁰.

3. Elementi del rapporto di pubblico servizio

Esaurita l'analisi della fase dell'affidamento del servizio, si ritiene utile fornire delle indicazioni sulla fase successiva, quella dell'esecuzione. Essa, come si vedrà, è in gran parte oggetto di interesse civilistico, in quanto sempre più “contrattualizzata”, ma

⁵⁴⁷ Si confronti l'esempio concreto, relativo alle imprese sociali, riportato da S. SORRENTINO, *È possibile un rapporto “preferenziale” tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?*, in *Munus* 3/2014, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 585

⁵⁴⁸ M. V. FERRONI, *Art. 18*, cit., p. 152-161

⁵⁴⁹ Corte cost., 26 giugno 2020, sent. n. 131

⁵⁵⁰ M. CROCE, *Rapporti di partenariato*, cit., p. 320-321, 328-329

non è priva di aspetti interessanti anche per la presente trattazione. Proprio per questa caratteristica, però, degli istituti analizzati non si proporrà una trattazione vera e propria, men che meno con ambizioni di esaustività, ma si proporrà un prospetto di come essi siano influenzati dai due elementi di interesse nel presente lavoro, la concorrenzialità e l'aspetto pubblicistico, e come la loro conformazione a sua volta ne condizioni il rapporto.

3.1. Il contratto di servizio

L'art. 24 del decreto sui servizi pubblici locali disciplina, in maniera molto dettagliata, il contratto di servizio, su cui già si è in parte parlato in precedenza affrontando temi affini.

Il primo comma evidenzia come il contratto di servizio disciplini sia i rapporti tra enti affidanti e soggetti affidatari del servizio, che tra enti affidanti e società di gestione delle reti; in tutti i casi, quando è stipulato all'esito di una procedura a evidenza pubblica, dovrà rispettare lo schema posto alla base della documentazione di gara. Si può notare come il legislatore abbia evitato di parlarne come di «contratto di servizio pubblico», proprio perché esso può disciplinare anche solo specifiche fasi del complesso insieme di rapporti propedeutici all'erogazione di un servizio pubblico locale, come per esempio la sola gestione della rete⁵⁵¹.

La norma richiede poi che il contratto sia redatto «sulla base dello schema allegato alla documentazione di gara». Nonostante l'espressione si possa astrattamente leggere nel senso che è richiesta solo la corrispondenza del contenuto sostanziale dei due atti, in realtà è più coerente esigere una vera e propria conformità tra essi, la quale può ammettere solo differenze residuali, poiché in tal modo vi sarebbe una partecipazione pienamente consapevole alla gara da parte dell'operatore⁵⁵² e, allo stesso tempo, si eviterebbe una lesione della concorrenza che invece potrebbe scaturire se mutamenti sostanziali determinassero di fatto l'affidamento senza gara di un contratto differente.

⁵⁵¹ S. TORRICELLI, *Contratto di servizio*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 392-394

⁵⁵² A. DI GIOVANNI, *Art. 24*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 207-215

I successivi tre commi delineano il contenuto del contratto, partendo da una serie di obiettivi. È necessario, infatti, che il contratto assicuri, per tutta la durata dell'affidamento, l'adempimento degli obblighi di servizio pubblico, l'equilibrio economico-finanziario della gestione, per cui il comma 4 prescrive l'allegazione del Piano economico-finanziario, e il progressivo miglioramento sia delle infrastrutture che del livello qualitativo delle prestazioni, garantiti dal programma degli investimenti, anch'esso da allegare.

Il fatto che la disposizione sottolinei l'importanza dell'assolvimento degli obblighi di servizio non è un dettaglio, ma il vero senso del servizio pubblico, poiché con essi gli enti «[utilizzano] determinate imprese come strumento di politica economica o sociale», con deroghe forti alle libertà europee, giustificate dalla fondamentale e riconosciuta importanza degli obiettivi di interesse generale⁵⁵³. A garanzia degli obblighi di servizio pubblico, e quindi dei fini a cui essi sono propedeutici, vi è l'obbligatorietà delle compensazioni, che non dipende dalla discrezionalità dell'amministrazione perché compensa un onere di cui l'operatore è gravato e, per il quale, sarebbe altrimenti svantaggiato⁵⁵⁴.

Il comma 3 entra più nello specifico, con una lista di contenuti imprescindibili nel contratto di servizio, a cui possono essere aggiunti senz'altro nuovi elementi. Le componenti dell'elenco possono essere divise in due categorie, di cui una è tesa a strutturare il rapporto di servizio pubblico, mentre l'altra predispone strumenti per rendere effettive le previsioni sostanziali del contratto. È importante che vi sia una previsione minima su struttura e controllo, cosicché il servizio mantenga sempre un certo standard e sia assicurata la sua universalità, che sarebbe invece lesa da un servizio qualitativamente scadente o dalle tariffe così elevate da risultare esclusive⁵⁵⁵.

L'eventuale mancanza del contenuto minimo del contratto potrebbe essere sanzionata dalla nullità virtuale di cui all'art. 1418 c.c., per violazione di una norma imperativa relativa all'accordo, ma perché ciò sia riconosciuto è necessario, a monte, qualificare il contratto di servizio come strumento privatistico⁵⁵⁶. Oggi è piuttosto accettata questa ricostruzione, poiché i punti-chiave della ricostruzione pubblicistica

⁵⁵³ C.G.U.E., 19 dicembre 2019, C-523/18

⁵⁵⁴ C.G.U.E., 8 settembre 2022, C-614/20

⁵⁵⁵ S. TORRICELLI, *Contratto di servizio*, cit., p. 396-399

⁵⁵⁶ S. TORRICELLI, *Il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Munus* 2/2023, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 316

scaturivano in ogni caso in strumenti consensuali, anche per l'influenza del diritto europeo⁵⁵⁷. Si è perciò riconosciuto che le esigenze correlate al pubblico interesse potevano senz'altro essere garantite da uno strumento pienamente privatistico, relegando la fase pubblicistica alla sola procedura a evidenza pubblica, e giustificando le eventuali condizioni onerose del concessionario come un prodotto della disparità di potere contrattuale tra le parti, non esuberante dalla disciplina contrattualistica⁵⁵⁸.

A quest'assunto generale, tuttavia, si affiancano due situazioni particolari. La prima è quella dei servizi per il cui svolgimento è necessaria la presenza di una riserva; essa, come visto, dev'essere prevista dalla legge, per cui la sfera del potere e dei conseguenti rapporti pubblicistici influenza anche la fase esecutiva⁵⁵⁹. La seconda è quella degli affidamenti a società *in house*, nei quali non esiste un vero incontro di volontà, la quale è espressa dalla sola amministrazione, così che sarà indubbiamente più semplice arrivare a modifiche bilaterali, ma anche a una gestione fortemente influenzata dalle politiche di breve periodo, fenomeno a cui risponde la disciplina dell'art. 27 di cui si dirà *infra*; in una situazione come questa il contratto continua a rimanere formalmente uno strumento privatistico, svuotato nella sua funzione prossima collateralmente, poiché i due contraenti, come si è dimostrato in precedenza, rimangono soggettivamente distinti, ma rimane comunque uno strumento utile perché fornisce agli utenti dei diritti soggettivi da questi esigibili⁵⁶⁰.

3.2. Le tariffe e il loro aggiornamento

La materia tariffaria nei servizi pubblici locali, nonostante non abbia un rilievo centrale ai fini del presente lavoro, merita comunque qualche cenno, soprattutto per gli effetti che ne scaturiscono con riguardo alla conformazione del servizio.

L'art. 26 esordisce col fare salve le competenze delle autorità indipendenti e le discipline settoriali, relegando la successiva disciplina a un ruolo residuale, che svolge la sua funzione nei soli servizi non già regolati in questi modi e che non siano oggetto di gestione in economia, in quanto subito dopo la disposizione si riferisce agli «enti

⁵⁵⁷ Si confrontino le riflessioni svolte in tema di concessioni nel Capitolo 2. Per l'orientamento in tal senso della giurisprudenza in merito Cass., Sez. Un., 14 marzo 2022, ord. n. 8186

⁵⁵⁸ A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 647-657

⁵⁵⁹ S. TORRICELLI, *Il contratto di servizio nella nuova disciplina*, cit., p. 314

⁵⁶⁰ S. TORRICELLI, *Contratto di servizio*, cit., p. 394-395

affidanti»⁵⁶¹. Questi stabiliscono tariffe che assicurino l'equilibrio economico-finanziario dell'investimento e della gestione e che mirino alla riduzione di costi per gli utenti, facendo entrare in gioco considerazioni di carattere sociale, ambientale e di gestione efficiente, che si contrappongono a una mera equivalenza tra costi e ricavi in ottica di equilibrio economico-finanziario, ma che sono legittimamente perseguibili dall'amministrazione⁵⁶².

L'equilibrio economico-finanziario, che si è visto essere un fondamento della gestione, è assicurato dal Piano economico-finanziario (PEF) da allegare alla relazione di affidamento ai sensi dell'art. 14 comma 4. Esso, infatti, contiene il prospetto di costi, ricavi, investimenti e finanziamenti ed è strutturato sullo schema-tipo fornito, per i servizi non a rete, dal Ministero del Made in Italy, insieme ai costi di riferimento⁵⁶³. Il contenimento della garanzia dell'equilibrio economico-finanziario nel PEF ha almeno due implicazioni. La prima è che l'equilibrio non ha una valenza consuntiva, ma programmatica, così che tutte le componenti della tariffa debbano essere definite prima dell'effettivo inizio della gestione; la seconda è che, una volta selezionato il vincitore dell'eventuale gara ad evidenza pubblica, la quale può avere a oggetto anche la tariffa, che quindi viene cristallizzata dall'ente affidante, essa non può più essere rideterminata o modificata dall'affidatario⁵⁶⁴. Per questi motivi il Piano deve essere redatto con estrema attenzione, in quanto la sua «sintesi finanziaria» si ripercuoterà durante tutto l'affidamento⁵⁶⁵.

A concorrere a determinare la tariffa, secondo il comma 2, sono i seguenti elementi: la correlazione tra costi efficienti e ricavi che assicurino l'equilibrio economico-finanziario, dopo aver definito e quantificato gli oneri di servizio pubblico e di ammortamento tecnico-finanziario; il rapporto equilibrato tra finanziamenti ottenuti e investimenti effettuati; l'ammontare dei costi efficienti di gestione; l'adeguata remunerazione del capitale investito. Tra tali parametri i costi efficienti sono definiti dall'art. 2 come i costi di un'impresa media del settore gestita in modo efficiente e

⁵⁶¹ L. VASQUES, *Art. 26*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 228-241

⁵⁶² Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2006, sent. n. 4290

⁵⁶³ A. NOCE, *Tariffe*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 422-427

⁵⁶⁴ L. VASQUES, *Art. 26*, cit., p. 228-241

⁵⁶⁵ Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2018, sent. n. 2214/2018

dall'adeguata dotazione di mezzi e si avvicinano concettualmente ai costi di riferimento, che, sempre secondo lo stesso articolo, sono degli indicatori di costo che stimano le risorse necessarie a una gestione efficiente del servizio. Mentre i primi sono considerati dagli enti affidanti nella redazione del PEF, i secondi sono adottati dal MIMIT e, in teoria, dovrebbero progressivamente convergere, cosicché le tariffe siano orientate sempre più alla copertura di una spesa efficiente e non storica, ma ciò è piuttosto difficile per i servizi considerati dall'art. 26 perché l'ente che determina i costi efficienti è lo stesso che dovrebbe controllare, in ottica di equilibrio economico-finanziario, la corrispondenza di costi efficienti e ricavi⁵⁶⁶.

Il comma 3, sempre facendo salve le discipline settoriali, permette agli enti affidanti di individuare tariffe agevolate a fini sociali, coperte da compensazioni dirette ai gestori. Dalla formulazione della disposizione, che usa l'espressione «specifiche categorie di utenti», una certa dottrina sembrerebbe ricavare l'impossibilità di estendere agevolazioni alla generalità gli utenti⁵⁶⁷, ma tale argomento letterale non è condivisibile e sembra invece più probabile che la norma si limiti a conferire la possibilità all'ente locale di stabilire tariffe differenziate per condizioni economiche. È infatti assolutamente possibile che esso, se ha un bilancio positivo, si occupi di finanziare anche integralmente il servizio, poiché è rimesso all'«amplissima discrezionalità» dell'amministrazione, sottoposta a un mero sindacato giurisdizionale di logicità e ragionevolezza, il riparto di copertura del servizio tra entrate tariffarie e risorse pubbliche e deve solo rispondere ai principi dell'equilibrio economico-finanziario e del pareggio di bilancio⁵⁶⁸. È inoltre stata riconosciuta la legittimità della vera e propria differenziazione delle tariffe in base all'ISEE, che risponde a «legittime istanze di equità sostanziale» imposte unilateralmente dall'amministrazione, che conservano la natura di tariffa⁵⁶⁹, purché non siano esatte pur in assenza del corrispettivo servizio e, quindi, del rapporto contrattuale tra gestore e utente⁵⁷⁰.

Il comma 4 delinea un meccanismo di aggiornamento tariffario utile a conseguire incrementi di qualità ed efficienza dei servizi. Si tratta del sistema del «*price cap*», che, come suggerisce il nome, calcola un incremento massimo della tariffa sulla base dei

⁵⁶⁶ A. NOCE, *Tariffe*, cit., p. 430-432

⁵⁶⁷ L. VASQUES, *Art. 26*, cit., p. 228-241

⁵⁶⁸ T.A.R. Piemonte, sez. I, 31 luglio 2014, sent. n. 1365

⁵⁶⁹ T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 gennaio 2018, sent. n. 90

⁵⁷⁰ Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 335

parametri dell'inflazione programmata, dei nuovi investimenti effettuati e degli obiettivi di qualità prefissati, il quale sarà dall'altra parte limitato dall'obiettivo di recupero dell'efficienza⁵⁷¹, con una conseguente spinta all'aumento di produttività nell'interesse del gestore, che altrimenti non lo perseguirebbe autonomamente⁵⁷². Il *price cap* non è comunque tassativo, poiché, ai sensi del comma 5, l'ente potrebbe prevedere un altro metodo di aggiornamento della tariffa purché possa motivare che, in relazione alle caratteristiche del servizio, esso sia più funzionale all'incremento di qualità ed efficienza. Tale previsione può rispondere a caratteristiche anche molto peculiari che potrebbero caratterizzare servizi pubblici poco standardizzati, come spesso sono quelli non a rete, e rimedia a un difetto genetico del *price cap*, cioè la necessità di un continuo incremento di efficienza e, quindi, di produttività, che nella realtà è difficilmente riscontrabile, soprattutto a tassi elevati.

3.3. Le vicende del rapporto

Come naturale, sebbene il rapporto di servizio pubblico locale sia improntato, a livello esecutivo, a una dimensione privatistica, non possono mancare alcune incursioni pubblicistiche dipendenti sia dal particolare oggetto di interesse generale, sia dalla conformazione di contratto pubblico dello strumento di regolazione del rapporto. Particolarmente indicativi in tal senso sono gli artt. 19 e 27 del decreto di riforma dei servizi pubblici, che disciplinano la durata dell'affidamento e le vicende del rapporto.

L'art. 19, già in parte affrontato in precedenza, si occupa della durata della durata dell'affidamento e del conseguente eventuale indennizzo, ricompresi nella competenza legislativa di esclusiva statale della tutela della concorrenza⁵⁷³. Uno degli obiettivi del PNRR (M1C2-6) è proprio quello di «stabilire un principio generale di proporzionalità della durata dei contratti di servizio pubblico»⁵⁷⁴ ed è stato ripreso dall'art. 8 comma 2 lett. f) della legge delega che affida alla normativa di attuazione la «razionalizzazione della disciplina concernente [...] la durata dei [...] rapporti contrattuali».

⁵⁷¹ https://www.treccani.it/enciclopedia/price-cap_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/

⁵⁷² A. NOCE, *Tariffe*, cit., p. 435-437

⁵⁷³ Corte cost., 29 gennaio 2021, sent. n. 10

⁵⁷⁴ Allegato RIVEDUTO della DECISIONE DI ESECUZIONE DEL CONSIGLIO relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia 10160/21 ADD 1 REV 2, 8 luglio 2021

La norma dell'art. 19 del d.lgs. n. 201/2022, che specifica uno dei principi di cui all'art. 3, non è una novità, e la sua stessa *ratio* è stata continuamente ripresa a partire dal Tuel del 2000 con lo scopo di salvaguardare la certezza del rapporto concessorio e, in ultimo, il confronto concorrenziale⁵⁷⁵.

Facendo salve le discipline di settore, l'art. 19 ancora la durata dell'affidamento alla prestazione richiesta, e in particolare all'entità e alla durata degli investimenti, così che il periodo di vigenza del rapporto non sia in ogni caso superiore al tempo necessario per ammortizzarli, conformemente al diritto dei contratti pubblici e a quello europeo, tra loro sostanzialmente identici. Essi⁵⁷⁶ stabiliscono infatti che la durata delle concessioni è determinata dall'ente concedente in funzione dei servizi e lavori richiesti al concessionario e, nelle concessioni ultraquinquennali, comunque essa non supera il lasso di tempo ragionevolmente atteso perché il concessionario recuperi gli investimenti effettuati insieme a un ritorno sul capitale investito. Sono compresi nel computo sia gli investimenti iniziali che quelli effettuati in corso di concessione e la durata massima di essa deve già essere inserita nei documenti di gara, a meno che la durata stessa non sia oggetto della procedura a evidenza pubblica.

Alla lunghezza temporale del contratto così determinata, però, l'art. 19 del decreto di riforma dei servizi pubblici locali pone un limite più rigido per l'affidamento di servizi non a rete a società *in house*, il quale potrà durare al massimo cinque anni, salvo che l'ente locale motivi espressamente le ragioni di una durata superiore per il recupero degli investimenti nella deliberazione di affidamento di cui all'art. 17 comma 2, con riferimento anche al PEF, allegato e asseverato ai sensi dell'art. 17 comma 4.

Una durata definita dell'affidamento porta vantaggi agli utenti, che, da un lato, almeno teoricamente, potranno contare sulla funzionalità del servizio per un certo periodo di copertura e sulla sua qualità, dipendente dal potenziale avvicinarsi di nuovi gestori al termine dell'affidamento che spingerebbe ognuno di questi ad assicurare un'efficiente gestione se scelti, per vincere anche la procedura di gara successiva. Dall'altro lato è avvantaggiato anche l'affidatario, che potrà prevedere con maggior precisione e minor rischio gli investimenti da sostenere, il che dovrebbe attirare più

⁵⁷⁵ E. FRENI, *Durata dell'affidamento e indennizzo*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 333-336

⁵⁷⁶ Art. 178 Codice dei contratti pubblici e art. 18 Direttiva 2014/23/UE

operatori a partecipare alle procedure a evidenza pubblica incoraggiati dall'effettivo recupero degli investimenti, con ulteriore promozione della concorrenza⁵⁷⁷.

Proprio a garanzia di questo disegno è necessario che la proporzionalità della durata non sia una valutazione svolta *a posteriori*, ma venga predefinita con una certa specificità negli schemi allegati ai documenti di gara⁵⁷⁸. Perché tali previsioni siano effettive è necessario che non esistano meccanismi che ne causino una surrettizia elusione, quale potrebbe essere una proroga concordata tra le parti. La giurisprudenza amministrativa, in merito, ha chiarito che «non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti», che cede di fronte alle ragioni di pubblico interesse su cui il legislatore è intervenuto, sicché, alla fine del periodo di affidamento, se è necessaria la sua continuazione si dovrà tenere una nuova procedura a evidenza pubblica⁵⁷⁹ poiché, di fatto, si è di fronte a un nuovo contratto⁵⁸⁰. Al contrario, una clausola di rinnovo, anche tacito, sarebbe tacciata di nullità per violazione di norme imperative ai sensi dell'art. 1418 c.c.⁵⁸¹.

È tuttavia pacificamente ammessa un'eventuale proroga tecnica, istituito da adottarsi esclusivamente in situazioni eccezionali⁵⁸² e volto ad assicurare la continuità del servizio quando, scaduto il contratto di affidamento, è ancora in corso la gara per scegliere il successivo gestore⁵⁸³. I requisiti di ammissibilità di questa, però, sono stringenti, in quanto la sua necessità dev'essere derivata da «oggettivi e insuperabili ritardi nella conclusione della gara», e non a una colpevole inerzia dell'amministrazione⁵⁸⁴. A dire il vero l'attuale Codice dei contratti pubblici ammette esplicitamente la proroga tecnica per i soli contratti d'appalto⁵⁸⁵, ma è ragionevole ritenere che la disciplina si possa estendere alle concessioni per la sua propensione a realizzare un particolare interesse pubblico che, per la sua rilevanza, giustifica una

⁵⁷⁷ Sui vantaggi esposti G. CAIA, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, Volume I – Studi introduttivi, Bononia University Press, Bologna, 2018, p. 327-347; Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Disciplina dei servizi pubblici locali* (AS222), Roma, 9 novembre 2021; Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Concessioni e criticità concorrenziali* (AS1550), Roma, 20 dicembre 2018

⁵⁷⁸ N. M. D'ALESSANDRO, *Art. 19*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 162-173

⁵⁷⁹ Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, sent. n. 4192

⁵⁸⁰ T.A.R. Campania, sez. II, 2 ottobre 2019, sent. n. 1297

⁵⁸¹ T.A.R. Calabria, sez. I, 12 settembre 2020, sent. n. 1447

⁵⁸² Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2017, sent. n. 1521

⁵⁸³ Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, sent. n. 274

⁵⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, sent. n. 3588

⁵⁸⁵ Art. 120, comma 11

deroga alla concorrenzialità dell'affidamento dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 106 TFUE e che, per la riferibilità a tale articolo, dovrà essere proporzionata e non eccedente lo scopo per cui è prevista⁵⁸⁶.

Un altro istituto che può incidere sulla durata dell'affidamento è la revisione del contratto, che rientra nelle possibili vicende del rapporto e, più nello specifico, in quelle «modifiche durante il periodo di efficacia» che l'art. 27 comma 1 accomuna alla cessazione anticipata del rapporto e alla risoluzione, tutte ammesse nei limiti e secondo le modalità del diritto europeo e del Codice dei contratti pubblici, che approfondisce le singole vicende negli artt. 188-192. Per quanto riguarda la revisione, essa è esplicitamente ammessa dall'art. 192 al ricorrere di «eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili», di cui il concessionario non sia in alcun modo responsabile, che alterano in maniera significativa l'«equilibrio economico-finanziario dell'operazione».

È una misura che tutela sia l'affidatario che gli utenti del servizio. Con riferimento al primo, il recupero del suo investimento è messo a rischio da eventi né previsti né prevedibili in un contratto non riconosciuto come aleatorio⁵⁸⁷ e questi non reclama in tal caso un diritto, non riconosciuto in ogni caso dalla giurisprudenza amministrativa, all'allungamento della durata del contratto come controprestazione di investimenti svolti *in itinere*⁵⁸⁸. I secondi, d'altro canto, beneficerebbero indirettamente di un periodo di affidamento prorogato per il gestore, poiché questi, altrimenti, potrebbe recuperare gli investimenti tramite altre modifiche, come l'innalzamento delle tariffe⁵⁸⁹.

Vi è, tuttavia, un limite alla revisione, come anche più in generale alle modifiche contrattuali in genere, che è quello delle «modifiche sostanziali», che l'art. 192 del Codice dei contratti pubblici, sulla scorta del diritto europeo positivo⁵⁹⁰ e giurisprudenziale⁵⁹¹, individua come quelle che alterano la natura della concessione, estendendone l'oggetto a elementi inizialmente non previsti ovvero alterandone volontariamente l'equilibrio economico-contrattuale, o che, se fossero state presenti nella procedura di aggiudicazione, avrebbero portato ad ammettere candidati diversi, o

⁵⁸⁶ E. FRENI, *Durata dell'affidamento*, cit., p. 339-342

⁵⁸⁷ Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, sent. n. 3653; T.A.R. Toscana, sez. I, 25 febbraio 2022, sent. n. 228

⁵⁸⁸ T.A.R. Lazio, sez. II, 4 febbraio 2020, sent. n. 1483

⁵⁸⁹ E. FRENI, *Durata dell'affidamento*, cit., p. 342

⁵⁹⁰ Direttiva 2014/23/UE art. 43 par. 4.

⁵⁹¹ C.G.U.E., 18 settembre 2019, C-526/17; C.G.U.E., 7 settembre 2016, C-549/14

a selezionare un diverso vincitore, o ancora avrebbero attirato più partecipanti alla gara poiché una modifica di tale portata sancirebbe la costituzione di un nuovo rapporto contrattuale⁵⁹². Ci si rende chiaramente conto di come una valutazione del genere abbia una grande elasticità d'interpretazione, probabilmente eccessiva, la quale rende il giudice protagonista di un giudizio controfattuale che rischia di sfociare in un'arbitrarietà poiché potrebbe oscillare tra l'eccessiva indulgenza e l'anelastica formalità, con danni alla concorrenza e, di conseguenza, anche ai destinatari del servizio, in entrambi i casi.

Le modifiche non sostanziali, invece, sono autorizzate se previste in maniera chiara e specifica nei documenti di gara, o se, nel caso di ampliamento dell'oggetto del contratto, un cambiamento del contraente risulti non praticabile o antieconomico⁵⁹³. L'apertura della disciplina a modifiche che, seppur non sostanziali, alterano comunque la struttura del contratto per come emersa dalla gara, deriva dall'applicazione del principio del risultato⁵⁹⁴, che, a sua volta, costituisce una deroga alla concorrenzialità ammessa dal diritto europeo fintantoché proporzionata all'obiettivo. Tale proporzionalità è assicurata anche da un altro limite alle modifiche contrattuali, quello alla revisione dei prezzi, il quale impone che essa sia prevista nei documenti di gara, ancorata a determinati indici ISTAT, dipendente da cause di natura oggettiva e consistente in una variazione compresa da un minimo del cinque a un massimo dell'ottanta per cento dell'importo totale del contratto.⁵⁹⁵

Le altre vicende del rapporto considerate nell'art. 27 del decreto di riforma dei servizi pubblici locali sono la risoluzione del rapporto e la «cessazione anticipata», meglio definita dagli artt. 123 e 190 del Codice dei contratti pubblici come «recesso».

La risoluzione, per ciò che richiede l'art. 44 della Direttiva 2014/23/UE, trasposto nel Codice dei contratti pubblici agli artt. 122 e 190, è attuabile essenzialmente se nel rapporto interviene una modifica sostanziale che fa sorgere la necessità di una nuova procedura a evidenza pubblica, se il contraente dell'amministrazione si trovava nella situazione di dover essere escluso al momento dell'aggiudicazione o se la Corte di Giustizia dell'Unione europea accerta che l'amministrazione, nel procedimento di

⁵⁹² C.G.U.E., 19 giugno 2008, C-454/06

⁵⁹³ Artt. 120, 189 Codice dei contratti pubblici

⁵⁹⁴ R. TUCCILLO, *Vicende del rapporto*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 443

⁵⁹⁵ Art. 60 Codice dei contratti pubblici

affidamento, ha violato il diritto europeo. Questo particolare potere è una conseguenza del sempre presente potere dell'amministrazione di agire in autotutela, poiché esse non perdono, neanche a seguito di una stipulazione contrattuale, il dovere di tutelare l'interesse generale⁵⁹⁶.

Diversa da questo tipo di risoluzione è quella di cui al comma 3 dell'art. 27 del d.lgs. n. 201/2022, che invece è una conseguenza del «grave inadempimento agli obblighi di servizio pubblico e alle obbligazioni previste dal contratto di servizio». La ragione dell'isolamento di questo comma è duplice: la prima riguarda la sua *ratio*, del tutto differente da quella contenuta nella Direttiva europea, e più strettamente legata a un aspetto esecutivo e privatistico del rapporto; la seconda è meno chiara.

Secondo parte della dottrina la previsione autonoma tutelerebbe quest'ipotesi specifica di risoluzione, in quanto *lex specialis*, dal rinvio al Codice dei contratti pubblici⁵⁹⁷, probabilmente per ben delimitare le gravi fattispecie che darebbero luogo a un rimedio altrettanto grave che, come già si è visto, non si accompagna neanche all'indennizzo erogato dal gestore subentrante. Effettivamente questa scelta è sensata se si confronta la disposizione con le analoghe previsioni del Codice dei contratti pubblici, in cui si parla di «grave inadempimento delle prestazioni contrattuali» in relazione all'appalto⁵⁹⁸ e di inadempimento non di scarsa importanza con riferimento alle concessioni⁵⁹⁹. Dal confronto emerge che la previsione dell'art. 27 si riferisce a fattispecie più gravi dell'art. 190 e più eterogenee rispetto all'art. 122 del Codice, per cui è stata condivisibile la scelta di fissare un parametro certo e omogeneo per tutti gli affidamenti di servizi pubblici locali, a prescindere dallo strumento contrattuale utilizzato. Emerge però, all'interno dello stesso testo legislativo, un problema di coordinamento con l'art. 24. Qui infatti, nel comma 3 lett. h), il legislatore prescrive che uno dei contenuti obbligatori del contratto di servizio sia la previsione delle ipotesi di risoluzione del contratto per «grave e ripetuta violazione degli obblighi contrattuali o di altri inadempimenti che precludono la prosecuzione del rapporto». Le due norme non sembrano essere ben coordinate, poiché quella dell'art. 24 contempla casi ancor più eterogenei dell'art. 27, dato che si riferisce sia agli obblighi contrattuali che a non meglio

⁵⁹⁶ R. TUCCILLO, *Vicende del rapporto*, cit., p. 445

⁵⁹⁷ A. DI GIOVANNI, Art. 27, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 242-247

⁵⁹⁸ Art. 122, comma 3 Codice dei contratti pubblici

⁵⁹⁹ Art. 190, comma 2 Codice dei contratti pubblici, che rinvia agli artt. 1453 ss. c.c.

specificati «altri inadempimenti», tra cui sicuramente possono rientrare quelli relativi agli obblighi di servizio⁶⁰⁰, ma astrattamente anche altre ipotesi. La previsione dell'art. 24, inoltre, richiede una soglia di gravità maggiore, poiché parla di «grave e ripetuta violazione», essendo necessarie entrambe le caratteristiche, ed è proprio qui che si potrebbe rintracciare una chiave di distinzione. L'art. 27 comma 3, infatti, mantenendo la sua funzione di «tutela» rispetto alle fattispecie ivi descritte, potrebbe infatti garantire all'amministrazione il potere di risolvere il contratto anche per violazioni *una tantum* che, seppur per esso non astrattamente sufficienti a sciogliere il rapporto, sono tali per l'amministrazione, ovviamente sottoposta a un eventuale controllo giudiziale.

L'altro strumento che può causare lo scioglimento del contratto è il recesso. Esso, come noto, non è uno dei mezzi di autotutela dell'amministrazione ma uno strumento contrattuale, attivabile però anche nei casi previsti dalla legge⁶⁰¹. Nello specifico esso è sempre esercitabile nei contratti di appalto⁶⁰², mentre deve essere legato a motivi di pubblico interesse nei contratti di concessione⁶⁰³. In entrambi i casi, come anche nelle ipotesi di risoluzione non dovute a un inadempimento dell'affidatario, l'amministrazione è tenuta a rimborsare alla controparte i costi sostenuti e a indennizzarla, in misura differente in base al tipo di contratto, del mancato guadagno, poiché in tutti questi casi la fine del rapporto è dovuta a una valutazione dell'amministrazione che nulla ha a che fare con la condotta dell'affidatario.

Ultima previsione dell'art. 27 è il comma 2, che sancisce che tutte le modifiche del contratto di servizio degli affidamenti *in house* devono essere asseverate ai sensi dell'art. 17 comma 4. La previsione sconta un ulteriore problema di coordinamento normativo, poiché si riferisce a tutti i servizi, mentre l'art. 17 comma 4 si rivolge ai soli servizi a rete. Se si dovessero applicare le norme letteralmente ci si troverebbe nella situazione paradossale in cui, per i servizi non a rete, non ci sarebbe l'obbligo di asseverare il PEF, che fornisce l'andamento economico di tutta la gestione, ma tale onere graverebbe solo sulle modifiche del contratto di servizio, che potrebbero avere una rilevanza di gran lunga minore. Sarebbe perciò auspicabile leggere le due norme

⁶⁰⁰ I quali, tuttavia, dovrebbero comunque essere specificati nel contratto di servizio.

⁶⁰¹ Art. 21-*sexies* L. 241/1990

⁶⁰² Art. 123 Codice dei contratti pubblici

⁶⁰³ Art. 190, comma 4 Codice dei contratti pubblici

sistematicamente e interpretarle nel senso di riferire anche l'art. 27 comma 2 ai soli servizi pubblici locali a rete⁶⁰⁴.

3.4. Obblighi di trasparenza e di pubblicazione

È bene dedicare, nell'analisi della nuova disciplina dei servizi pubblici locali, un ultimo breve cenno agli obblighi di pubblicazione sanciti per gli enti competenti.

Secondo l'art. 31 essi, per rafforzare trasparenza e comprensibilità di atti e dati riguardanti l'affidamento e la gestione dei servizi, tengono conto degli atti e degli indicatori di cui agli artt. 7, 8 e 9 per redigere la deliberazione di istituzione del servizio⁶⁰⁵, la relazione della scelta della modalità di gestione⁶⁰⁶, la deliberazione di affidamento a società *in house*⁶⁰⁷ e la relazione annuale sulla situazione gestionale dei servizi⁶⁰⁸. Questi atti, con l'aggiunta del provvedimento di affidamento dei servizi sopra soglia privi di selezione a evidenza pubblica e del contratto di servizio sono pubblicati sul sito istituzionale dell'ente affidante⁶⁰⁹ e trasmessi all'ANAC, che li pubblica a sua volta sul proprio portale telematico. Con una disposizione volta all'interoperabilità l'articolo specifica che la totalità degli atti menzionati è resa disponibile sulla piattaforma unica della trasparenza gestita da ANAC, con collegamenti ai luoghi di prima pubblicazione, e sulla stessa piattaforma sono anche disponibili tramite collegamento i dati degli stessi servizi pubblici locali presenti nella Banca Dati Nazionale sui Contratti Pubblici (BDNCP), le rilevazioni periodiche dell'Osservatorio del trasporto pubblico locale, gli atti e gli indicatori di cui agli artt. 7, 8 e 9 e i dati sui livelli di qualità conseguiti dai servizi pubblicati dalle autorità di settore.

Come enunciato dalla norma stessa, queste previsioni garantiscono trasparenza alla gestione dei servizi pubblici locali, particolarmente utile in ottica di equilibrio in un campo largamente dominato dalla discrezionalità delle amministrazioni competenti, che, in questo modo, dovrebbero rendere conto del loro operato, giustificandolo in

⁶⁰⁴ R. TUCCILLO, *Vicende del rapporto*, cit., p. 448

⁶⁰⁵ Art. 10, comma 5 d.lgs. n. 201/2022

⁶⁰⁶ Art. 14, comma 3 d.lgs. n. 201/2022

⁶⁰⁷ Art. 17, comma 2 d.lgs. n. 201/2022

⁶⁰⁸ Art. 30, comma 2 d.lgs. n. 201/2022

⁶⁰⁹ Come ricordato anche da ANAC nel Comunicato del Presidente "Applicazione del Decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 - Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. (GU Serie Generale n.304 del 30-12-2022), entrato in vigore in data 31 dicembre 2022.", 22 febbraio 2023

conformità dei principi e degli obiettivi di cui all'art. 3⁶¹⁰, tenendo conto che la trasparenza stessa è elencata tra quei principi. Essa favorisce indirettamente la concorrenza poiché aiuta l'amministrazione a farsi un'idea del modello più adeguato tramite la comparazione delle gestioni⁶¹¹. Tale comparazione, però, può essere efficace e portare ai risultati sperati solo con una certa uniformità dei dati da confrontare, ed è questo il motivo per cui il legislatore impone, per alcuni documenti, la redazione in conformità agli indicatori e agli atti degli artt. 7, 8 e 9; così facendo si permette un paragone tanto diacronico, con le precedenti gestioni, che sincronico, con le altre realtà territoriali⁶¹². La trasparenza qui invocata, non prevista dal PNRR ma funzionale a molti dei suoi obiettivi, e per questo prescritta nella legge delega⁶¹³, si declina perciò fin dal comma 1 in una doppia accezione, sia formale, assicurata cioè dalla mera pubblicazione dei dati rilevanti, che sostanziale, legandosi alla «comprensibilità degli atti» e alla loro comparabilità, entrambe necessarie per le fasi sia di affidamento che di gestione del servizio⁶¹⁴.

È infine interessante notare come un atto così importante come il contratto di servizio sia escluso, assieme alle meno rilevanti deliberazioni di affidamento diretto non rientranti nell'*in house providing*, dalle prescrizioni redazionali di cui al comma 1, nonostante schemi di contratti tipo siano predisposti dalle autorità di regolazione per i servizi a rete e dal Ministero delle imprese e del made in Italy per quelli non a rete. Quest'apparente discrasia è forse frutto della volontà del legislatore di salvaguardare il contratto di servizio da un'eccessiva standardizzazione, a causa del ruolo cruciale che esso ricopre nella disciplina di un rapporto che si deve adattare alle particolarità di contesti anche molto differenti tra loro, di cui un'autorità centrale potrebbe non essere a piena conoscenza; una minima omogeneità, d'altronde, è comunque assicurata dal contenuto obbligatorio del contratto richiesto dall'art. 24 comma 3.

⁶¹⁰ A. DI GIOVANNI, *Art. 31*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 276-278

⁶¹¹ G. BRUZZONE, *Trasparenza nei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 489-491

⁶¹² A. DI GIOVANNI, *Art. 31*, cit., p. 276-278

⁶¹³ Art. 8 comma 2 lett. s), u), v)

⁶¹⁴ G. BRUZZONE, *Trasparenza*, cit., 492-493

CAPITOLO III

Il rapporto ambivalente tra il fine dei servizi pubblici locali e la ricerca della concorrenza

SOMMARIO: 1. Fine del servizio pubblico come possibile elemento definitorio – 2. Il mutamento di prospettiva valoriale – 3. I temi della sussidiarietà – 4. L’ambiguità della concorrenza – 5. Servizio universale: il futuro del servizio pubblico?

1. Fine del servizio pubblico come possibile elemento definitorio

Da quanto detto finora emerge chiaramente come il servizio pubblico, e nello specifico il servizio pubblico locale, non sia un istituto di chiaro inquadramento, e la recente disciplina del 2022 non ne abbia certo eliminato le incongruenze. Queste sussistono da sempre nel quadro regolatorio della materia, per almeno due ragioni principali: la prima è lo stretto legame che vi è tra il servizio pubblico locale e le scelte di politica economica a monte, il secondo è l’assenza cronica di una chiara definizione del concetto stesso che ne ha condizionato lo sviluppo.

Il servizio pubblico locale, come si è illustrato nel Capitolo I, almeno fin dall’inizio del secolo scorso è divenuto un mezzo del potere politico locale finalizzato a una redistribuzione economica che offrisse possibilità per ridurre le disparità di potere economico, così che determinate attività fossero accessibili ad ampie fasce della popolazione, ancor più garantite con l’entrata in vigore della Costituzione che ha fortemente rinforzato le tutele sociali⁶¹⁵. Con questo presupposto non può che risultare una varietà estremamente eterogenea di fenomeni strumentali a realizzare l’agenda politica di turno, la quale si adatta alle diverse caratteristiche della realtà di riferimento e comprende anche funzioni dell’ente locale non classificabili come servizi pubblici, sebbene questi occupino una posizione piuttosto rilevante⁶¹⁶. Se quindi non è percorribile un percorso che dall’esistenza di un interesse politico o, per meglio dire, pubblico, ricavi indefettibilmente un servizio pubblico locale, è pacifico che invece si possa rinvenire un

⁶¹⁵ M. DUGATO, *L’intervento pubblico per l’inclusione, la coesione, l’innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Munus* 1/2022, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 4

⁶¹⁶ D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2021, p. 124

collegamento procedendo a ritroso. Se un servizio pubblico non è stabilito obbligatoriamente in ottemperanza a una norma di legge, ma la sua istituzione dipende dalla discrezionalità amministrativa, è certo che il provvedimento istitutivo debba motivare in ordine a un interesse pubblico per giustificare un'attività concettualmente distinta dalla normale azione economica dei soggetti del mercato, la quale non è riconosciuta come già esistente, ma anzi costituita e, allo stesso modo, de-finita⁶¹⁷.

Un simile approdo non può che richiamare alla mente le due teorie sulla sostanza del servizio pubblico, cioè la teoria soggettiva e quella oggettiva, nonché l'approdo della teoria soggettiva temperata, oggi condivisa dai più. Di esse già si è in parte parlato, ma giova approfondire come entrambe le prime due, per quanto non da respingere *in toto*, falliscano nel fornire una ricostruzione completa del fenomeno giuridico.

La teoria soggettiva, infatti, parte dal lemma “pubblico” per caratterizzare un'attività rivolta alla comunità e che perciò soddisfi un interesse generale. Esso, proprio perché non riconducibile a una dimensione individuale ed egoistica, non può che essere tutelato dal soggetto istituzionalmente preposto alla cura della comunità, cioè un ente locale, in quanto pubblico. Questi è il naturale titolare del servizio, cioè lo garantisce, istituisce e se ne assume la responsabilità, per quanto la concreta gestione possa essere senz'altro affidata a soggetti privati che, però, agiscono in veste di agenti concessionari del primo. Una definizione del genere ha di sicuro il merito di porre l'attenzione sul compito indefettibile dell'amministrazione di garantire alcuni servizi, ma dice poco sui servizi in sé e non è adatta a un contesto giuridico come quello odierno, in cui la discrezionalità amministrativa è limitata e procedimentalizzata, come dimostrano gli artt. 10-13 del decreto di riforma⁶¹⁸. La stessa considerazione impone di escludere ipotesi ricostruttive formalistiche, come quella che, a fianco alla scelta soggettiva di assunzione del servizio, pone come unico ulteriore criterio il suo svolgimento secondo forme di gestione predefinite⁶¹⁹.

⁶¹⁷ S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, cit., p. 295-319. Lo stesso emerge da Corte cost., 3 giugno 2020, sent. n. 103. Portano alla stessa conclusione Cass. civ., sez. VI, 30 gennaio 2018, ord. n. 2206; Cass. civ., sez. VI, 6 ottobre 2017, ord. n. 23478; Cass. civ., sez. VI, 20 gennaio 2017, ord. n. 1142

⁶¹⁸ P. PETRONI, *Il servizio pubblico nell'esperienza giuridica italiana*, in *Diritto.it*, 2006

⁶¹⁹ Sulla teoria oggettiva R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 8-9; G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino*, cit., p. 39; M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, n. 1/1992, Il Mulino, Bologna, p. 25-26; DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Volume VI, Società Editrice Libreria, Milano, 1924, p. 6

La teoria oggettiva, quindi, prende le mosse dalle incongruenze di quella soggettiva e tenta di rintracciare tratti comuni oggettivamente riscontrabili che qualificano un'attività economica come di servizio pubblico, a prescindere dal soggetto titolare. Tale ricostruzione si lega strettamente all'interpretazione della Costituzione economica, e infatti sorge nel periodo successivo all'entrata in vigore di questa. Prende più precisamente le mosse dall'art. 43 e dal riferimento a «servizi pubblici essenziali» esercitati da imprese o categorie di imprese che, proprio per questa ragione, possono, ma non devono, essere trasferiti all'esercizio pubblico ed esercitati secondo i programmi e i controlli di cui all'art. 41. Questa facoltà convince i sostenitori della teoria che perciò alcuni servizi sono essenziali di per sé, già prima di una loro riferibilità all'amministrazione. Anche in questo caso però l'effetto è quello di qualificare come servizio pubblico una vastissima quantità di attività economiche accomunate solo da una qualche variabile rilevanza ai fini pubblici, il che svuoterebbe di fatto il contenuto della definizione, che ciononostante non è ancora del tutto abbandonata⁶²⁰. Da una lettura teleologica dell'art. 43 sembrerebbe probabile che il legislatore costituzionale intendesse dare all'amministrazione la possibilità di individuare attività economiche potenzialmente rilevanti ai fini pubblici, così da assumerle in proprio e renderle servizi pubblici, con una irrinunciabile componente soggettiva⁶²¹.

Una buona parte della dottrina ha allora adottato la cosiddetta concezione “soggettiva temperata”, che tenta di ricavare dai precedenti tentativi interpretativi ciò che effettivamente distingueva il servizio pubblico da una normale attività economica. Il risultato è stato quello di ereditare dalla lettura soggettiva la necessità di un intervento pubblico a tutela di particolari bisogni della collettività, e da quella oggettiva l'indefettibile disciplina di un'attività esercitabile anche da un gestore privato, purché secondo le direttive e con il controllo del titolare pubblico, così da assicurare un esercizio

⁶²⁰ Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2012, sent. n. 2021

⁶²¹ Sulla teoria oggettiva R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 7-10; R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015, p. 968; G. GAMBARDELLA, *I servizi pubblici locali con particolare riferimento al servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 4/2015; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 88, 192

del servizio mirato alle esigenze pubbliche da soddisfare⁶²², con un gestore che non deve necessariamente essere il soggetto pubblico, ma a questo deve rispondere⁶²³.

In astratto sarebbe un inquadramento accettabile, ma bisogna fare attenzione. Uno schema del genere, se non meglio specificato, potrebbe ricadere nella semplice concezione soggettiva, che ha sempre ammesso la gestione privata con titolarità pubblica, ma non per questo ha risolto i problemi di indeterminatezza a cui andava incontro. È necessario a questo scopo caratterizzare l'attività esercitata, e qui può tornare utile l'art. 41. Esso parla, con riguardo all'iniziativa economica, di «utilità sociale» (comma 2) e «fini sociali» (comma 3). La differenza, secondo una condivisibile dottrina, è che la prima espressione indica un limite oltre il quale l'attività economica non può spingersi, mentre la seconda è un obiettivo da raggiungere tramite «un'azione positiva o la creazione di un'organizzazione perché libertà e diritti vengano resi effettivi»⁶²⁴. È perciò necessario, perché possa parlarsi di servizio pubblico, un intervento del soggetto pubblico che non si limiti alla sola regolazione, ma operi un intervento giuridico che, con intensità variabile a seconda delle esigenze, persegua obiettivi non altrimenti perseguibili.

In effetti la disciplina del 2022 coglie questa caratteristica necessaria, come si evince dalla definizione ivi fornita dei «servizi di interesse economico generale di livello locale» o «servizi pubblici locali di rilevanza economica», che parla di un intervento pubblico e, soprattutto, di attività che «non sarebbero svolt[e] senza un intervento pubblico o sarebbero svolt[e] a condizioni differenti» nei termini indicati. A conferma dell'accoglimento di questa interpretazione si può evidenziare come anche l'art. 10 autorizza l'istituzione di un servizio pubblico a fronte di un'inidoneità del mercato a soddisfare le esigenze della comunità per come valutata dall'ente di essa esponenziale. In caso contrario, se cioè il libero mercato o il Terzo settore, anche eventualmente agevolati ai sensi dell'art. 10 comma 2 e 11, riusciranno a soddisfare con la loro libera e autonoma attività i bisogni di cui sopra, non sussisterà alcun servizio pubblico. Si coglie in definitiva un ruolo tutorio dell'amministrazione, che compie «una scelta pubblica, contingente e

⁶²² D. D'ORSOGNA, M. OCCHIENA, *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociale: un bilancio*, in *Munus* 2/2013, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 324-325

⁶²³ Sulla teoria soggettiva temperata E. CASSETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018, p. 717-732; A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in *Aa.Vv., La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO, T. SPAGNUOLO VIGORITA, Giuffrè, Milano, 1995, p. 79; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Giuffrè, Milano, 1973, p. 20;

⁶²⁴ L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, CEDAM, Padova, 2001, p. 262

storicamente determinata, sulla rilevanza dell'interesse economico generale e sulla insufficienza del mercato ad assicurarne le finalità»⁶²⁵.

Proprio l'art. 2 fa sorgere un altro problema definitorio, cioè l'esatta portata della nozione di «servizio pubblico locale di rilevanza economica» e la sua coincidenza o meno con il «servizio di interesse economico generale di livello locale». Il legislatore assegna a entrambe le espressioni la stessa definizione, e questa è già una scelta, ma non elimina ogni possibile riflessione, poiché a questo punto si tratta di concentrarsi sulla rilevanza economica, espressa dall'art. 2 come suscettibilità dell'erogazione dietro corrispettivo economico. Il tema è il corretto ambito d'azione dell'interesse economico generale, e quindi dell'economicità, su cui sembra esserci una non indifferente discrasia tra la giurisprudenza comunitaria e quella interna.

La Corte costituzionale, infatti, nella celebre e già analizzata sent. n. 325/2010 ha delineato una «nozione oggettiva di interesse economico», ritenuta tale perché relativa a un mercato «reale o potenziale». L'economicità, così interpretando, si caratterizzerebbe come la possibilità di coprire quanto meno i costi di gestione, e il giudice costituzionale non richiede che tale capacità sia attuale, ma anche potenziale e futura⁶²⁶. Una conseguenza di tale interpretazione «oggettiva» sarebbe la sostanziale scomparsa, o quanto meno estrema residualità, di una vasta gamma di servizi pubblici tradizionalmente non ricondotti ai servizi a rilevanza economica, come i servizi sociali⁶²⁷; per usare la terminologia propria del diritto europeo la categoria dei SIEG eroderebbe quella dei SIG.

Per ciò che riguarda invece l'origine di questa posizione, essa è da rintracciarsi in una lettura estrema dell'art. 117 comma 2 lett. e). Non c'è infatti dubbio che un'interpretazione del genere vada di pari passo con un approccio alla gestione dei servizi pubblici locali caratterizzato da un *favor* per la liberalizzazione, perché anch'esso derivato dall'idea che un mercato non aperto, come nel caso di un'autoproduzione, è una sottrazione a un potenziale confronto concorrenziale; non è un caso che la sentenza del 2010 abbia sancito la legittimità della disciplina dei servizi pubblici locali del 2008. Queste due posizioni poggiano su una lettura della «tutela della concorrenza» promozionale, sicuramente ammessa come già si è illustrato nei Capitoli precedenti, ma

⁶²⁵ A. POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. MANGIAMELI, Giappichelli, Torino, 2008, p. 65

⁶²⁶ Corte cost., 17 novembre 2010, sent. n. 325

⁶²⁷ D. D'ORSOGNA, M. OCCHIENA, *I servizi pubblici*, cit., p. 334

che non va assolutizzata. Esse tentano di superare la considerazione di un'economicità che si basa sulla situazione concreta, per cui cioè si valuta se effettivamente in un mercato sussista la possibilità di gestire un'impresa con metodo economico. In caso affermativo, si attuerà una disciplina più restrittiva rispetto a quella dei servizi pubblici privi di rilevanza economica per scelta del legislatore interno⁶²⁸, per poi lasciare che l'amministrazione, guidata dal principio di proporzionalità, disponga provvedimenti organizzativi concreti che derogano alla concorrenza solo per quanto necessario⁶²⁹.

La lettura della tutela della concorrenza prospettata invece dalla Consulta, ma già anticipata da parte della giurisprudenza amministrativa⁶³⁰, che ha una considerazione molto ampia della redditività necessaria a considerare il servizio come economicamente rilevante⁶³¹, per quanto parta da premesse condivisibili rischia di essere assolutizzata perdendo il rapporto di proporzionalità con valori contrastanti e, in definitiva, sganciandosi dalla interpretazione europea dei SIEG⁶³² fino al punto da contrastarla, divenendo così illegittima. I giudici europei, infatti, conformemente a quanto affermato dalla Commissione⁶³³, riconoscono agli Stati membri un «ampio potere discrezionale per quanto riguarda la definizione di ciò che considerano come servizi di interesse economico generale», sindacabile nel solo caso di «errore manifesto»⁶³⁴.

Il senso di ciò che può sembrare controintuitivo in un ordinamento così attento alle libertà economiche risiede nel senso della genesi di un concetto come quello di servizio di interesse economico generale. Esso, come già sottolineato più volte, deroga alle libertà secondo quanto previsto dagli artt. 14 e 106 TFUE e dal Protocollo n. 26 per realizzare una maggiore coesione sociale e territoriale, così realizzando i valori dell'Unione di cui all'art. 2 TUE. Da questo compito si può ricavare l'alto valore dei SIEG, non certamente residuali e quindi adatti a essere un contraltare alla concorrenza, nella misura dettata dall'applicazione del principio di proporzionalità. L'applicazione che

⁶²⁸ Si ricorda, infatti, che la stessa sentenza della Consulta prima richiamata riconosce che, adottando un approccio del genere, il legislatore va oltre il minimo inderogabile disposto dalla Corte di Giustizia.

⁶²⁹ V. COCOZZA, *Una nozione oggettiva di "rilevanza economica" per i servizi pubblici locali*, in *Munus* 1/2011, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 240

⁶³⁰ T.A.R. Liguria, sez. II, 28 maggio 2005, sent. n. 527; T.A.R. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, sent. n. 1729

⁶³¹ T.A.R. Basilicata, sez. I, 15 aprile 2005, sent. n. 271

⁶³² V. COCOZZA, *Una nozione oggettiva*, cit., p. 240-242

⁶³³ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, 2001/C 17/04, 19 gennaio 2001

⁶³⁴ Trib. U.E., 15 giugno 2005, T-17/02

ne consegue è dinamica, e necessariamente lontana da una caratterizzazione oggettiva, ma anzi dipendente da una necessaria iniziativa pubblica di carattere politico⁶³⁵ che, però, tiene in considerazione anche elementi oggettivi come i fallimenti di mercato⁶³⁶, affrontandoli con misure adeguate alla loro attualità, e non nella necessaria ottica, in alcuni casi definitivamente irrealizzabile, di una potenziale economicità, per come intesa dalla Consulta nel 2010, dell'attività in concorrenza. D'altronde lo stesso giudice costituzionale ha, dieci anni più tardi, adottato posizioni più miti, riconoscendo che per l'ordinamento europeo i SIEG «non dipendono tanto dalla natura dell'attività svolta, quanto dalla circostanza che l'ente pubblico abbia in concreto inteso assumersi la responsabilità dell'attività stessa a beneficio dei consociati»⁶³⁷.

Da quest'analisi sembrano potersi ricavare due conclusioni.

La prima riguarda la differenza tra SIEG e SIG, e quindi l'economicità. Essa sembra che vada riscontrata nell'attività economica al momento della procedura di istituzione del servizio, così da valutarne la natura, che sarà di SIEG se gli operatori saranno in grado di coprire i costi di gestione senza avvalersi del «soccorso economico-finanziario pubblico» (nel cui concetto non sono comprese le compensazioni), cioè senza operare sostanzialmente in perdita; questo concetto di rilevanza economica si pone in continuità con la precedente distinzione dei servizi tra aventi o meno rilevanza industriale⁶³⁸.

La seconda conclusione riguarda la coincidenza confermata o smentita tra i concetti di servizio pubblico e di SIEG. Una risposta secca non è possibile, perché sono diversi i piani da considerare. Su quello pratico non c'è dubbio che portino agli stessi risultati, e non potrebbe essere altrimenti vista la disciplina che li accomuna sotto la stessa definizione. Non si può dire però che, considerata la loro genesi, siano nati per la medesima esigenza⁶³⁹. Se infatti il servizio pubblico nasce per soddisfare esigenze locali tramite un'azione economica in prima persona degli enti con un fine redistributivo, il SIEG è elaborato in un contesto economico completamente diverso, in cui il ruolo del soggetto pubblico è molto arretrato, così che si caratterizza per essere una deroga alla

⁶³⁵ S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, cit., p. 298

⁶³⁶ B. G. MATTARELLA, *Le ragioni di una disciplina nazionale*, cit., p. 13-14

⁶³⁷ Corte cost., 29 maggio 2020, sent. n. 103

⁶³⁸ F. MARONE, *Società degli enti locali*, cit., p. 161-162

⁶³⁹ POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, Relazione al Convegno su *La Costituzione economica*, Milano, 6-7 maggio 1988

concorrenza; è una deroga sicuramente molto qualificata, ma come tale è disciplinata e sottoposta allo scrutinio di proporzionalità.

Bisogna quindi concludere che, nella sostanza, non aveva torto la sentenza costituzionale n. 325/2010 nell'enunciare il «contenuto omologo» dei due concetti, ma sbagliava quando considerava che tale contenuto fosse quello ivi enunciato, perché tanto discosto dalla nozione europea da esserne contrastante e, perciò, illegittimo.

2. Il mutamento di prospettiva valoriale

La lunga storia delle avvicendatesi discipline dei servizi pubblici locali esposta nel Capitolo I e le riflessioni svolte nel paragrafo precedente sulla stessa definizione di «servizio pubblico locale di rilevanza economica», in rapporto con quella di «servizio di interesse economico generale di livello locale» hanno mostrato una disciplina instabile, perché indotta al mutamento da ogni nuova concezione del ruolo dello Stato nell'economia. Questa a sua volta dipende dalla ciclica alternanza dell'egemonia culturale e politica di una macro-categoria di pensiero economico sull'altra, se è consentita una superficiale riduzione, utile alla presente trattazione, a una suddivisione tra politiche interventiste e politiche astensioniste⁶⁴⁰. Senza voler ripercorrere ogni tappa della già affrontata storia dei servizi pubblici, è però interessante notare come le linee di indirizzo siano mutate nel tempo e cercare di rintracciare quelle attuali. Nel presente lavoro non si ha la pretesa di svolgere un lavoro esaustivo, che tra l'altro dovrebbe tener conto anche di numerose discipline settoriali non sempre identiche tra loro quanto a indirizzo, ma il più modesto obiettivo è quello di trarre le conclusioni di quanto detto finora.

Si è osservato come alla base dei primi fenomeni di pubblico servizio, una volta che questo concetto era stato elaborato, vi era la necessità di soddisfare un pubblico interesse individuato dall'amministrazione che, a tal fine, esercitava un vero e proprio potere. Se esso non era esplicitato in una norma di legge come un basilare principio di

⁶⁴⁰ V. ZAMAGNI, *Storia economica*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2012; V. PARETO, *Corso di economia politica*, cit., Volume II, p. 209-210; C. ROSSI, *Trentatré vicende mussoliniane*, Casa editrice Ceschina, Milano, 1958, p. 403; U. LA MALFA, *La politica economica in Italia 1946-64*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962, spec. p. 516; K. DYSON, K. FEATHERSTONE, *The road to Maastricht. Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 463; M. RANGONE, S. SOLARI, *From the Southern-European model to nowhere: the evolution of Italian capitalism 1976-2011*, in *Journal of European Public Policy*, 19(8), 2012, p. 1188-1206; A. SANDULLI, *Le nuove coordinate*, cit., p. VII-XIII

legalità avrebbe richiesto anche in un ordinamento privo di costituzione sovraordinata, ciò non vuol dire che, almeno nella prassi, questo potere non sussistesse, come dimostrato tanto dal regime protetto dell'attività che dai modi di gestione previsti per il servizio, di certo differenti dal semplice strumento contrattuale con cui il soggetto pubblico si muove nel mercato *iure privatorum*⁶⁴¹.

Il principio-guida del primo Novecento, si è visto, era infatti la semplice soddisfazione dell'interesse generale e, a tale scopo, senz'altro si tollerava la compressione dell'iniziativa economica privata, ancor più se essa si considera violata anche nel caso di ostacolo all'entrata in un mercato potenzialmente aperto e concorrenziale. La tutela della concorrenza, non era un tema frequentemente affrontato, né entrò nella Costituzione nella sua prima versione, in quanto essa era considerata un potenziale pericolo per un valore assai più tutelato dalle forze politiche cattoliche, socialiste e comuniste, principali artefici del testo costituzionale, cioè la solidarietà⁶⁴². Non era in realtà un concetto sconosciuto, ma veniva ricavato dall'art. 41 e, quindi, dalla libertà di iniziativa economica nella sua dimensione puramente soggettiva, cioè nell'ottica del singolo imprenditore con la sua pretesa soggettiva affinché la sua attività economica non fosse preclusa o ostacolata⁶⁴³. Non mancava tuttavia già un dibattito sulla natura della concorrenza prevista dalla Costituzione⁶⁴⁴, che è proseguito anche dopo la riforma del Titolo V⁶⁴⁵.

D'altronde una gerarchia tra i due principi era all'epoca più chiaramente delineabile. A prevalere sulla concorrenza, come si può rilevare anche da una semplice analisi sistematica della Costituzione, erano infatti senz'altro i principi di solidarietà, espresso nell'art. 2, e a sua volta funzionalmente collegato all'art. 3, e più in generale la strumentalizzazione dell'attività economica a fini sociali e redistributivi, come emerge dai lavori della Costituente, le cui forze politiche maggiormente rappresentative

⁶⁴¹ S. TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia*, cit., p. 84

⁶⁴² M. D'ALBERTI, *La legge sulla concorrenza trent'anni dopo*, in *Munus* 2/2020, Editoriale Scientifica, Napoli, p. XVI

⁶⁴³ M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2010, p. 195-196

⁶⁴⁴ M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, Fascicolo 4/2003, CEDAM, Padova, p. 439-519

⁶⁴⁵ C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2/2005, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 330-333; G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 3/2002, Il Mulino, Bologna, p. 981-1000

condividavano un approccio programmatico, se non in certi casi statalistico, dell'economia⁶⁴⁶.

Un primo cambio di prospettiva si è concretizzato, graduale ma inesorabile, a partire dagli anni Settanta, con un incremento nel decennio successivo e infine con pieno vigore a partire dagli anni Novanta fino ai primi Duemila, complici da un lato le crisi economico-finanziarie e le conseguenti politiche di austerità e dall'altro l'impronta neoliberista della politica europea⁶⁴⁷. Esse hanno implicato, come una tenaglia sull'intervento pubblico, l'attenzione estrema per l'equilibrio di bilancio e la tutela e promozione della concorrenza; a livello giuridico gli effetti più rilevanti furono la modifica degli artt. 81 e 97 della Costituzione e del Titolo V, e in particolare dell'art. 117, con la conseguente applicazione diretta delle discipline in materia di aiuti di Stato e di libertà economiche, che hanno causato anche una rilettura dell'art. 41 in senso pro-concorrenziale⁶⁴⁸. La disciplina europea, infatti, ha inciso in maniera preponderante nell'attività del potere pubblico in economia e ha imposto valori economici e priorità che non hanno semplicemente fornito una direzione agli ordinamenti degli Stati membri, ma, in virtù del principio di supremazia dell'Unione europea anche sulle norme costituzionali, hanno strutturalmente mutato il rapporto tra Stato e attività economiche, e quindi anche tra Stato e *welfare*⁶⁴⁹.

Se già nel corso del secolo scorso alcune delle contingenze summenzionate, e in particolare la sempre maggiore scarsità di risorse pubbliche, avevano portato a soluzioni creative poi formalizzate, come è accaduto con il fenomeno delle società miste, le quali però non alteravano l'impianto generale del sistema dei servizi pubblici locali, è con la riforma del 2001 che effettivamente l'avvenuto accostamento ai SIEG ha significato anche un cambio di prospettiva decisivo. Esso ha portato la tutela della concorrenza a essere il valore-guida della disciplina, e le forme di gestione a passare da modelli di

⁶⁴⁶ G. FAUCEGLIA, *L'iniziativa economica privata nella cultura politica cattolica: dal corporativismo alla Costituzione*, in *Giurisprudenza commerciale*, Fascicolo 4|2022, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 602-611

⁶⁴⁷ A. CANTARO, *Il «ritorno» dello stato nella «deglobalizzazione»*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2008, Franco Angeli, Milano, p. 20-28; C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, a cura di E. CASSETTA, A. ROMANO, F.G. SCOCA, Volume II, CEDAM, Padova, 2007, p. 368-371

⁶⁴⁸ M. C. CAVALLARO, *Intervento pubblico, mercato e imprese: alcune considerazioni sull'attualità del pensiero di Vittorio Ottaviano*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2024, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 346-348

⁶⁴⁹ S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1995, p. 4

intervento dell'amministrazione a limite di esso⁶⁵⁰. In questo nuovo panorama l'obiettivo da perseguire è senz'altro il mercato liberalizzato, a cui si può derogare solo in casi eccezionali e debitamente motivati, poiché esso con la naturale allocazione ottimale delle risorse dovuta ai meccanismi della concorrenza dovrebbe «soddisfare le esigenze della comunità amministrata»⁶⁵¹. Perché ciò avvenga esso dovrebbe essere lasciato a se stesso il più possibile, con un intervento pubblico relegato a un'eventuale regolazione e pivo di azione diretta da soggetto economico⁶⁵². Sarebbe probabilmente fin troppo semplicistico attribuire questi sviluppi al solo condizionamento comunitario, anche perché si è visto nel corso della trattazione che il diritto europeo è stato interpretato anche in modo strumentale dal legislatore, talvolta sostenuto dalla giurisprudenza, per perseguire politiche economiche interne non vincolate nella misura in cui si è voluto far credere.

Fatto sta che l'avvicinamento dei servizi pubblici locali ai SIEG di livello locale ha significato un arretramento della discrezionalità politica a favore di principi quali «l'economicità, il rispetto della concorrenza, l'efficienza della gestione», operanti spesso con meccanismi eteronomi⁶⁵³, come quelli relativi alle funzioni delle attività di regolazione nei servizi a rete. Gli enti locali, in sostanza, così legati a parametri oggettivi sono stati riqualificati da agenti a regolatori, autorizzati a provvedere in base alla discrezionalità amministrativa e non a quella politica, con un sostanziale e significativo svuotamento di competenze⁶⁵⁴, che è l'esito di un percorso già iniziato con il distacco tra titolarità e gestione del servizio pubblico locale⁶⁵⁵. Ci si trova infatti nella situazione in cui un ente legittimato democraticamente dal voto popolare debba assicurare la soddisfazione di bisogni della comunità in base a criteri e gerarchie di scelte decise da altri, che siano il legislatore o le autorità indipendenti, a volte anche non direttamente ma tramite enti di gestione d'ambito a cui è obbligato a partecipare e in cui il suo ascendente

⁶⁵⁰ G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino*, cit., p. 42; A. TRAVI, *Servizi pubblici e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di G. FALCON, Padova, 2005, p. 187-196

⁶⁵¹ Cons. Stato, sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 24 maggio 2012, 11 giugno 2012, n. 2805

⁶⁵² F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato*, cit., p. 97-101; LALLI, *In house*, cit., p. 261

⁶⁵³ G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e de-municipalizzazione*, in *Munus* 1/2016, Editoriale Scientifica, Napoli, p. XIV

⁶⁵⁴ M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus* 3/2012, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 521-522

⁶⁵⁵ F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 6-7

sulle scelte è infinitamente minore, soprattutto quando si parla di enti dalle ridotte dimensioni.

Le tendenze generali della politica economica non possono che ripercuotersi sulla disciplina concreta degli istituti, che è ciò che senz'altro è accaduto con il d.lgs. n. 201/2022, ma bisogna a tal proposito interrogarsi se lo stesso sia una risposta adeguata alle esigenze del tempo, se cioè sia conforme al nuovo ruolo dello Stato nell'economia o, in qualche modo, mostri qualche incoerenza con il ruolo di rinnovato protagonismo del settore pubblico.

Si è detto della discrezionalità piuttosto ampia conferita agli Stati membri dal diritto europeo in ordine alla istituzione di un servizio di interesse economico generale, che assicuri un alto livello di qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente, obiettivi che giustificano anche una deroga alle libertà economiche fondamentali dell'Unione europea⁶⁵⁶. Se tuttavia si leggono sistematicamente la disciplina europea e quella interna sui servizi pubblici locali di rilevanza economica, tale ingente discrezionalità sembra parzialmente perdersi nella disciplina delle forme di gestione del servizio, in particolare con riguardo al fenomeno dell'autoproduzione e, più specificamente, delle società *in house*.

Come già visto, l'istituto è nato nella giurisprudenza europea con il precipuo fine di delineare un'area in cui non fosse applicato il diritto dei contratti pubblici, poiché non era presente il necessario requisito dell'incontro di diverse volontà, intese come una pluralità di soggetti riscontrabile in ottica sostanziale, e non meramente rilevata dalla formale costituzione di una società all'esterno dell'amministrazione⁶⁵⁷. La configurazione di società *in house*, tuttavia, sottrae comunque potenziali settori di mercato alla concorrenza⁶⁵⁸, motivo per cui l'ordinamento europeo ha trovato un compromesso tra le contrapposte esigenze astenendosi dal precludere agli Stati membri l'assunzione in proprio di attività economiche in nome del principio di autorganizzazione

⁶⁵⁶ Art. 106 TFUE, art. 1 Protocollo n. 26 al TFUE

⁶⁵⁷ C.G.C.E., 18 novembre 1999, C-107/98

⁶⁵⁸ M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Federalismi.it*, n. 22/2011, Roma, p. 2-4

amministrativa⁶⁵⁹, ma, allo stesso tempo, interpretando i requisiti delle società *in house* in modo piuttosto restrittivo. La Corte di Giustizia, a dire il vero, non l'ha mai fatto per sottolineare esplicitamente il carattere eccezionale dell'*in house providing*, ma ha sempre addotto tale interpretazione dei criteri alla coerenza dell'istituto, nato per essere del tutto estraneo al mercato. Nel concreto tale atteggiamento si riscontra nel requisito del controllo analogo, che per essere davvero tale non può coesistere con la partecipazione di capitali privati alla società⁶⁶⁰. Allo stesso modo il giudice europeo non ha consentito che una parte non irrilevante dell'attività della società *in house* fosse rivolta verso soggetti diversi dall'ente pubblico controllante⁶⁶¹. L'approccio della Corte di Giustizia, quindi, è stato analogo a quello adoperato per le deroghe alla disciplina della concorrenza e alle libertà economiche in generale, per cui è stata richiesta una lettura restrittiva e, in questi casi, una motivazione, proprio perché sussiste il carattere eccezionale⁶⁶².

L'ordinamento interno italiano, invece, si è comportato, e si comporta ancora in realtà, in modo piuttosto ambiguo verso il fenomeno dell'*in house providing*, e lo ha fatto sia tramite i giudici che attraverso l'attività legislativa. I primi hanno ristretto ancora di più i requisiti per l'*in house*, considerandolo per giunta, diversamente dalla giurisprudenza europea, un'eccezione al diritto della concorrenza. Ciò è avvenuto con sentenze che hanno limitato i poteri degli amministratori delle società in questione per riservare un potere preminente ai soci⁶⁶³, hanno richiesto un potere in capo a questi ultimi di nomina dei primi⁶⁶⁴, hanno reso obbligatorio un controllo preventivo dell'ente proprietario in ordine alle decisioni più rilevanti⁶⁶⁵, hanno escluso che lo statuto potesse prevedere anche una futura ed eventuale cessione dei capitali a soggetti privati⁶⁶⁶ e, infine, hanno previsto elenchi di indici sintomatici della sussistenza del controllo analogo che andavano oltre ogni prescrizione europea⁶⁶⁷. Di questa tendenza è stata partecipe anche

⁶⁵⁹ Recepito, sotto la nomenclatura di «principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche», anche dall'art. 2 della Direttiva 2014/23/UE, ma ricavabile indirettamente anche dall'art. 345 TFUE

⁶⁶⁰ C.G.C.E., 11 gennaio 2005, C-26/03; C.G.C.E., 10 novembre 2005, C-29/04; C.G.C.E., 11 maggio 2006, C-340/04

⁶⁶¹ C.G.C.E., 6 aprile 2006, C-410/04

⁶⁶² C.G.C.E., 10 aprile 2003, C-20/01, C-28/01

⁶⁶³ Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, parere n. 456

⁶⁶⁴ Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, sent. n. 2316

⁶⁶⁵ Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, sent. n. 5

⁶⁶⁶ Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, sent. n. 5072

⁶⁶⁷ T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, sent. n. 986

parte della dottrina, che non ha mancato di sottolineare i pericoli che, per quanto detto sopra, rischiava la concorrenza a causa delle società *in house*⁶⁶⁸.

Rimandando al Capitolo I per un'analisi delle precedenti discipline legislative in merito⁶⁶⁹, è qui utile considerare le conseguenze della peculiare interpretazione nazionale dell'*in house providing* nel Codice dei contratti pubblici del 2016⁶⁷⁰. Questo, con un aggravio ulteriore rispetto a quanto detto finora, all'art. 192 prevedeva un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori di affidamenti diretti tramite società *in house* che si sarebbe dovuto tenere presso l'ANAC. A questo adempimento si doveva accompagnare la motivazione della scelta dell'affidamento diretto in questa modalità, che avrebbe dovuto argomentare sia sui benefici per la collettività che sul mancato ricorso al mercato. La Corte di Giustizia non ha avuto da ridire sulla pervasività di tale motivazione, ritenendo che la previsione di limiti all'autoproduzione fosse una scelta non vincolata, ma permessa al legislatore italiano in virtù della tutela della concorrenza ad essa sottesa⁶⁷¹. Dello stesso parere è stata la Corte costituzionale, che ha reputato la posizione del legislatore un'«espressione di una linea restrittiva del ricorso all'affidamento diretto che è costante nel nostro ordinamento da oltre dieci anni, e che costituisce la risposta all'abuso di tale istituto da parte delle amministrazioni nazionali e locali»⁶⁷²

Lo stesso atteggiamento verso gli affidamenti *in house* è stato manifestato dall'ancora vigente t.u.s.p., che ha contemporaneamente recepito e incrementato i requisiti posti dall'Unione europea⁶⁷³. Esso infatti ha fortemente condizionato la destinazione dell'attività eccedente l'80% che necessariamente va svolto a favore dell'amministrazione (Art. 16, comma 3-*bis*)⁶⁷⁴ e ha imposto che le società *in house*

⁶⁶⁸ A. ROMANO TASSONE, *La società "in house" dall'"eccezionale eccezionalità" alla "anomala normalità"*, in *Diritto e processo amministrativo*, Fascicolo 2/2014, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, p. 397-412

⁶⁶⁹ Si rinvia per una panoramica dell'introduzione e lo sviluppo dell'*in house providing* nell'ordinamento italiano anche a G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in Cammino*, Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", Roma, 4 maggio 2012

⁶⁷⁰ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

⁶⁷¹ C.G.U.E., 6 febbraio 2020, C-89/19 C-90/19 C-91/19

⁶⁷² Corte cost., 5 maggio 2020, sent. n. 100

⁶⁷³ M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giurisprudenza commerciale*, Fascicolo 2|2019, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 196-197

⁶⁷⁴ La Direttiva 2014/24/UE, art. 12, par. 1, lett. b) prevede lo stesso ammontare numerico ma non si preoccupa della destinazione dell'attività ulteriore.

acquistino lavori, beni e servizi secondo le norme del Codice dei contratti pubblici, trasformandosi di fatto in enti aggiudicatori a questi fini.

Negli ultimi anni il rapporto tra amministrazione e autoproduzione sembra stia cambiando, senza dubbio a causa dei molteplici eventi di crisi internazionale che si sono abbattuti direttamente o indirettamente sul nostro Paese, come la pandemia da Covid-19 prima e le conseguenze della guerra in Ucraina poi, prima tra tutte la crisi energetica⁶⁷⁵. Ciò si ricava dal PNRR e, soprattutto, dal d.l. 31 maggio 2021, n. 77, che del primo disciplina l'attuazione. In più disposizioni⁶⁷⁶ viene infatti consentito l'uso di società partecipate o *in house* per gestire più efficacemente o celermente procedimenti che altrimenti rischierebbero di causare ritardi sulle *milestones* del Piano, ma effettivamente non sono state introdotte vere e proprie modifiche alla disciplina degli istituti, a cui anzi il decreto rimanda, ma tutt'al più sembrano adesso privati dell'ormai cronica presunzione di inefficienza, almeno nelle intenzioni⁶⁷⁷.

Questa precisazione è doverosa perché, nell'analisi del rapporto tra concorrenza e autoproduzione, non si può prescindere da altri due testi di fondamentale importanza, cioè il nuovo Codice dei contratti pubblici e il d.lgs. n. 201/2022. Essi sul tema sembrano non avere piena coerenza, poiché il primo sembra più aperto a un'equiparazione delle forme di gestione del secondo. Di quest'ultimo si è già analizzato l'art. 17 che, con la motivazione richiesta per l'affidamento *in house*, rimanda senz'altro all'impostazione restrittiva del Codice dei contratti pubblici del 2016⁶⁷⁸. Il Codice del 2023, invece, oltre a eliminare l'elenco dell'ANAC, nell'art. 7 enuncia il principio di autorganizzazione amministrativa e, con riguardo all'affidamento *in house*, elimina dalla motivazione l'elemento del mancato ricorso al mercato e vi inserisce possibili considerazioni sulla celerità il razionale impiego di risorse pubbliche. Si è già notato, tuttavia, come questa disposizione coesista con il principio di accesso al mercato⁶⁷⁹ che, per espressa

⁶⁷⁵ B. G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fascicolo 4|2023, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 1314; M. C. CAVALLARO, *Intervento pubblico*, cit., p. 348

⁶⁷⁶ Artt. 9, comma 2, 10, 12, comma 1

⁶⁷⁷ B. G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende*, cit., p. 1318-1319

⁶⁷⁸ In effetti il Codice del 2016 era quello in vigore al momento dell'emanazione del decreto legislativo sui servizi pubblici locali, anche se, come visto in precedenza, il rinvio che viene fatto alla disciplina dei contratti pubblici è considerato mobile. Si potrebbe spiegare così l'incongruenza tra i due testi legislativi, anche se non va dimenticato che sono stati emanati sotto lo stesso esecutivo in un arco di tempo piuttosto breve, cioè circa tre mesi.

⁶⁷⁹ Art. 3

disposizione del legislatore⁶⁸⁰, non è un principio equivalente con cui il primo può entrare in un bilanciamento, bensì un parametro in base al quale interpretare e applicare l'intero codice. Si può perciò concludere che il nuovo Codice non abbia certo rivoluzionato l'assetto del rapporto tra esternalizzazione e autoproduzione, ma abbia quanto meno fatto un passo verso l'effettiva disciplina europea.

Si può a questo punto fare una breve riflessione sul presunto nuovo ruolo dello Stato nell'intervento economico, se cioè esso sia veramente un nuovo corso e quale sia la sua portata. Il tema è chiaramente molto ampio e il presente lavoro non si presta a un dettagliato approfondimento su quest'oggetto, ma ciononostante si può ricavare almeno qualche spunto di riflessione da quanto detto sinora. Si può già anticiparne la conclusione, che distingue sicuramente gli effetti del NextGenerationEU e del conseguente PNRR dall'attività pubblica considerata dal Costituente.

Dagli artt. 41 e 43 Cost., infatti, emergono almeno tre caratteri marcatamente distintivi: uno spazio proprio dell'attività economica pubblica, intesa nel senso dell'art. 2082 c.c., al fianco di quella privata; dei chiari obiettivi di indirizzo politico⁶⁸¹ che tendono ad assicurare dei diritti fondamentali e sono espressi dalla locuzione «fini sociali e ambientali»; lo strumento dei programmi e dei controlli per indirizzare effettivamente l'economia verso gli scopi prefissati⁶⁸², oltre che la riserva di attività alle condizioni già esaminate. Astrattamente sembra che il panorama attuale prospetti un nuovo interventismo dello Stato coerente con quello che ha caratterizzato il secolo scorso fino agli anni '80, così che la Costituzione economica italiana, finora largamente inattuata, abbia la possibilità di vivere una seconda vita e di tornare utile per superare le attuali crisi in uno scenario di caduta dell'ideale della globalizzazione politica ed economica⁶⁸³. In realtà è una speranza vana, poiché il Piano in questione non solo non ha l'effetto di superare l'attuale predominio ideologico e pratico dei benefici del mercato per come

⁶⁸⁰ Art. 4

⁶⁸¹ Inteso nel senso che è una precisa volontà del legislatore costituzionale quella di improntare l'attività economica pubblica e privata verso questi fini e non altri.

⁶⁸² M. BENVENUTI, *Tendenze vecchie e nuove dell'intervento pubblico nell'economia, ovvero il Piano nazionale di ripresa e resilienza come parentesi*, in *Diritto costituzionale*, n. 3/2024, Franco Angeli, Milano, p. 45-46; G. BUCCI, *Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022, p. 41

⁶⁸³ F. MARONTA, *Deglobalizzazione*, Hoepli, Milano, 2024, spec. p. 15; P. GERBAUDO, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Nottetempo, Milano, 2022, p. 10-11, 238; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Laterza, Milano, 2021, p. 402

intesi dall'ideologia neoliberale, ma non ha nemmeno vagamente questa volontà, dato che essenzialmente l'intervento pubblico non è diretto, ma rappresenta quel «governo degli incentivi»⁶⁸⁴ che si sostanzia in una «programmazione “indicativa” e non vincolante per gli operatori economici, che, sia pure con i limiti e i condizionamenti [...] restano in linea di principio liberi di determinare come, dove, cosa e a quanto produrre»⁶⁸⁵. Lo strumento di intervento europeo prima, e italiano poi, delinea un programma in cui «manca [...] una strategia di politica industriale»⁶⁸⁶ e anche un qualunque programma sull'attività economica pubblica⁶⁸⁷, che, come visto, nel PNRR e nei suoi strumenti attuativi è tutt'al più tollerata entro certi limiti; per queste ragioni è estraneo da uno strumento di programmazione economica e di forte interventismo statale, e poco o nulla ha a che fare col Piano Marshall, a cui talvolta è stato paragonato⁶⁸⁸. Si aggiunge a questa disanima una conferma dall'analisi del nuovo Patto di stabilità e crescita, che, come il precedente, non permette ampie manovre finanziarie a debito né elargisce nuove erogazioni finanziarie a favore degli Stati membri⁶⁸⁹.

Ricavata quindi la direttrice della politica economica europea e nazionale si può chiudere il paragrafo con una ulteriore riflessione. Si è visto anche nei Capitoli precedenti come le libertà economiche, vere basi storiche e giuridiche dell'Unione europea, possano essere comunque derogate affinché siano attuati determinati interessi, come la coesione sociale e territoriale, purché le deroghe siano idonee, necessarie e proporzionate allo scopo. Ciò vale pienamente per gli interessi economici generali, che devono essere assicurati per disposizione dello stesso diritto primario che sancisce le libertà

⁶⁸⁴ Secondo la formula già adottata in D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Franco Angeli, Milano, 1971, p. 127. Si veda, per il contesto attuale G. MOCAVINI, *I fondamenti e i limiti delle misure pubbliche di ausilio alle imprese*, in *Il sostegno pubblico alle imprese, oggi*, a cura di F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, in *Irpa Working Paper*, n. 4/2021, Irpa, Roma, p. 3-6;

⁶⁸⁵ E. BRUTI LIBERATI, *Industria*, in *Funzioni amministrative*, a cura di B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, p. 661-662; A. BARBA, M. PIVETTI, Il “Piano di ripresa” tra interessi collettivi e interessi privati, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1|2021, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 19

⁶⁸⁶ C. BUZZAZZHI, *Attività economiche e ambiente nel prisma (o mantra?) della “sostenibilità”*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023, Associazione Italiana dei Costituzionalisti, p. 225

⁶⁸⁷ A. ALGOSTINO, *La resilienza nel segno del mercato come costante del processo di integrazione europea. Per una nuova fase è necessario un nuovo modello di sviluppo*, in *La nuova fase dell'integrazione europea. Stato e società alla prova del Next Generation EU*, a cura di M. BARONE, O.M. PALLOTTA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024, p. 321

⁶⁸⁸ P. POLIDORI, *Il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza: analogie con il passato e un approfondimento sul tema giustizia*, in *Studi urbinati*, n. 3-4 (2021), p. 9, Urbino University Press, Urbino

⁶⁸⁹ A. PEZZUTO, *La riforma del Patto di stabilità e crescita: luci e ombre*, in *Diritto bancario Tidona*, Tidona e associati, 10 novembre 2024; A. FRANCESCOANGELI, G. GIOIA, *Il nuovo patto di stabilità e crescita. Much ado about (almost) nothing?*, in *Diritti comparati*, Milano-Roma, 27 maggio 2024; <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/nuovo-patto-di-stabilita-ci-conviene->

fondamentali. Ciò dovrebbe creare un «riequilibrio tra i due poli fondamentali, riportando in primo piano il valore sociale delle prestazioni e la natura oggettivamente pubblica dei servizi economici di interesse generale»⁶⁹⁰. A livello pratico ciò dovrebbe implicare che il diritto europeo, e a cascata quello nazionale, non dovrebbe partire da posizioni ideologiche pregiudiziali, ma lasciare aperte più opzioni possibili per realizzare il fine ultimo che, da stessa formulazione dei Trattati e del Protocollo n. 26, non può che essere la riduzione delle disuguaglianze, anche se espressa con altre locuzioni quali «coesione sociale e territoriale» e «promozione dell'accesso universale e dei diritti». In conclusione un approccio troppo restrittivo a una modalità di erogazione dei servizi di interesse economico generale rischia di contrapporsi proprio a questo obiettivo e, quindi, di risultare illegittima per violazione del diritto europeo.

3. I temi sulla sussidiarietà

Trattando della disciplina odierna del servizio pubblico locale si è già entrati in contatto con il principio di sussidiarietà, di cui si è esaminata in più punti la dimensione orizzontale. Premesso che si avrà modo, nel presente paragrafo, di aggiungere ancora qualche riflessione in proposito, sembra utile anche fare qualche accenno alla sussidiarietà verticale.

Essa «favorisce l'articolazione democratica dello Stato e dei livelli di organizzazione del potere»⁶⁹¹ poiché coinvolge il livello della società più direttamente interessato dall'esercizio della funzione, tanto che, se non emerge la necessità di un'allocazione superiore per ragioni di adeguatezza, è il livello più basso che si deve occupare dell'esercizio dell'attività amministrativa⁶⁹². Il principio trova la sua previsione costituzionale nell'art. 118 comma 1, per cui «le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza». Si occupa perciò di legare anche la gestione dei servizi pubblici locali all'ente più vicino al cittadino perché vi sia una valutazione all'interno dello stesso

⁶⁹⁰ Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2022, sent. n. 7980

⁶⁹¹ T.E. FROSINI, *Sussidiarietà*, cit., p. 1139;

⁶⁹² Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. Olivetti, UTET, Torino, 2006, p. 2337

circuito democratico, ma deroga a questa esigenza quando vi siano soverchianti esigenze di una maggiore efficienza.

Il decreto di riforma dei servizi pubblici locali del 2022, in ottemperanza all'art. 118 della Costituzione, tiene senz'altro in considerazione lo stretto legame tra l'ente locale e la sua comunità⁶⁹³, consentendo in via generale al primo l'organizzazione dei servizi e, a certe condizioni, la loro stessa gestione, ma allo stesso tempo applica meccanismi di sussidiarietà verticali ascendente per realizzare gestioni integrate ed economie di scala che permettano la creazione di un mercato in cui gli operatori possano agire con metodo economico in concorrenza⁶⁹⁴; ciò dovrebbe permettere una gestione efficiente tramite cui soddisfare i bisogni della comunità e si concretizza, per esempio, nella creazione degli ambiti e dei bacini territoriali ottimali.

D'altronde negli ultimi decenni il «moto centripeto»⁶⁹⁵ della disciplina dei servizi pubblici locali promosso dal legislatore è stato ratificato anche dalla giurisprudenza costituzionale, che ha ricondotto la normativa, come già visto, alla tutela della concorrenza⁶⁹⁶, materia di competenza legislativa statale in esclusiva, ma anche ad altre materie rientranti sotto lo stesso art. 117, comma 2 Cost., come la tutela dell'ambiente⁶⁹⁷ o la previsione di funzioni fondamentali degli enti locali⁶⁹⁸, nonché anche sotto la materia concorrente di coordinamento della finanza pubblica⁶⁹⁹. Riguardo quest'ultima la Corte ha espressamente precisato che norme unitarie sull'intero territorio nazionale non sono in grado di «violare le prerogative degli enti locali», poiché le esigenze di

⁶⁹³ H. BONURA, *Affidamento a società mista*, cit., p. 269-270

⁶⁹⁴ S. SILEONI, *Principi generali*, cit. p. 7

⁶⁹⁵ P. MARZARO, *Servizi pubblici locali: leale collaborazione e complessità del "fenomeno sociale"*, in *Munus* 3/2017, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 643-645

⁶⁹⁶; Corte cost., 27 luglio 2004, sent. n. 272; Corte cost., 17 novembre 2010, sent. n. 325

⁶⁹⁷ Corte cost., 23 aprile 2010, sent. n. 142; Corte cost., 13 aprile 2011, sent. n. 128, Corte cost., 12 marzo 2015, sent. n. 32

⁶⁹⁸ Corte cost., 20 novembre 2009, sent. n. 307. Sulla riconduzione della materia anche a questa competenza, tuttavia, vi è un dibattito giurisprudenziale aperto. La stessa Consulta, infatti, partendo dalla nozione delle funzioni in questione come delle «componenti essenziali dell'intelaiatura dell'ente locale» (Corte cost., 2 luglio 2013, sent. n. 220), ha escluso che nelle stesse rientrasse la disciplina sulle forme di gestione dei servizi pubblici locali, poiché essa «non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria e indefettibile dell'ente locale (Corte cost., 27 luglio 2004, sent. n. 272). Tuttavia ci non vale per alcuni casi particolari, come è quello del servizio idrico, per cui la gestione integrata di rete e servizio rientra tra le funzioni fondamentali per «ragioni storico-normative» e «per l'evidente essenzialità di questo» (Corte cost., 20 novembre 2009, sent. n. 307)

⁶⁹⁹ Corte cost., 11 febbraio 2014, sent. n. 22; Corte cost., 7 luglio 2016, sent. n. 160

autodeterminazione di questi sono superate da quelle generali di contenimento della spesa pubblica e di efficientamento dell'organizzazione amministrativa⁷⁰⁰.

A prescindere quindi dalla sussunzione della materia dei servizi pubblici locali sotto una precisa competenza legislativa, è fuor di dubbio che il principio di sussidiarietà, oltre alla sua dimensione statica di «tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai Comuni, abbia anche una componente dinamica, che si preoccupa di allocare l'esercizio della funzione verso il livello più adeguato, che potrebbe essere più elevato di quello comunale qualora lo richiedano esigenze di «esercizio unitario», purché però sussistano allo stesso tempo anche procedure di intesa con gli enti inferiori in omaggio al principio di leale collaborazione⁷⁰¹. Tale principio può anche concretarsi in un'applicazione della sussidiarietà verticale ascendente per un periodo definito, strettamente proporzionale alle esigenze, nonché a non meglio specificate «compensazioni procedurali»⁷⁰², di cui una può senz'altro essere la richiamata intesa.

Una ricaduta concreta del principio di sussidiarietà verticale assai rilevante per la disciplina dei servizi pubblici locali è la disgiunzione, ammessa dalla Corte costituzionale, tra la titolarità politica e l'esercizio della correlata funzione amministrativa, poiché lo stesso giudice ammette che, se sono rispettati i principi di «proporzionalità e ragionevolezza», è possibile che i Comuni siano obbligati ad aderire a bacini o ambiti territoriali ottimali che, anche se hanno una propria autorità di governo, non sono altro che «una proiezione degli enti stessi»⁷⁰³.

Nonostante la proposizione di quella che è chiaramente una *factio iuris*, è piuttosto chiaro che l'andamento del legislatore, piuttosto costante negli ultimi trent'anni, è quello di preferire decisamente le forme organizzative che consentano il raggiungimento di economie di scala e, che, quindi, pesino di meno sulla finanza pubblica⁷⁰⁴, tramite una «de-municipalizzazione» che consente alla gestione del servizio di essere pienamente imprenditoriale nel metodo e, come già rilevato, auspicabilmente anche sul lato soggettivo. Anche la Consulta ha assecondato questa tendenza tornando sui suoi passi,

⁷⁰⁰ Corte cost., 24 marzo 2015, sent. n. 50

⁷⁰¹ Corte cost., 1 ottobre 2003, sent. n. 303. La necessità delle intese, tuttavia, è stata successivamente esclusa (Corte cost., 12 aprile 2005, sent. n. 151), pur non essendo mai venuto meno invece l'obbligo di leale collaborazione (Corte cost., 1 febbraio 2006, sent. n. 31; Corte cost., 6 febbraio 2007, sent. n. 24)

⁷⁰² Corte cost., 16 luglio 2019, sent. n. 179

⁷⁰³ Corte cost., 4 marzo 2019, sent. n. 33

⁷⁰⁴ T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall' "instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, in *Munus* 2/2012, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 432-433

poiché anche se aveva rilevato l'esistenza di un nucleo intangibile di funzioni dei Comuni in nome degli art. 5 e 128 Cost.⁷⁰⁵, nello stesso anno ha precisato che al legislatore statale non è comunque precluso di prevedere una «gestione a livello sovracomunale» delle stesse in nome dell'efficienza⁷⁰⁶. Si assiste, in conclusione a una piuttosto definitiva «scissione tra gli organi «politico-rappresentativi» detentori delle funzioni di garanzia di risultato delle prestazioni del servizio pubblico locale, e l'effettiva organizzazione «tecnico-burocratica» dello stesso che necessita, per funzionare al meglio, di muoversi all'interno di perimetri non ancorati a fisse partizioni territoriali»⁷⁰⁷.

C'è chi coglie del buono nella separazione tra la titolarità formale del servizio e l'organizzazione della sua gestione, perché così l'ente locale non sarà propenso a tutelare una società appartenente alla propria organizzazione o scelta comunque da esso a discapito del cittadino, mentre sarà comunque capace di controllarla⁷⁰⁸. Astrattamente non ha torto, ma è un'argomentazione valida per pochi grandi enti locali, cioè quelle maggiormente rappresentativi nel bacino territoriale considerato, che avranno sicuramente una maggiore influenza nell'andamento della gestione sull'autorità di governo; ciò, al contrario, è difficilmente prospettabile per i numerosi piccoli Comuni.

Non sembra che al momento ci sia un possibile cambio di prospettiva all'orizzonte su questo punto, né che esista un qualche tentennamento di legislatore e giurisprudenza, ma ciononostante si può notare come il ruolo degli enti locali non sia stato trascurato del tutto negli ultimi anni. La sentenza costituzionale che nel 2016 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della legge Madia nella sua delega per un Testo unico sui servizi pubblici locali⁷⁰⁹ ha infatti previsto che uno strumento adatto nel procedimento di legiferazione in questa materia sarebbe potuto essere quello della Conferenza Unificata; non ha perciò richiesto quello della Conferenza Stato-Regioni, in cui si confrontano solo questi due soggetti pubblici, ma ha considerato opportuno che anche gli enti locali partecipassero a un momento di co-legislazione, nonostante essi non abbiano per previsione costituzionale un potere legislativo⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ Corte cost., 8 aprile 1997, sent. n. 83

⁷⁰⁶ Corte cost., 30 luglio 1997, sent. n. 286

⁷⁰⁷ F. MONCERI, *Riflessi della nuova conformazione degli enti locali sul sistema dei servizi pubblici locali*, in *Munus* 1/2015, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 95

⁷⁰⁸ S. TORRICELLI, *Le diverse forme*, cit., p. 99-100

⁷⁰⁹ Corte cost., 25 novembre 2016, sent. n. 251

⁷¹⁰ S. BATTINI, *Riforme amministrative e Corte costituzionale*, in *Munus* 3/2016, Editoriale Scientifica, Napoli, p. IX

Dopo aver analizzato alcuni punti riguardanti la sussidiarietà verticale, è opportuno svolgere alcune riflessioni sulla sua dimensione orizzontale e sulla relazione del principio con i servizi pubblici locali.

Il principio di sussidiarietà orizzontale si lega all'art. 2 Cost. e alle formazioni sociali ivi previste, ma compie un passo ulteriore rispetto alle originali intenzioni del Costituente, poiché, se originariamente si intendeva concedere libertà agli individui di aderire a tali formazioni per fini personali⁷¹¹, dopo la riforma del Titolo V il combinato disposto degli artt. 2 e 118 determina una vera e propria idoneità delle formazioni di perseguire fini di interesse collettivo⁷¹².

A questo punto bisogna distinguere due dimensioni della sussidiarietà orizzontale e della sua promozione. Essa potrebbe trovare una sua applicazione in generiche misure di promozione di entità attive nel sociale che, autonomamente e in un contesto di diritto comune, causerebbero una diminuzione del bisogno sociale, cosicché non sorgerebbe la necessità di istituire un servizio pubblico locale⁷¹³, come stabilito nell'art. 10 d.lgs., n. 201/2022. Completamente diverso è invece il caso in cui un ETS venga incaricato dall'amministrazione di svolgere un servizio pubblico, per cui il primo sarebbe semplicemente un gestore (come potrebbe esserlo un'impresa) che è tenuto ad agire secondo i fini e la regolazione pubblica⁷¹⁴. Tale regolazione non è quella delle Autorità indipendenti, tendenzialmente di stampo tecnico e politico, bensì chiaramente orientata a indirizzare l'attività del gestore verso certi obiettivi determinati dal potere pubblico, cosicché si perde l'essenza stessa della sussidiarietà orizzontale, poiché non c'è più traccia dell'«autonomia delle formazioni sociali, intesa come attitudine a cogliere le specificità dei bisogni sociali e ad offrire servizi personalizzati, diversi dalle prestazioni standardizzate che sono rese dall'organizzazione burocratica»⁷¹⁵. La cosiddetta promozione della sussidiarietà orizzontale si rivela essere, quindi, nient'altro che la preferenza per la concorrenza (a cui viene assimilata), sulla base di una scelta di politica economica fatta passare per una conseguenza giuridicamente necessaria, e a cui si può

⁷¹¹ Nel senso proprio dello sviluppo pieno della personalità.

⁷¹² F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 1/2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 5

⁷¹³ E. CODINI, *La tutela dei diritti sociali al di là del servizio pubblico*, in *Amministrare*, Fascicolo 2/2018, Il Mulino, Bologna, p. 247-256

⁷¹⁴ G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 1/2022, Il Mulino, Bologna, p. 93

⁷¹⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica*, cit., p. 11-12

derogare solo nel caso di fallimento del mercato; va però specificato che il cosiddetto «fallimento» non è tale, perché semplicemente il mercato, nel suo funzionamento normale, non potrebbe soddisfare particolari bisogni antieconomici individuati discrezionalmente dall'amministrazione, né l'istituzione di un servizio pubblico è una deroga alla concorrenza, bensì un intervento giustificato da un interesse differente, basato sull'art. 3, comma 2 Cost.⁷¹⁶.

Non bisogna perciò confondere la reale promozione della sussidiarietà orizzontale, che preserva anche la libera condotta economica dei soggetti sottoposti all'onere, e non all'obbligo, di svolgere attività di interesse generale, con la scelta, assolutamente legittima, di un soggetto del Terzo settore come gestore di un servizio pubblico caratterizzato da doverosità⁷¹⁷.

4. L'ambiguità della concorrenza

La trattazione fin qui svolta ha evidenziato come alla base del servizio pubblico locale vi sia uno scontro tra due approcci al tema apparentemente inconciliabili, cioè la preferenza per la concorrenza nel mercato e per l'intervento pubblico. Se precedentemente, nel corso di questo Capitolo si è ripercorso diacronicamente l'atteggiamento del legislatore, dei giudici e della dottrina, adesso si tratta di concentrarsi sul presente, ricercando un punto di sintesi.

Per ricercare tale sintesi bisogna certamente aver presente il diritto positivo, ma anche leggere ciò che lo determina, poiché molteplici riforme sono state emanate formalmente per meglio distinguere fenomeni presenti nella realtà economica, ma sostanzialmente per perseguire e incrementare misure a favore della concorrenza⁷¹⁸. La sottesa linea di una politica economica ormai dominante ha portato, oltre a riforme normative, soprattutto dal 2001 in poi anche a interpretazioni conformi del diritto europeo e costituzionale, che quindi ambiscono a vincolare lo stesso legislatore nelle discipline future; ciò si è evidenziato in precedenza e in gran misura si riscontra nella lettura della

⁷¹⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica*, cit., p. 21-24

⁷¹⁷ D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del Terzo Settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2022, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 525-532

⁷¹⁸ Si pensa soprattutto alla differenziazione, ormai non più contestata, tra la disciplina dei servizi di rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza, categoria quest'ultima che, come visto in precedenza, si tenta di restringere il più possibile. Si veda in merito D. D'ORSOGNA, M. OCCHIENA, *I servizi pubblici*, cit., p. 323-324

Costituzione economica, e soprattutto dell'art. 41, che è per parte di dottrina e giurisprudenza ormai fa tendere l'attività economica verso la sola economia di mercato⁷¹⁹.

Per raggiungere questo traguardo si è ricercata la concorrenza, intesa però in due accezioni sostanzialmente diverse, se non per certi versi opposte. La prima è senz'altro quella di liberalizzazione dei mercati, che, in conformità con le libertà economiche europee, garantisce la libertà circolazione e di stabilimento ed è legata a una visione promozionale del confronto concorrenziale, proprio perché lo fa penetrare in potenziali mercati fino a quel momento monopolistici o comunque non pienamente aperti⁷²⁰. La seconda accezione, invece, è quella che si preoccupa di adottare «uniformi procedure di evidenza pubblica nella scelta del contraente, idonee a garantire, in particolare, il rispetto dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza»⁷²¹; tale inquadramento della concorrenza «per il mercato» di sicuro garantisce parità di trattamento in merito alla scelta del contraente dell'amministrazione, ma allo stesso tempo perpetua situazioni di privilegio per un singolo soggetto. Entrambe le accezioni rientrano sotto la norma dell'art. 117, comma 2, lett. e) Cost., il quale, secondo la stessa sentenza della Corte costituzionale da ultimo citata, prevale sempre su «ambiti materiali di pertinenza regionale», purché sia adeguata e proporzionata rispetto al fine da perseguire, ma ciò non implica che possa essere anche estremamente dettagliata.

È chiaro come un simile orientamento del giudice costituzionale, ribadito nel tempo, non abbia di certo dissuasato il legislatore dall'emanare discipline sempre più restrittive sull'*in house providing*, considerato un istituto contrario alla concorrenza⁷²². L'affidamento a società *in house*, perciò, ha presto acquisito carattere eccezionale «rispetto alla regola generale dell'affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica»⁷²³. La giurisprudenza interna ha sovente giustificato questa posizione come un adeguamento ai principi europei di «concorrenza, non discriminazione e trasparenza», violati dagli affidamenti *in house* sia perché verrebbe così precluso l'accesso a un potenziale mercato a soggetti privati, sia perché con l'affidamento diretto la società

⁷¹⁹ G. DELLA CANANEA, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus* 2/2013, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 200

⁷²⁰ Corte cost., 13 gennaio 2004, sent. n. 14; Corte cost., 1 febbraio 2006, sent. n. 29

⁷²¹ Corte cost., 23 novembre 2007, sent. n. 401

⁷²² Corte cost., 17 novembre 2010, sent. n. 325

⁷²³ Corte cost., 20 marzo 2013, sent. n. 46. Si noti come invece nessun dubbio di carattere concorrenziale sia stato sollevato rispetto a un affidamento di cui beneficia comunque un solo soggetto, ma privato.

beneficiaria riceve un «ingiusto privilegio», che potrebbe usare a proprio vantaggio nel mercato⁷²⁴. La Corte di Giustizia dell'Unione europea, a dire la verità, è stata piuttosto ambigua rispetto a questa posizione dell'ordinamento italiano, poiché, se da un lato non ha mai posto limiti all'autoproduzione, e anzi ha lasciato ampia discrezionalità all'amministrazione nell'organizzazione dei servizi di interesse economico generale, dall'altro non ha censurato discipline interne che chiaramente ponevano l'*in house providing* in una situazione secondaria a causa degli obblighi di motivazione rafforzata, poiché ha considerato fosse consentito al legislatore tutelare in questo modo un valore così rilevante per l'ordinamento europeo come la concorrenza⁷²⁵. Allo stesso tempo, come detto, la stessa sentenza ha riconosciuto «il principio della libera organizzazione della prestazione dei servizi, per il quale le autorità nazionali possono decidere liberamente quale sia il modo migliore per gestire la prestazione dei servizi», così che, nel rispetto delle norme del diritto UE soprattutto in tema di libertà economiche, sarebbe stato possibile assumere un servizio in autoproduzione⁷²⁶.

A questo punto, considerate anche le precedenti sentenze europee sul tema e la genesi stessa dell'*in house providing*, il dibattito si è spostato nell'ordinamento interno soprattutto nell'ultimo decennio, e ci si è domandati se questa modalità di affidamento dovesse considerarsi eccezionale o meno.

Alcune posizioni evidenziavano una subalternità dovuta all'atteggiamento del legislatore interno che, distanziandosi dall'interpretazione europea⁷²⁷, richiedeva una motivazione rafforzata⁷²⁸. Per questi interpreti lo sfavore per le società *in house* non è scomparso neanche con il d.lgs. n. 201/2022, poiché, nonostante la nuova impostazione del Codice dei contratti pubblici, questo continua a prevedere una motivazione bifasica che, oltre ai benefici per la collettività, deve giustificare anche il mancato ricorso al mercato, che quindi si prospetta come preferibile⁷²⁹.

⁷²⁴ Cons. Stato, Ad. Pl., 3 marzo 2008, sent. n. 1

⁷²⁵ C.G.U.E., 6 febbraio 2020, C-89/19 C-90/19 C-91/19. La Corte di Giustizia non si è posta però il problema di come una scelta del genere possa limitare le scelte dell'amministrazione e, quindi, potenzialmente tutelare in maniera minore altri valori europei egualmente enunciati nei Trattati.

⁷²⁶ Recepisce lo stesso principio Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, sent. n. 8028

⁷²⁷ Ciò tuttavia non generava per la Corte di Giustizia un contrasto.

⁷²⁸ Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, sent. n. 6459

⁷²⁹ Corte conti, sez. reg. controllo Lazio, 30 marzo 2023, sent. n. 59/2023/PASP

Un altro orientamento, invece, soprattutto dopo il referendum del 2011, ha ritenuto estinta nel nostro ordinamento l'eccezionalità della gestione *in house*⁷³⁰ e ha anche interpretato la motivazione richiesta per questa modalità come un *unicum* meno restrittivo di quanto appaia, poiché dell'autoproduzione considera semplicemente «gli elementi “positivi” (inclinanti la valutazione dell'Amministrazione verso l'opzione gestionale di tipo inter-organico) e quelli “negativi” (sub specie di indisponibilità di quei “benefici” attraverso il ricorso al mercato)», come è normale per la motivazione di un qualsiasi procedimento amministrativo⁷³¹.

A dire il vero c'è stato anche chi ha argomentato in maniera ancora più fine, partendo non dalla contingenza normativa, soprattutto interna, ma dall'origine e dal senso dell'istituto. Questo percorso ha portato a ritenere che, secondo il diritto europeo, l'istituto non ha nulla di eccezionale, ma è anzi una scelta liberamente perseguibile dall'amministrazione⁷³². Essa, infatti, deve compiere una prima scelta, non condizionata, in cui deve «optare tra il regime di autoproduzione e quello di esternalizzazione», avendo presente che, per l'Unione europea, nessuno dei due è preferibile rispetto all'altro; solo in seguito, se avrà optato per la seconda possibilità, entrerà in gioco il dovere, questa volta certamente imposto dall'ordinamento comunitario, di assicurare la «massima concorrenzialità fra gli operatori di mercato», e cioè di perseguire prima di tutto la concorrenza nel mercato e, se essa non è realizzabile, quella per il mercato⁷³³. Anche parte della dottrina concorda con queste decisioni, condividendo l'idea che l'*in house providing* non possa entrare in una relazione «regola-eccezione» perché non può confrontarsi con la concorrenza, essendone completamente estraneo e, anzi, esistendo proprio in situazioni in cui una concorrenza non può sussistere a causa della mancanza dello stesso mercato e della sua logica⁷³⁴. Anche quando la Corte di Giustizia parla di «eccezione»⁷³⁵, lo fa in un modo diverso da come l'ha inteso il legislatore e la giurisprudenza nazionale, poiché non la intende come una deroga ai principi dei contratti pubblici giustificata dall'art. 106 TFUE, ma come uno stesso sviluppo della regola generale, poiché si tratta di una

⁷³⁰ Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, sent. n. 1034

⁷³¹ Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021, sent. n. 2102

⁷³² C. CONTESSA, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019

⁷³³ Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, ord. n. 296

⁷³⁴ C.S. LUCARELLI F. TRIMARCHI BANFI, *Riflessioni sul principio di concorrenza*, cit., p. 368-369; C. Marzuoli, *Gli enti territoriali*, cit., p. 153

⁷³⁵ C.G.C.E., 6 aprile 2006, C-410/04

situazione eccezionale a quella ordinariamente considerata dalle direttive e dal diritto primario, nella quale vi è formalmente un rapporto contrattuale che però non si sostanzia come in ottica sostanziale⁷³⁶. Il senso è perciò quello di delimitare chiaramente i confini dell'istituto, e il diritto italiano dovrebbe approcciarsi a questo in maniera neutrale, avendo sicuramente presente i «rischi di distorsione associabili alle caratteristiche strutturali e motivazionali dell'amministrazione», che non si comporta per sua natura come un qualunque soggetto privato, ma considerando allo stesso tempo che, qualora non sussista per niente una competizione, come nel caso dell'autoproduzione, non possono trovare giurisdizione le considerazioni di non discriminazione degli operatori economici, e al più va svolta una valutazione della gestione in sé⁷³⁷.

L'equivoco appena riscontrato, in cui il legislatore italiano, e talvolta anche i giudici, sono più volte caduti più o meno inconsapevolmente, confonde due piani diversi. La giurisprudenza comunitaria, infatti, ha previsto un'interpretazione restrittiva dei requisiti dell'*in house providing* perché a esso corrisponde una totale mancanza di applicazione delle direttive in materia di appalti pubblici, così che dev'essere un tema a cuore dell'amministrazione quello di non sottrarre indebitamente un rapporto a tale disciplina se non vi è la giustificata ragione che una vera e propria relazione intersoggettiva non sussiste per mancanza di alterità sostanziale; una prassi meno severa potrebbe causare nella pratica fenomeni di elusione del diritto dei contratti⁷³⁸. Non vi è dunque alcuna interferenza con il principio di concorrenza, riscontrata invece in maniera originale nell'ordinamento italiano. La concorrenza tutelata dal diritto europeo in merito ai servizi pubblici locali, nonostante l'omonimia con quella anche definita "disciplina *antitrust*" tragga in inganno, si fonda «sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi», da cui oggi la Direttiva 2014/24/UE trae «i principi della parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza»⁷³⁹. Su queste basi riveste sicuramente

⁷³⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 5|2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 735

⁷³⁷ M. CAFAGNO, *Vincoli europei e modelli di gestione*, cit., p. 576-581

⁷³⁸ M.A. SANDULLI, F.A. BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma

⁷³⁹ M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, n. 3/2016, SVIMEZ, Roma, p. 737-752

un ruolo importante, ma, come rilevato da parte della dottrina «non l'unico e neanche quello in posizione di supremazia rispetto agli altri»⁷⁴⁰. Non è quindi possibile per il legislatore interno respingere ogni rilievo mossogli confidando su un adeguamento al diritto europeo trasporto nell'ordinamento italiano, bensì chi si appropria alla materia lo deve fare con la consapevolezza che una rilevante discrezionalità legislativa è stata esercitata quando si sono poste le società *in house* in secondo piano rispetto alle forme di esternalizzazione della gestione, con buona probabilità a causa di una «presunzione di inefficienza», accompagnata da un «rischio di corruzione», ma con il risultato di un notevole aggravio del procedimento che in certi casi può portare risultati pratici opposti a quelli sperati⁷⁴¹.

Oltre a riconoscere la vera genesi delle discipline restrittive nei confronti dell'affidamento a società *in house*, sarebbe opportuno anche adottare un approccio più neutro e scevro da condizionamenti ideologici verso questo istituto. Esso, infatti, essendo uno degli strumenti a disposizione della pubblica amministrazione per espletare le sue funzioni è di per sé neutro, e la sua valutazione dovrebbe dipendere dal suo concreto utilizzo. Andrebbe infatti censurato quando si presta a essere strumento di elusione della disciplina dei contratti pubblici, o quando genera inefficienze, ma al contrario può senz'altro essere alla base di una gestione efficiente, soprattutto perché, al contrario delle forme di gestione esternalizzata del servizio, consente all'ente locale di avere un maggiore controllo sull'andamento della sua erogazione e di sopportare costi minori, il che è fondamentale per molti enti in continua emergenza finanziaria⁷⁴².

Un approccio legislativo e giurisprudenziale che realmente voglia perseguire l'efficacia e l'efficienza della gestione dovrebbe accogliere quindi con favore la possibilità di avere un ulteriore strumento a disposizione, non dovrebbe porre per l'utilizzo di esso vincoli non necessari o comunque ulteriori rispetto a quelli suoi propri, già previsti dal diritto europeo, e valutarlo secondo i consueti canoni di economicità, efficacia ed efficienza utilizzati ordinariamente per le altre forme di gestione⁷⁴³. In un approccio di questo tipo a definire la soluzione migliore tra le forme di gestione non può

⁷⁴⁰ M.P. CHITI, *Principi*, in *Trattato sui contratti pubblici, Fonti e Principi, Ambito, Programmazione e Progettazione*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019, p. 312-313

⁷⁴¹ A. LALLI, *In house*, cit., p. 260-261, 265

⁷⁴² G. PIPERATA, *Le nuove coordinate amministrative per l'amministrazione locale "satellite" in forma privatistica*, in *Munus* 3/2019, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 978

⁷⁴³ G. PIPERATA, *Le nuove coordinate*, cit., p. 980

che essere la situazione concreta, con riguardo sia alle possibilità finanziarie dell'ente locale, in base a cui calibrare il soggetto sul quale è preferibile che gravi il rischio economico⁷⁴⁴, sia alla potenziale concorrenzialità del mercato⁷⁴⁵, con l'obiettivo di favorire non essa in quanto tale, ma gli eventuali migliori benefici che essa può offrire agli utenti.

Infine, in chiusura di paragrafo, è utile riflettere sul fatto che un approccio troppo restrittivo nei confronti dell'autoproduzione, anche se astrattamente è giustificabile per la tutela di un determinato valore, potrebbe tuttavia allo stesso tempo sbilanciarsi fino a lederne altri; così infatti, oltre alle potenziali violazioni dello stesso diritto europeo che si sono evidenziate in precedenza, si potrebbe prospettare anche una incompatibilità con l'art. 41 Cost., che non solo autorizza ma addirittura sembra rendere doveroso l'intervento pubblico nell'economia, senza che ciò contrasti *in toto* con la disciplina comunitaria⁷⁴⁶.

5. Servizio universale: il futuro del servizio pubblico?

Alla fine del presente lavoro è interessante analizzare quella che potrebbe essere la prospettiva dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, e allo stesso tempo la fine della forma in cui sono conosciuti oggi.

Un istituto che si può rivelare interessante da analizzare, poiché potrebbe attenersi a un futuro sviluppo dell'impostazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è il servizio universale. Esso è stato per la prima volta introdotto nell'ordinamento europeo tramite atti non vincolanti, anche se autorevoli, della Commissione europea, seppure non come tema centrale delle sue comunicazioni. Essa non ha assunto negli anni, nei confronti della disciplina dei servizi di interesse economico generale, una posizione ferma, poiché ha allo stesso tempo valorizzato sia la sussidiarietà verticale, e quindi l'autonomia degli Stati membri nell'organizzazione, sia il primato delle esigenze comunitarie di apertura dei mercati e delle conseguenti regole di promozione concorrenziale⁷⁴⁷.

⁷⁴⁴ F. CINTIOLI, *Concorrenza*, cit., p. 224

⁷⁴⁵ F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 2/2020, Il Mulino, Bologna, p. 601

⁷⁴⁶ M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2009, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 253-265

⁷⁴⁷ Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, 26 settembre 1996, C-281(COM); Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, COM (2000) 580 def.; *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003)

Il servizio universale nasce come conseguenza di quest'ultimo obiettivo, cioè in occasione della liberalizzazione del mercato, che è tuttavia ambigua allo stesso modo nel campo dei servizi pubblici locali, poiché l'Unione non ha ancora chiaramente preso una posizione, o almeno una direzione, in merito all'eventuale apertura generale dei mercati, ontologicamente opposta alla concessione di diritti esclusivi e speciali⁷⁴⁸.

Non è un caso che l'Unione europea abbia introdotto il concetto di servizio universale ispirandosi a un ordinamento tradizionalmente assai più restio all'interventismo statale, cioè quello statunitense, in cui le autorità preposte alla gestione delle erogazioni di pubblica utilità⁷⁴⁹ hanno il potere di controllarne il corretto svolgimento e di imporre obblighi dietro compensazione affinché tutta l'utenza sia raggiunta da esse⁷⁵⁰. Con il *Communications Act*, emanato nel 1934, si perseguiva infatti lo scopo «*to make available, so far as possible, to all the people of the United States, without discrimination on the basis of race, color, religion, national origin, or sex, a rapid, efficient, Nation-wide, and world-wide wire and radio communication service with adequate facilities at reasonable charges, for the purpose of the national defense, for the purpose of promoting safety of life and property through the use of wire and radio communication, and for the purpose of securing a more effective execution of this policy by centralizing authority*»⁷⁵¹. A garanzia del sistema, periodicamente aggiornato in base alle nuove tecnologie, è stata istituita proprio un'autorità centrale, la Federal Communication Commission, alla quale sono stati attribuiti poteri di vigilanza e di regolazione delle imprese del settore⁷⁵².

270 def.; *Libro bianco sui servizi di interesse generale*, 12 maggio 2004, COM(2004) 374 def.; *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 20 novembre 2007, COM(2007) 725 def.

⁷⁴⁸ Il problema era evidenziato già da M. LUCIANI, *Liberalizzazioni. Il quadro costituzionale nella prospettiva della giurisprudenza*, in *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, a cura di E. STICCHI DAMIANI, Giappichelli, Torino, 2007, p. 19

⁷⁴⁹ Sarebbe quanto meno non del tutto corretto definirle "servizi pubblici" per i caratteri prettamente privatistici che assumono in ogni loro aspetto, poiché infatti più che di assunzione di un servizio avrebbe più senso parlare di una limitazione e regolazione di un mercato, come visto nel Capitolo I.

⁷⁵⁰ A. STONE, *Public Service Liberalism: Telecommunications and Transitions in Public Policy*, Princeton University Press, 1991, p. 165-204

⁷⁵¹ 47 U.S. Code § 151 - Purposes of chapter; Federal Communications Commission created. Per la consultazione <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/151>

⁷⁵² <https://bja.ojp.gov/program/it/privacy-civil-liberties/authorities/statutes/1288#:~:text=Background,oversee%20and%20regulate%20these%20industries.>

Un'impostazione di questo tipo al tema non ha trovato resistenze particolari nell'ordinamento europeo, poiché infatti i trattati che lo fondano non parlano mai di servizio pubblico, bensì di servizio di interesse economico generale, a cui il primo è stato ormai pressoché assimilato nell'ordinamento italiano, come si è visto *supra*, ma il cui punto di partenza è differente. Il servizio di interesse economico generale, infatti, trova il suo sviluppo in un sistema giuridico in cui l'attribuzione di diritti esclusivi e speciali non è il regime ordinario, né tanto meno lo è la completa riserva di attività, poiché sono possibilità che non sono vietate in assoluto, ma devono essere giustificate alla luce dell'art. 106 TFUE, che certamente le colloca in una posizione subordinata, diversa perciò dalla tradizione dell'Europa continentale di intervento pubblico⁷⁵³. Non servono a fornire un approccio diverso l'art. 14 TFUE e il Protocollo n. 26, che hanno senz'altro una certa considerazione degli obiettivi di solidarietà e di coesione sociale e territoriale, ma ritengono gli stessi perseguibili in una situazione di libero mercato, tant'è che si è ritenuto che l'emanazione del Protocollo citato servisse «più per tacitare coloro che volevano cambiare l'art. 90, dando loro il contentino di una (apparente) nuova disciplina, che per innovare effettivamente l'assetto preesistente»⁷⁵⁴.

In questo contesto, che è orientato verso l'economia liberale in modo strutturale, la norma che funge da base giuridica per il servizio universale è l'art. 106 TFUE, e in particolare il suo secondo comma, nonostante questo non enunci espressamente un'esigenza di universalità del servizio, né chiarisca i rapporti tra economia di mercato e interventismo statale⁷⁵⁵; la prima viene identificata come una componente della «specifica missione» affidata ai servizi di interesse economico generale, i secondi sembrano dipendere soprattutto dall'applicazione concreta della norma, che astrattamente, e interpretata di per sé, sembra piuttosto versatile. Il giudice europeo ha contribuito a orientare l'applicazione di questa norma, specificando che essa è il risultato di un bilanciamento tra l'«interesse degli Stati membri ad utilizzare determinate imprese, segnatamente del settore pubblico, come strumento di politica economica e sociale, con

⁷⁵³ G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, n. 1/1999, CERSAP, Roma, p. 9

⁷⁵⁴ G. CORSO, *I servizi pubblici*, cit., p. 19

⁷⁵⁵ Sulla precedente formulazione dell'articolo, ma con riflessioni valide ancora oggi R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al paragrafo 2 dell'articolo 90 del Trattato istitutivo del Mercato Comune Europeo*, in *Rivista di diritto industriale*, Fascicolo 1|1963, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 81

l'interesse della Comunità all'osservanza delle regole di concorrenza e al mantenimento dell'unità del mercato comune»⁷⁵⁶. La stessa Corte di Giustizia ha giustificato l'istituzione dei servizi di interesse economico generale che siano propedeutici, tramite appositi obblighi, alla soddisfazione di un bisogno della collettività di riferimento⁷⁵⁷, per perseguire la quale possono anche venir meno all'applicazione delle regole di concorrenza, purché la deroga sia proporzionale ai fini⁷⁵⁸.

Vi è, con riguardo alla giurisprudenza del giudice europeo sui servizi di interesse economico generale, una precisazione da fare. Questo ha puntualizzato che, anche se l'autorità statale competente non subisce formali restrizioni della sua discrezionalità nell'istituzione del servizio, la stessa è comunque sottoposta a un controllo della Commissione e della Corte di Giustizia, le quali sono autorizzate a intervenire in caso di manifesto errore⁷⁵⁹. Non è stato approfonditamente precisata la portata di tale errore, ma certamente si riferisce all'individuazione di un bisogno non soddisfatto dal mercato, la cui soddisfazione esige perciò un intervento statale. Così argomentando, tuttavia, nonostante il giudice limiti il suo ruolo a un'ipotesi estrema, non può che influenzare la nozione di servizio di interesse economico generale, che viene incidentalmente fornita di un carattere di oggettività che non solo contribuisce alla già ricordata posizione ambigua dell'Unione europea sulla disciplina della materia, ma è incoerente con la discrezionalità che lo stesso sistema giudiziario europeo ha riconosciuto agli Stati membri per l'istituzione del servizio⁷⁶⁰. Sarebbe infatti difficile immaginare un controllo e rilevare un errore manifesto se è nel potere dell'ente competente a istituire il servizio valutare la sufficienza di una prestazione, poiché essa si basa su un programma politico di governo del territorio, in particolare nei contesti in cui non vi siano livelli quantitativi e qualitativi minimi di erogazione stabiliti normativamente, i quali difficilmente possono derivare da una valutazione puramente tecnica. Essa, al più, potrebbe avere un'incidenza maggiore nella sola valutazione della proporzionalità delle restrizioni del mercato. Stando a quanto deciso dalla sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 2008, nei fatti la

⁷⁵⁶ C.G.C.E., 21 settembre 1999, causa C-67/96

⁷⁵⁷ C.G.C.E., 27 marzo 1974, C-127/73; C.G.C.E., 10 dicembre 1991, C-179/90; C.G.C.E., 25 ottobre 2001, C-475/99

⁷⁵⁸ C.G.C.E., 19 maggio 1993, C-320/91; C.G.C.E., 27 aprile 1994, C-393/92

⁷⁵⁹ Trib. C.E., 12 febbraio 2008, T-289/03

⁷⁶⁰ D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 2/1999, Il Mulino, Bologna, p. 391

discrezionalità della Commissione europea o, peggio, del giudice, si sovrapporrebbe a quella politica dell'ente istituzionalmente preposto all'amministrazione del territorio.

Tornando al servizio universale, è la stessa Commissione europea che, tra gli obblighi tipici degli affidatari dei servizi di interesse economico generale individua quello di «prestare un determinato servizio su tutto il territorio nazionale a prezzi accessibili e a condizioni qualitative simili, indipendentemente dalla redditività delle singole operazioni»⁷⁶¹.

Così espresso, in realtà non sembrerebbe così diverso concettualmente da un generico obbligo di servizio pubblico, e infatti buona parte della dottrina ha sostenuto che le due categorie possano essere sovrapponibili⁷⁶², o comunque, di poco differenti e adatte a condividere la medesima disciplina normativa⁷⁶³, cosicché c'è chi l'ha anche definito un «nucleo più ristretto di prestazioni minime [...] che devono essere erogate anche se producono perdite», quindi un sostanziale sottoinsieme degli obblighi di servizio⁷⁶⁴.

La vera differenza è il contesto di operatività dell'istituto. Il servizio universale, infatti, è una conseguenza del fenomeno di liberalizzazione dei mercati, e quindi segue questo fenomeno che, come si sa, può essere armonizzato dal diritto europeo, come è accaduto nel settore delle telecomunicazioni⁷⁶⁵, oppure può essere una conseguenza dell'applicazione senza deroghe delle libertà economiche europee. Ciò comporta anche una semplificazione del contesto normativo, perché si snellisce la sfera amministrativa, che viene sostituita dai rapporti di mercato di diritto comune con gli utenti, non essendovi più una vera e propria assunzione di un servizio pubblico come inteso finora, ma semplicemente una regolazione che impone uno standard minimo di erogazione di prestazioni in senso qualitativo e geografico.⁷⁶⁶ Data questa concomitanza tra mercati liberalizzati e servizio universale, si potrebbe definire quest'ultimo come una sorta di correttivo regolatorio reso necessario a causa della mancanza di un servizio pubblico o, comunque, di un servizio pubblico incisivo sul mercato, che avrebbe svolto un ruolo

⁷⁶¹ *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, cit.

⁷⁶² G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 56

⁷⁶³ L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 170

⁷⁶⁴ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 367

⁷⁶⁵ Liberalizzato dalle Direttive 90/287/CE e 90/388/CE. Si veda anche M. OROFINO, *La politica europea delle telecomunicazioni (comunicazioni elettroniche): la nuova sfida della net-neutrality*, Eurojus, 2017, p. 1-4

⁷⁶⁶ D. SORACE, *Servizi pubblici*, cit., p. 615

redistributivo indirizzando risorse per coprire utenze il cui raggiungimento sarebbe stato antieconomico, magari tramite un finanziamento incrociato tra prestazioni più e remunerative.

Per il servizio universale, invece, il finanziamento può derivare da diverse fonti, che potrebbero essere le risorse finanziarie dell'ente, la partecipazione economica di tutti gli imprenditori operanti in quel mercato o ancora, anche se per quanto detto ciò configurerebbe un mercato non pienamente liberalizzato, settori di esclusiva⁷⁶⁷. Nella scelta gli Stati membri hanno una discrezionalità piuttosto ampia nel legiferare, purché ovviamente siano rispettate le norme europee in materia; non è possibile assumere limiti univoci proprio per la mancanza di un'unica normativa armonizzata sui servizi di interesse economico generale, motivo per cui il servizio universale è un concetto dai confini non chiari e gli Stati membri, nel definire le forme di finanziamento, devono basarsi sulla disciplina di riferimento di quella determinata materia, che può differire da quella di un altro settore pur liberalizzato⁷⁶⁸. Ciò che è sicuro, e che era già stato sottolineato trattando le compensazioni, è che il finanziamento del servizio universale deve corrispondere a un'antieconomicità certa, e cioè a una perdita da verificare tramite un giudizio controfattuale che consideri la totalità della gestione imprenditoriale, e quindi anche i «vantaggi immateriali», al fine di non contravvenire al diritto dei contratti pubblici fornendo un vantaggio al gestore⁷⁶⁹.

È ancora da analizzare un'ultima caratteristica molto rilevante del servizio universale. Come ormai si sarà capito, l'ordinamento europeo non pone di per sé la concorrenza come un valore assoluto da perseguire, né tantomeno prepone la sua realizzazione al perseguimento della solidarietà, declinata tra le varie applicazioni anche nella coesione sociale e territoriale; il diritto dell'Unione, al contrario persegue questi obiettivi affinché siano realizzati nella loro dimensione più piena, e per farlo si serve di quello che, secondo il legislatore dei trattati e l'ambiente politico e giudiziario eurounitario in genere, è lo strumento più adatto, cioè il mercato libero, il quale consente la migliore allocazione delle risorse con conseguente beneficio per gli utenti⁷⁷⁰. Il centro

⁷⁶⁷ *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, cit.

⁷⁶⁸ Trib. C.E., 12 febbraio 2008, T-289/03

⁷⁶⁹ C.G.C.E., 6 dicembre 2001, C-146/00

⁷⁷⁰ M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fascicolo 1|2003, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 118-119

del fenomeno giuridico si sposta perciò dall'attività dello Stato al soddisfacimento degli utenti, per i quali saranno adottate tecniche di regolazione pubbliche, come appunto il servizio universale, solo in caso di insufficienza dell'azione del mercato, ma nella sua azione lo Stato, e in generale il potere pubblico, non giocherà più un ruolo di attore primario, ma di arbitro del sistema⁷⁷¹.

A questo punto è agevole separare, all'interno del potere pubblico, diversi soggetti. Se infatti non è più necessaria la discrezionalità per l'istituzione e l'organizzazione di un servizio pubblico, ma l'intervento dell'amministrazione si deve ridurre alla risoluzione dei fallimenti del mercato⁷⁷², diviene agevole operare una separazione soggettiva tra l'ente legittimato democraticamente dal voto popolare e investito del governo e quello che invece, sulla scorta di valutazioni tecniche, assumerà la reale disciplina di una materia così delicata decidendo sugli standard delle prestazioni e sui meccanismi integrativi del mercato⁷⁷³. L'obiettivo della separazione è quello di superare l'aggregazione che il servizio pubblico fa di prestazioni e utenti⁷⁷⁴ per favorire invece la separazione delle «prestazioni destinate alle leggi del mercato da quelle affidati agli interventi della regolazione e definite di interesse generale»⁷⁷⁵. In parole semplici ciò significa che l'autorità di regolazione stabilirà uno standard di prestazioni garantite e lascerà quelle di tipo diverso o semplicemente di ammontare quantitativo e qualitativo superiore al libero mercato; alle prime, è bene sottolinearlo, non avrà accesso la generalità degli utenti, come nel servizio pubblico, ma solo quelle categorie oggettivamente individuate e ritenute socialmente bisognose di tale forma di *welfare*.

Le forme specifiche del servizio universale, come già fatto notare, non sono uguali per tutte le discipline, ma piuttosto chiara è la struttura ideologica alla base. Nella sua applicazione pratica può sicuramente portare dei vantaggi, come un maggior risparmio

⁷⁷¹ A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 21

⁷⁷² Si è tuttavia osservato *supra* come questa espressione sia impropria, poiché è lo stesso funzionamento fisiologico del mercato che non permette che a certe fasce di utenza siano erogati i servizi perché vi corrisponderebbe un costo non coperto dai relativi ricavi. Qualificare tali situazioni come “fallimenti” implica un'ineliminabile valutazione discrezionale su quali domande della popolazione siano bisogni che il potere pubblico ha il dovere di soddisfare.

⁷⁷³ G.F. CARTEI, *Servizio universale*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2010, p. 1078

⁷⁷⁴ Esso infatti regola tutte le prestazioni dello stesso tipo tramite il contratto di servizio con il gestore che, perciò, non differenzia, e nemmeno potrebbe, tra loro gli utenti. Ciò non accade solo per i servizi attratti in una riserva, poiché in tali casi l'attività ulteriore, almeno in quelle forme, è preclusa per gli altri operatori, ma riguarda ogni tipo di servizio pubblico tradizionalmente inteso. Per un esempio pratico si può pensare al contratto di trasporto nel relativo servizio pubblico, uguale in tutto e per tutto tra gli utenti.

⁷⁷⁵ G.F. CARTEI, *Servizio universale*, cit., p. 1078

delle risorse pubbliche, che potranno essere maggiormente concentrate sulle fasce deboli della popolazione⁷⁷⁶. Non si possono, tuttavia, ignorare i gravi inconvenienti che un abbassamento della presenza pubblica nel privato potrebbe comportare, come la piena dipendenza della soddisfazione dei bisogni collettivi dal comportamento di soggetti economici la cui attività è finalizzata al lucro, o ancora la perdita di legittimazione democratica dei decisori sostanziali delle politiche di sostegno pubblico superstiti.

⁷⁷⁶ A. CAUDURO, P. LIBERATI, *Brevi note sul servizio universale*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1|2019, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 156-161

Conclusioni

A conclusione del presente lavoro, si può leggere la presente disciplina in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica come parte di un percorso di lunga data che ha preso la presente direzione a partire dal 2001⁷⁷⁷ e che, nonostante alcuni arresti e parziali ripensamenti, non ha da allora mai subito drastici sconvolgimenti.

È stato possibile, proprio a causa di questo motivo, tracciare in più punti dei parallelismi con lo schema di Testo unico del 2015, da cui in fin dei conti si è distaccato solo marginalmente, e sicuramente non nella *ratio*⁷⁷⁸; così ha di fatto attuato una delega legislativa conferita più di dieci anni fa, quando il sentire comune dell'ambiente giuridico ed economico era piuttosto diverso da quello attuale, e vi era ancora una convinzione piuttosto ampia della necessità della privatizzazione per la garanzia della concorrenza⁷⁷⁹.

Il parziale cambio di prospettiva che si è avuto dal 2014 ad oggi non è passato inosservato, ed emerge soprattutto nel confronto con il diritto europeo, che si è visto essere un imprescindibile punto di riferimento. Quest'ultimo non si pone di certo in contrasto con l'intera normativa, ma anzi essa è assolutamente coerente con la linea europea delle restrizioni al mercato, autorizzate soltanto seguendo gli stretti requisiti di proporzionalità derivati dall'art. 106 TFUE⁷⁸⁰. Non si riscontra invece la stessa armonia tra discipline quando invece si considera l'autoproduzione. Nei confronti di questa si è infatti sottolineata l'indifferenza del diritto europeo, a cui interessa la dinamica di mercato e non la natura dei soggetti che vi agiscono, mentre il legislatore interno ha negli anni passati interpretato la promozione della concorrenza in chiave originale e sicuramente distante rispetto a quella della giurisprudenza della Corte di Giustizia⁷⁸¹. Il nuovo Codice

⁷⁷⁷ Con la l. n. 448/2001, che ha innestato per prima la disciplina europea nella specifica materia dei servizi pubblici locali. Si veda sul tema G. CAIA, *I servizi pubblici locali tra autonomia territoriale e regole di mercato*, in *Le nuove norme in materia di servizi pubblici locali (art. 35 Legge 28.12.2001, n. 448)*, Convegno organizzato da Comune di Perugia, ANCI Umbria, Confservizi Umbria, 9 marzo 2002

⁷⁷⁸ A. CONTE, A. TURI, *Servizi pubblici: le novità previste dal Decreto legislativo n. 201/2022*, in *Altalex*, Wolters Kluwer, Milano, 26 agosto 2024; P. CHIRULLI, *Il d.lgs. n. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali: un inquadramento*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, Fascicolo 2-2023, Giappichelli, Torino, p. 295-307

⁷⁷⁹ B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende*, cit., p. 1296-1305

⁷⁸⁰ Per un esame approfondito della giurisprudenza europea su tale norma G. LO SCHIAVO, *Dalla giurisprudenza Altmark all'adozione del pacchetto "Almunia". Chiarimenti sulla portata delle compensazioni concesse per la prestazione dei servizi di interesse economico generale?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 6/2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 1252-1265

⁷⁸¹ M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica*, cit., p. 11-16

dei contratti pubblici sembra aver invertito la rotta, seppur in maniera moderata⁷⁸², ma il d.lgs. n. 201/2022 sul tema dipende ancora dal filone legislativo restrittivo, causando un'incongruenza sistemica. La disposizione dell'art. 17 del decreto di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica potrebbe essere interpretato da dottrina e giurisprudenza in modo più coerente con il nuovo approccio legislativo, ma si rischierebbe di generare una forzatura del testo; la soluzione migliore sarebbe un intervento correttivo del legislatore sui contenuti della motivazione degli affidamenti a società *in house*, anche per evitare che interventi troppo restrittivi delle opzioni di gestione, seppur autorizzati dal giudice europeo⁷⁸³, rischino di causare una violazione proprio di alcuni principi dei Trattati che i servizi di interesse economico generale sono preposti a soddisfare.

Un'altra tendenza a cui il legislatore si è uniformato con il d.lgs. n. 201/2022 è quella del perseguimento dell'efficienza nell'organizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in particolare quelli a rete. La loro organizzazione per bacini o ambiti predilige favorisce sicuramente la gestione secondo il metodo economico, poiché l'economia di scala che si crea permette che i costi siano coperti dagli utili⁷⁸⁴, ma va a discapito del principio democratico che assegna all'amministratore eletto la gestione del territorio di riferimento⁷⁸⁵. Su questo punto non sembra ci siano potenziali ripensamenti, anche se una gestione unitaria potrebbe potenzialmente appiattare le differenze territoriali, generando zone di gestione inefficiente⁷⁸⁶. Una soluzione auspicabile, ma al momento

⁷⁸² L.M. FERA, *L'in house providing nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato*, in *Federalismi.it*, n. 28/2024, Roma, p. 47-52; F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Napoli, 2023, p. 932

⁷⁸³ Corte cost., 17 novembre 2010, sent. n. 325

⁷⁸⁴ Si può rilevare come la necessità dell'economicità della gestione nasca sì leghi strettamente alla scelta della privatizzazione della gestione. Sul tema M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015, spec. 38-39

⁷⁸⁵ Nonostante il giudice costituzionale abbia più volte sancito il rispetto del principio autonomistico delle forme associative degli enti, anche obbligatorie, perché proiettano gli stessi. Tuttavia è abbastanza chiaro che questa sia una *factio iuris* che non fa i conti con la concreta autonomia che gli enti possono esercitare. Si vedano a riguardo Corte cost., 6 luglio 2001, sent. n. 229; Corte cost. 24 giugno 2005, sent. n. 244; Corte cost., 23 dicembre 2005, sent. n. 456; Corte cost., 7 luglio 2016, sent. n. 160.

⁷⁸⁶ Si consideri infatti che Corte cost., 4 marzo 2019, sent. n. 33 ha riscontrato la parziale illegittimità dell'art. 14, comma 28, d.l. 31 maggio 2010, n. 78, «nella parte in cui non prevede la possibilità, in un contesto di Comuni obbligati e non, di dimostrare, al fine di ottenere l'esonero dall'obbligo, che a causa della particolare collocazione geografica e dei caratteri demografici e socio ambientali, del Comune obbligato, non sono realizzabili, con le forme associative imposte, economie di scala e/o miglioramenti, in termini di efficacia ed efficienza, nell'erogazione dei beni pubblici alle popolazioni di riferimento».

non all'orizzonte, potrebbe conferire maggiori poteri agli enti facenti parte delle autorità di governo d'ambito o di bacino, che al momento hanno una rilevanza assai marginale.

È difficile immaginare un cambio di passo su quest'ultimo punto, soprattutto perché le esigenze dei servizi pubblici locali di rilevanza economica vanno lette, per essere comprese, in una dimensione più ampia. La loro concreta funzionalità è infatti limitata, oltre che dalle considerazioni giuridiche in tema di diritti esclusivi e speciali, anche dai vincoli di bilancio di cui si è parlato nel Capitolo III. Essi portano inevitabilmente ad almeno tre risultati: l'esternalizzazione della gestione, soprattutto con lo schema della concessione, poiché permette di trasferire l'onere economico sul privato⁷⁸⁷; la ricerca di dimensioni organizzative più ampie di quelle comunali, soprattutto per i servizi a rete, nonché di un esercizio associato delle funzioni degli enti locali, al fine di consentire l'autosufficienza del governo del servizio⁷⁸⁸; la valorizzazione della sussidiarietà orizzontale⁷⁸⁹, anche se si è riscontrato come anche questa non si esprima nel suo senso pieno, ma si appiattisca più sul modello concettuale della concessione⁷⁹⁰.

Per dare un giudizio estremamente sintetico della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sembra che essi siano una materia ancora in divenire, così che il decreto del 2022 corre il rischio di risultare presto anacronistico rispetto ad alcune esigenze, mentre con riguardo ad altre sembra conformarsi con lo spirito legislativo del tempo. Qui non si può che auspicare che il legislatore intervenga prontamente qualora necessario e, soprattutto, che abbia chiaro qual è lo scopo ultimo dell'istituto giuridico del servizio pubblico, cioè realizzare pienamente i diritti sociali dei cittadini. Qualunque diversa esigenza dovrebbe essere posta in secondo piano.

⁷⁸⁷ Sul tema la letteratura è sconfinata. Oltre alle fonti già citate in precedenza nel presente lavoro si rinvia a G. GRECO, *La «depubblicizzazione» delle concessioni di lavori e di servizi (all'esito di scelte normative altalenanti)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 3|2023, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 474-478; N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella Direttiva 2014/23/UE ed il rapporto con il Regolamento (CE) n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada o ferrovia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 3-4|2018, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 536-539

⁷⁸⁸ C. PAGLIARIN, *La Corte e le funzioni fondamentali dei Comuni: la ragionevolezza degli interventi statali di coordinamento della finanza pubblica nell'attesa di norme ordinamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Fascicolo 2|2019, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, p. 618

⁷⁸⁹ A. SANTUARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale quale paradigma per la definizione dei rapporti tra ETS e pubblica amministrazione nella riforma del Terzo Settore*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, n. 2/2019, Eutekne Dottrina, Torino, p. 68-70

⁷⁹⁰ F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica*, cit., p. 28

Bibliografia

Dottrina

- V. AGUADO I CUDOLÀ, *Introduction. A short overview of the directive 2014/23/UE*, in *Munus* 3/2018
- N. AICARDI, *Funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali e sussidiarietà tra norme generali e regolazioni settoriali*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, n. 2/2019, Giappichelli, Torino
- N. AICARDI, *L'affidamento delle concessioni di servizi pubblici nella Direttiva 2014/23/UE ed il rapporto con il Regolamento (CE) n. 1370/2007 sui servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada o ferrovia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 3-4|2018, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- N. AICARDI, *La sussidiarietà nella funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali tra norme generali e di settore*, in Aa. Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, Bononia University Press, Bologna, 2018
- P. AIMO, *Stato e poteri locali in Italia. Dal 1848 a oggi*, Carocci Editore, 2010
- A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 1/2002, Il Mulino, Bologna
- A. ALGOSTINO, *La resilienza nel segno del mercato come costante del processo di integrazione europea. Per una nuova fase è necessario un nuovo modello di sviluppo*, in *La nuova fase dell'integrazione europea. Stato e società alla prova del Next Generation EU*, a cura di M. BARONE, O.M. PALLOTTA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2024
- A.I. ARENA, *Un tentativo di individuare limiti alla privatizzazione nella Costituzione italiana*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2|2020, Editoriale Scientifica, Napoli
- C. ASTENGO, *Nuove illustrazioni della legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865 e del relativo regolamento*, Tipografia Pirola, Milano, 1870
- C. ASTENGO, *Guida amministrativa ossia Commentario della legge comunale e provinciale del 20 marzo 1865 e del relativo regolamento*, Luigi di Giacomo Pirola, Milano, 1865
- A. BARBA, M. PIVETTI, *Il "Piano di ripresa" tra interessi collettivi e interessi privati*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1|2021, Editoriale Scientifica, Napoli
- A. BARDUSCO, *Aziende pubbliche*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1988
- A. BENEDETTI, *Organizzazione e regolazione dei servizi locali di interesse economico: il caso del ciclo dei rifiuti urbani*, in *Federalismi.it*, n. 6/2021

- M. BENVENUTI, *Tendenze vecchie e nuove dell'intervento pubblico nell'economia, ovvero il Piano nazionale di ripresa e resilienza come parentesi*, in *Diritto costituzionale*, n. 3/2024, Franco Angeli, Milano
- J. M. BERLIÈRE, *Les pouvoirs de police, attributs du pouvoir municipal ou de l'Etat?*, in *Jean Jaurès. Cahiers trimestriels*, 1998
- A. BERRETTINI, *La co-progettazione alla luce del Codice del terzo settore e nella penombra del Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 27/2022, Roma
- G. BERTI, *Democrazia, pluralismo e sistema economico (le Costituzioni e l'Unione europea)*, in *Jus*, Fascicolo 1/1997, Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Milano
- P. BINI, *Scienza economica e potere. Gli economisti e la politica economica dall'unità d'Italia alla crisi dell'euro*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2021
- M. BLOCH, *La società feudale*, Einaudi, Torino, 1949
- M. BOCCACCIO, *Compensazione degli obblighi di servizio pubblico e aiuti di Stato: un'analisi economica*, in *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, Fascicolo 4/2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- C. BOGNETTI, *Il modello economico della democrazia sociale*, in "Gruppo di Milano", *Verso una nuova Costituzione*, Vol. I, Milano, 1983
- T. BONETTI, *Servizi pubblici locali di rilevanza economica: dall'"instabilità" nazionale alla "deriva" europea*, in *Munus* 2/2012, Editoriale Scientifica, Napoli
- P. BONOMI, *Local Government in Colonial New York: A Base for Republicanism*, in *Aspects of Early New York Society & Politics*, Sleepy Hollow Restoration, New York, 1974
- H. BONURA, *Affidamento a società mista*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- J. BOURGEOIS, *State Aids, Taxation and Specificity*, in *Liber Amicorum M. Waelbroek*, Brussels, 1999
- G. BOZZI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enciclopedia del diritto – Volume XXVII*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1977
- E. BRUTI LIBERATI, *Industria*, in *Funzioni amministrative*, a cura di B.G. MATTARELLA, M. RAMAJOLI, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022
- G. BUCCI, *Le trasformazioni dello Stato e dell'UE nella crisi della globalizzazione*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2022
- C. BUZZAZZHI, *Attività economiche e ambiente nel prisma (o mantra?) della "sostenibilità"*, in *Rivista AIC*, n. 4/2023, Associazione Italiana dei Costituzionalisti

- M. CAFAGNO, *Vincoli europei e modelli di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica. Coordinate generali*, in *Munus* 3/2016
- G. CAIA, *L'evoluzione delle norme e delle ipotesi di riforma dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- G. CAIA, *Criterio di economicità e servizi pubblici locali nelle prospettive della XVIII legislatura repubblicana*, in Aa.Vv., *Diritto amministrativo e società civile*, Volume I – Studi introduttivi, Bononia University Press, Bologna, 2018
- G. CAIA, *Servizi pubblici locali*, in *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana,
- G. CAIA, *I servizi pubblici locali tra autonomia territoriale e regole di mercato*, in *Le nuove norme in materia di servizi pubblici locali (art. 35 Legge 28.12.2001, n. 448)*, Convegno organizzato da Comune di Perugia, ANCI Umbria, Confservizi Umbria, 9 marzo 2002
- G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime, caratteristiche*, in *Foro amministrativo*, Fascicolo 11-12|1991, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- G. CAIA, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1990
- G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 1993
- M. CALCAGNILE, *Durata delle concessioni e regime della gestione*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 3|2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- M. CALCAGNILE, *Monopoli e privative nei servizi di interesse economico generale*, in *Giornale di diritto amministrativo*, Fascicolo 5|2017, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- L. CALZOLARI, *La selettività degli aiuti di Stato e il principio di parità di trattamento delle imprese nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rivista del commercio internazionale*, Fascicolo 2|2015, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- Q. CAMERLENGO, *Art. 118*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. Olivetti, UTET, Torino, 2006
- M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, n. 1/1992, Il Mulino, Bologna
- CAMMEO, *I monopoli comunali*, 1896
- A. CANTARO, *Il «ritorno» dello stato nella «deglobalizzazione»*, in *Democrazia e diritto*, n. 2/2008, Franco Angeli, Milano
- F. CAPORALE, *Acque. Disciplina pubblicistica*, Enciclopedia italiana, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2014

- F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Napoli, 2023
- F. CARINGELLA, *I servizi pubblici locali*, in *L'ordinamento degli enti locali*, a cura di F. CARINGELLA, A. GIUNCATO, F. ROMANO, Giuffrè, Milano, 2007
- P. CARSETTI, *Referendum sull'acqua e sui servizi pubblici locali: un voto per il ritorno al futuro*, in *Economia e società regionale*, n. 3/2014, Franco Angeli, Milano
- E. CASETTA, F. FRACCHIA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018
- S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in *La nuova costituzione economica*, a cura di S. Cassese, Laterza, Milano, 2021
- S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, Editori Laterza, Roma-Bari, 1995
- S. CASSESE, *Legge di riserva e articolo 43 della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960 Giuffrè, Milano
- S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enciclopedia del diritto – Volume XLII*, Giuffrè Francis Lefebvre, 1990
- A. CAUDURO, P. LIBERATI, *Brevi note sul servizio universale*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 1|2019, Editoriale Scientifica, Napoli
- M. C. CAVALLARO, *Intervento pubblico, mercato e imprese: alcune considerazioni sull'attualità del pensiero di Vittorio Ottaviano*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2024, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, Torino, 1998
- R. CAVALLO PERIN, *Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici*, Volume I, Jovene, Napoli, 1993
- E. CELANO, *Giurisprudenza dei bilanci comunali*, Parte I, R. Stab. Tip. del Cav. Francesco Giannini, Napoli, 1881
- V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Fascicolo 4|2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2900-2910
- M. CIAN, *I requisiti qualificatori della società in house*, in *Giurisprudenza commerciale*, Fascicolo 2|2019, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- R. CHIEPPA, *L'obiettivo del PNRR, la legge delega e le fasi di attuazione della delega*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2015

- P. CHIRULLI, *Il d.lgs. n. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali: un inquadramento*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, Fascicolo 2-2023, Giappichelli, Torino
- M.P. CHITI, *Principi*, in *Trattato sui contratti pubblici, Fonti e Principi, Ambito, Programmazione e Progettazione*, diretto da M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019
- F. CINTIOLI, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Giuffrè, Milano, 2010
- M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Quinta edizione, Il Mulino, Bologna, 2022
- M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Rivista Giuridica del Mezzogiorno*, n. 3/2016, SVIMEZ, Roma
- M. CLARICH, *Società di mercato e quasi-amministrazioni*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2009, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fascicolo 1|2003, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Diritto pubblico*, n. 1/1998, CEDAM, Padova
- V. COCOZZA, *Una nozione oggettiva di "rilevanza economica" per i servizi pubblici locali*, in *Munus* 1/2011, Editoriale Scientifica, Napoli
- E. CODINI, *La tutela dei diritti sociali al di là del servizio pubblico*, in *Amministrare*, Fascicolo 2/2018, Il Mulino, Bologna
- C. COLELLI e M. CHERUBINI, *Misure di coordinamento in materia di servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- A. CONTE, A. TURI, *Servizi pubblici: le novità previste dal Decreto legislativo n. 201/2022*, in *Altalex*, Wolters Kluwer, Milano, 26 agosto 2024
- C. CONTESSA, *Lo stato dell'arte in tema di affidamenti in house*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019
- G. CORSO, *Il mercato: profili costituzionali*, in *Diritto amministrativo e società civile. Muovendo dalle opere di Fabio Roversi Monaco*, Bononia University Press, Bologna, 2018
- G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015, Roma

- G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 3/2002, Il Mulino, Bologna
- G. CORSO, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, n. 1/1999, CERSAP, Roma
- F. COSTANTINO, *Impresa e pubblica amministrazione: da industria 4.0 al decreto semplificazioni*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- M. CROCE, *Rapporti di partenariato con gli enti del Terzo settore*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- A. CUOCO, G. MARTINICO, *Il requisito della selettività degli aiuti di Stato in una recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 1|2017, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- M. D'ALBERTI, *La legge sulla concorrenza trent'anni dopo*, in *Munus* 2/2020, Editoriale Scientifica, Napoli
- M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Jovene Editore, Napoli, 1981
- N. M. D'ALESSANDRO, *Art. 19*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, Fascicolo 1/2001, Il Mulino, Bologna
- D. D'ORSOGNA, M. OCCHIENA, *I servizi pubblici a rilevanza economica e sociale: un bilancio*, in *Munus* 2/2013, Editoriale Scientifica, Napoli
- L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2020
- L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Giappichelli, Torino, 2002
- R. DE NICTOLIS, *Appalti pubblici e concessioni dopo la legge "sblocca cantieri"*, Zanichelli, Torino, 2020
- DE VALLES, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V.E. Orlando, Volume VI, Società Editrice Libreria, Milano, 1930
- A. DI GIOVANNI, *Art. 17* in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- A. DI GIOVANNI, *Art. 21*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- A. DI GIOVANNI, *Art. 22*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024

- A. DI GIOVANNI, *Art. 23*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- A. DI GIOVANNI, *Art. 24*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- A. DI GIOVANNI, *Art. 27*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- A. DI GIOVANNI, *Art. 31*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- J.F. DILLON, *Treatise on the Law of Municipal Corporations*, James Cockroft & Company, Chicago, 1872
- R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, Milano, 2006
- D. DONATI, *Origini, connessioni e interpretazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'ordinamento italiano*, in *Sussidiarietà e concorrenza. Una nuova prospettiva per la gestione dei beni comuni*, a cura di D. DONATI, A. PACI, Il Mulino, Bologna, 2010
- M. DUGATO, *Distinzione tra funzioni di regolazione e gestione nell'assetto organizzativo degli enti locali. Incompatibilità e inconfiribilità*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- M. DUGATO, *L'intervento pubblico per l'inclusione, la coesione, l'innovazione e la sostenibilità ed il ruolo del servizio pubblico locale nel Piano nazionale di ripresa e resilienza*, in *Munus 1/2022*, Editoriale Scientifica, Napoli, p. 4
- M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enciclopedia del diritto – I Tematici III*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022
- M. DUGATO, *Le società a partecipazione pubblica tra efficienza e responsabilità*, in *Munus 3/2016*, Editoriale Scientifica, Napoli
- M. DUGATO, *L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici e l'irresistibile forza dell'ente pubblico*, in *Munus 3/2012*, Editoriale Scientifica, Napoli
- D. DURANTE, *Concorrenza (diritto comunitario)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento I, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1997
- K. DYSON, K. FEATHERSTONE, *The road to Maastricht. Negotiating Economic and Monetary Union*, Oxford University Press, Oxford, 1999
- L. EINAUDI, *Lezioni di scienza delle finanze*, Lit. tip. Visconti, Torino, 1911
- G. FARES, V. LOPILATO, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023

- G. FAUCEGLIA, *L'iniziativa economica privata nella cultura politica cattolica: dal corporativismo alla Costituzione*, in *Giurisprudenza commerciale*, Fascicolo 4|2022, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- L.M. FERA, *L'in house providing nel nuovo codice dei contratti pubblici: tra libertà di auto-organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza e del mercato*, in *Federalismi.it*, n. 28/2024, Roma
- E. FERIOLI, *Il servizio pubblico di distribuzione del gas naturale: applicazione anticipata della riforma?*, in *Foro amministrativo – C.D.S. (II)*, Fascicolo 7/8, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- M. FERRARI, A. GIOVANNINI, M. POMPEI, *The Challenge of Infrastructure Financing*, in *Oxford Review of Economic Policy*, Volume 32, Issue 3, 2016
- M. V. FERRONI, *Art. 18*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. Di Giovanni, E. Picozza, Giappichelli, Torino, 2024
- M. V. FERRONI, *L'affidamento agli enti del Terzo settore ed il Codice dei contratti pubblici*, in *Nomos* 2/2018, Roma, p. 5
- S. FOA, S. CARLUCCI, *Tutela della concorrenza, servizio pubblico e scelta politica dell'ente locale*, in *Osservatorio costituzionale*, Fascicolo 6/2020, Associazione Italiana dei Costituzionalisti
- C. FOIS, *“Riserva originaria” e “riserva di legge” nei “principi economici” della Costituzione*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1960, Giuffrè, Milano
- G. FONDERICO, *Limitazioni nella istituzione e nel mantenimento di diritti speciali o esclusivi*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- G. FONDERICO, *Obblighi di servizio pubblico per gli operatori sul mercato*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, ETS, 2012
- G. FONDERICO, *La formazione dei monopoli comunali in Francia*, in *Munus* 2/2011, Editoriale Scientifica, Napoli
- W.C. FORD, *«A Dialogue Between a Boston Man and a Country Man»: Communication of Two Documents Protesting against the Incorporation of Boston, 1714*, in *Publications of the Colonial Society in Massachusetts*, The Society, Boston, 1906
- FOREMAN-PECK, JAMES, and ROBERT MILLWARD, 'Explaining the Shift to Public Ownership at the Local Level: The Halcyon Days of Municipal Ownership 1870–1920', *Public and Private Ownership of British Industry 1820–1990* (Oxford, 1994; online edn, Oxford Academic, 3 Oct. 2011)

- U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, Volume 4, UTET, Torino, 1900
- F. FRACCHIA, *Imprese pubbliche regionali e locali*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2008
- F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, in *Enciclopedia giuridica*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2007
- R. FRANCESCHELLI, *La nozione di servizio di interesse economico generale di cui al paragrafo 2 dell'articolo 90 del Trattato istitutivo del Mercato Comune Europeo*, in *Rivista di diritto industriale*, Fascicolo 1|1963, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- A. FRANCESCOANGELI, G. GIOIA, *Il nuovo patto di stabilità e crescita. Much ado about (almost) nothing?*, in *Diritti comparati*, Milano-Roma, 27 maggio 2024
- C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazzaroli*, a cura di E. CASSETTA, A. ROMANO, F.G. SCOCA, Volume II, CEDAM, Padova, 2007
- E. FRENI, *Durata dell'affidamento e indennizzo*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- E. FRENI, *Regime del subentro in caso di scadenza dell'affidamento o cessazione anticipata*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- A. FRITZSCHE, *Discretion, scope of judicial review and institutional balance in European law*, in *Common Market Law Review*, Vol. 47, Wolters Kluwer, Leiden, 2010
- T. E. FROSINI, *Sussidiarietà (principio di) (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali II, t. 2*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2008
- G. GALASSO, *Storia d'Europa*, Laterza, Bari, 2005
- F. GALGANO, *Art. 43*, in G. BRANCA, A. PIZZORUSSO, *Commentario della Costituzione*, Zanichelli/Il Foro, Bologna-Roma, 1982
- C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, in *Diritto processuale amministrativo*, Fascicolo 2|2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- C.E. GALLO, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2005, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- G. GAMBARDELLA, *I servizi pubblici locali con particolare riferimento al servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 4/2015

- V. GASPARINI CASARI, *Le misure e i contenuti della giurisdizione esclusiva secondo la sentenza della Corte Costituzionale n. 204*, in *Il diritto dell'economia*, Fascicolo 3-4|2004, Mucchi Editore, Modena
- P. GERBAUDO, *Controllare e proteggere. Il ritorno dello Stato*, Nottetempo, Milano, 2022
- F. GHERARDUCCI, *I diritti speciali e esclusivi nell'ordinamento comunitario: problemi definitivi e tendenze evolutive*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicoli 3-4|2000, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- M. GIAMPIERETTI, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Diritto e società*, Fascicolo 4|2003, CEDAM, Padova
- M.S. GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, Bologna, 1989
- M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Celebrazione del cinquantenario della municipalizzazione (Atti del Convegno di Studi)*, Roma, 1954
- S. GIANZANA, *Le acque nel diritto civile italiano*, UTET, Torino, 1879-1880
- F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale. Una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè, Milano, 2008
- B. GILIBERTI, *La concessione di pubblico servizio tra sistematiche nazionali e diritto comunitario*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|2011, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- F.M. GIORDANO, *Dalla sussidiarietà degli antichi a quella dei moderni*, in *Labsus. Laboratorio per la sussidiarietà*, Roma, 8 settembre 2015
- G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morali*, Vol. II-III, F.lli Cammelli, Firenze, 1889-1902
- F. GOISIS, *Rischio economico, trilateralità, e traslatività nel concetto europeo di concessioni di servizi e di lavori*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|2011, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- A. GRACILI, *I consorzi tra enti locali*, Nocchioli Editore, Firenze, 1997
- G. GRECO, *La «depubblicizzazione» delle concessioni di lavori e di servizi (all'esito di scelte normative altalenanti)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 3|2023, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- F. GUERRERA, *Lo statuto delle nuove società "a partecipazione mista" pubblico-privata*, in *Le società a partecipazione pubblica*, a cura di F. GUERRERA, Giappichelli, Torino, 2010
- M.H. HUNTER, *The Early Regulation of Public Service Corporations*, in *The American Economic Review* n. 7/1917, American Economic Association, Nashville

- C. IANONE, *L'azione collettiva urbana tra partenariato pubblico-comunità e pubblico-comunità-privato*, in P. CHIRULLI, C. IANONE (a cura di), *La Co-Città*, Jovene Editore, Napoli
- C. IBBA, *Società in house: nozione e rilevanza applicativa*, in *Munus* 1/2015, Editoriale Scientifica, Napoli
- W. K. JONES, *Origins of the Certificate of Public Convenience and Necessity: Developments in the States, 1870-1920*, in *Columbia Law Review*, vol. 79, n. 3, Columbia Law Review Association Inc., New York City
- U. LA MALFA, *La politica economica in Italia 1946-64*, Edizioni di Comunità, Milano, 1962
- A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000
- A. LALLI, *In house: un istituto ancora controverso in ambito nazionale*, in *Munus* 2/2023, Editoriale Scientifica, Napoli
- A. LAMORGESE, *L'art. 43 della Costituzione*, in lamagistratura.it, Associazione Nazionale Magistrati, 14 giugno 2022
- R. LANDOLFI, *Lo sviluppo della municipalizzazione in Italia*, La Stampa commerciale, Milano, 1958
- P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2018, Giuffrè Francis Lefebvre
- E. LEONETTI, *Art. 15*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*", a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- E. LEONETTI, *Art. 16*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*", a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- M. LIBERTINI, *Le società di autoproduzione in mano pubblica: controllo analogo, destinazione prevalente dell'attività ed autonomia statutaria. Un aggiornamento a seguito dell'articolo 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con legge 14 settembre 2011, n. 148*, in *Federalismi.it*, n. 22/2011, Roma
- M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali III, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2010
- F. LIGUORI, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Giappichelli, Torino, 2004
- F. LILLO, *Art. 9*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI e E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- F. LILLO, *Art. 10*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI e E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024

- F. LILLO, *Art. 11*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI e E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- G. LO SCHIAVO, *Dalla giurisprudenza Altmark all'adozione del pacchetto "Almunia". Chiarimenti sulla portata delle compensazioni concesse per la prestazione dei servizi di interesse economico generale?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 6|2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- M. LOTTINI, *La libertà d'impresa come diritto fondamentale*, in *Il foro amministrativo, Tar*, Fascicolo 2|2004, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- C.S. LUCARELLI, *Riflessioni sul principio di concorrenza tra PNRR, affidamenti in house e libertà di impresa*, in *Munus 2/2022*, Editoriale Scientifica, Napoli
- C.S. LUCARELLI, *Le società in house tra ibridazione e coordinamento di discipline nel d. lgs. N. 175/2016*, in *Munus 3/2017*, Editoriale Scientifica, Napoli
- M. LUCIANI, *Liberalizzazioni. Il quadro costituzionale nella prospettiva della giurisprudenza*, in *Studi in tema di liberalizzazioni. Riflessi giuridici dell'evoluzione della disciplina*, a cura di E. STICCHI DAMIANI, Giappichelli, Torino, 2007
- F. W. MAITLAND, *Township and Borough*, The University Press, Cambridge, 1898
- B. MAMELI, *Il principio di autorganizzazione tra eccezione residuale e opzione di base*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 7/2020, UTET, Torino
- B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione. L'influenza del mercato unico sui regimi protezionistici e regolamentanti*, Giuffrè, Milano, 1998
- S. MANGIAMELI, *Sussidiarietà e servizi di interesse generale: le aporie della privatizzazione*, Relazione al Convegno dal titolo "*Beni pubblici e servizi sociali in tempi di sussidiarietà*" (Urbino 9-10 novembre 2006), in Astrid, Engitel (server), Milano
- G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, G. Barbera, Firenze, 1880-1882
- F. MARCONI, *L'intervento pubblico nell'economia e il mutevole ruolo dello Stato: il nuovo golden power tra competizione geopolitica e valutazioni economico-strategiche*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021, Roma
- F. MARONE, *Società degli enti locali e articolo 41 della Costituzione: il Comune è un imprenditore?*, in *Munus 1/2011*, Editoriale Scientifica, Napoli
- F. MARONTA, *Deglobalizzazione*, Hoepli, Milano, 2024
- S. MAROTTA, *La spending review nei servizi pubblici locali: necessità di razionalizzare, volontà di privatizzare*, in *Munus 2/2014*, Editoriale Scientifica
- S. MAROTTA, *Stato versus società. I servizi pubblici locali alla prova della democrazia diretta*, in *Munus 2/2012*, Editoriale Scientifica
- P. MARZARO, *Servizi pubblici locali: leale collaborazione e complessità del "fenomeno sociale"*, in *Munus 3/2017*, Editoriale Scientifica, Napoli

- C. MARZUOLI, *Gli enti territoriali e la scelta del modello per la gestione dei pubblici servizi locali*, in *Munus* 1/2011, Editoriale Scientifica, Napoli
- A. MASSERA, *La concessione di servizi: una questione di regime sempre aperta*, in *Munus* 1/2011
- B. G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fascicolo 4|2023, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- B. G. MATTARELLA, *Le ragioni di una disciplina nazionale dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008
- M. MENGHINI, *Fabianismo*, in *Enciclopedia Italiana*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 1932
- F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione dei servizi pubblici (locali) tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario*, in *Astrid Rassegna* (online), n. 13/2009, Engitel (server), Milano
- F. MERUSI, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in *Munus* 2/2011, Editoriale Scientifica, Napoli
- F. MERUSI, *Nuove avventure e disavventure della legalità amministrativa*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|2011, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, fasc. 1, 2004
- C. MEZZANOTTE, *La municipalizzazione dei servizi pubblici*, Hoepli, Milano, 1905
- G. MOCAVINI, *I fondamenti e i limiti delle misure pubbliche di ausilio alle imprese*, in *Il sostegno pubblico alle imprese, oggi*, a cura di F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, in *Irpa Working Paper*, n. 4/2021, Irpa, Roma
- A. MOLITERNI, *Affidamento mediante procedura a evidenza pubblica*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- A. MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- A. MOLITERNI, *Le prospettive del partenariato pubblico-privato nella stagione del PNRR*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- A. MOLITERNI, *Amministrazione consensuale e diritto privato*, Jovene Editore, Napoli, 2016

- A. MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fascicolo 1|2015, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- A. MOLITERNI, *L'affidamento delle concessioni di servizi tra principi generali e regole di dettaglio*, in *Munus* 3/2013, Editoriale Scientifica, Napoli
- A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- F. MONCERI, *Riflessi della nuova conformazione degli enti locali sul sistema dei servizi pubblici locali*, in *Munus* 1/2015, Editoriale Scientifica, Napoli
- G. MONTEMARTINI, *Ancora di municipalizzazione*, in *Giornale degli economisti*, Serie seconda, Vol. 39, n. 4, Egea, Padova, 1909
- G. MONTEMARTINI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, Milano, Società editrice libraria, 1902
- C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Cedam, Padova, 1976
- B.H. MOSS, *The origins of the French Labour Movement 1830-1914: the socialism of skilled workers*, University of California Press, London, 1976
- G. MULAZZANI, *Limiti operativi extra moenia all'in house: un margine residuale per gli investimenti*, in *Munus* 3/2016, Editoriale Scientifica, Napoli
- F. MUNARI, A. BERGAMINO, *Esecuzione di lavori connessi alla gestione*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- F. MUNARI, A. BERGAMINO, *Gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- G. NAPOLITANO, *La liberalizzazione tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche competitive e lavoro nel diritto nazionale ed europeo*, a cura di F. LIGUORI, C. ACOCELLA, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015
- G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005
- R. NIRO, *Art. 41*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, UTET, Milano, 2006
- A. NOCE, *Tariffe*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, G. Barbera, Firenze, 1891
- M. OROFINO, *La politica europea delle telecomunicazioni (comunicazioni elettroniche): la nuova sfida della net-neutrality*, Eurojus, 2017

- A. PACE, *La Corte disconosce il valore costituzionale della libertà di concorrenza?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Fascicolo 5|1999, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- F. PACELLI, *Le acque pubbliche e i diritti dello Stato e dei privati*, Fratelli Bocca, Torino, 1898
- C. PAGLIARIN, *La Corte e le funzioni fondamentali dei Comuni: la ragionevolezza degli interventi statali di coordinamento della finanza pubblica nell'attesa di norme ordinamentali*, in *Giurisprudenza costituzionale*, Fascicolo 2|2019, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- I. PANICCIA – G. BRUZZONE, *Il trasporto pubblico locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- D. PALAZZO, *Le attività di interesse generale del Terzo Settore tra sussidiarietà e valori costituzionali*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 2|2022, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- G. PANTALEO, *Sviluppo del modello concessorio dall'unità d'Italia fino al D.Lgs. 50/2016*, in *Osservatorio sulle Crisi di Impresa*, Roma, 2017
- M. PANTALEONI, *Erotemi di economia*, Vol. 2, Cedam, Padova, 1964
- V. PARETO, *Corso di economia politica*, Boringhieri, Torino, 1961
- M. PASSALACQUA, *Le aporie delle forme di gestione dei servizi pubblici locali nel TU partecipate: organizzazione amministrativa e tutela della concorrenza*, in *I servizi pubblici: vecchi problemi e nuove regole*, a cura di M. AMMANNATI, R. CAFARI PANICO, Giappichelli, Torino, 2019
- M. PASSALACQUA, *La regolazione amministrativa degli ambiti territoriali per la gestione dei servizi pubblici locali a rete*, in *Il «disordine» dei servizi pubblici locali. Dalla promozione del mercato ai vincoli di finanza pubblica*, Giappichelli, Torino, 2015
- L. PASSERI, *L'organizzazione dei servizi pubblici locali fra tutela della concorrenza ed efficienza della spesa pubblica*, in *Munus* 3/2012, Editoriale Scientifica, Napoli
- G. PASTORI, *Sussidiarietà e diritto alla salute*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 1/2022, Il Mulino, Bologna
- E.R. PEASE, *The history of the Fabian Society*, E.P. Dutton & Company, New York
- S. PELLIZZARI, *La co-progettazione come forma di collaborazione tra p.a. e enti del Terzo Settore*, in *Munus* 2/2019, Editoriale Scientifica, Napoli
- L. R. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, CEDAM, Padova, 2001
- G. PERICU, *La partecipazione degli enti locali alla società per la gestione dei servizi*, in *Le società miste per i servizi pubblici locali*, a cura di FRANCESCA TRIMARCHI BANFI, Giuffrè, Milano, 1999
- P. PETRONI, *Il servizio pubblico nell'esperienza giuridica italiana*, in *Diritto.it*, 2006

- A. PEZZUTO, *La riforma del Patto di stabilità e crescita: luci e ombre*, in *Diritto bancario Tidona*, Tidona e associati, 10 novembre 2024
- E. PICOZZA – G. RIZZO, *Art. 1*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 1-19
- E. PICOZZA – L. VASQUES, *Art. 2*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024, p. 20-31
- E. PICOZZA, *Art. 3*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- E. PICOZZA, *Art. 12*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- E. PICOZZA, *Art. 13*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- F. PILEGGI, *Definizioni*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- G. PIPERATA, *Le nuove coordinate amministrative per l'amministrazione locale "satellite" in forma privatistica*, in *Munus 3/2019*, Editoriale Scientifica, Napoli
- G. PIPERATA, *I servizi pubblici locali tra ri-municipalizzazione e de-municipalizzazione*, in *Munus 1/2016*, Editoriale Scientifica, Napoli
- G. PIPERATA, *Infrastrutture e crescita economica: alla ricerca di nuovi modelli*, in *Munus 2/2013*, Editoriale Scientifica, Napoli
- G. PIPERATA, *Il lento e incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus 1/2011*
- G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005
- A. PISAPIA, *Norme europee in materia di aiuti di Stato e applicazione del giudice nazionale*, in *Questione giustizia*, n. 1/2013, Franco Angeli, Milano
- A. POGGI, *La legge Madia: riorganizzazione dell'organizzazione pubblica?*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015, Roma
- A. POLICE, *Editoriale*, in *Munus 3/2012*, Editoriale Scientifica, Napoli
- A. POLICE, *Sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. MANGIAMELI, Giappichelli, Torino, 2008
- P. POLIDORI, *Il Piano nazionale di Ripresa e Resilienza: analogie con il passato e un approfondimento sul tema giustizia*, in *Studi urbinati*, n. 3-4 (2021), p. 9, Urbino University Press, Urbino
- POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici e attività produttive*, Relazione al Convegno su *La Costituzione economica*, Milano, 6-7 maggio 1988

- A. PREDIERI, *Collettivizzazione*, in *Enciclopedia del diritto – Volume VII*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1960
- O. RANELLETTI, *Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giurisprudenza italiana*, UTET, Torino, 1894
- M. RANGONE, S. SOLARI, *From the Southern-European model to nowhere: the evolution of Italian capitalism 1976-2011*, in *Journal of European Public Policy*, 19(8), 2012
- S. REBECCHINI, *Privatizzare le reti per liberalizzare i servizi pubblici locali*, in IBL Occasional Paper, Istituto Bruno Leoni
- G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 1/2002, Il Mulino, Bologna
- C. S. RHYNE, *The Law of Local Government Operations*, Law of Local Government Operations Project, Washington D.C., 1980
- G. RIVOCCHI, *I controlli sulla finanza pubblica tra i diversi livelli territoriali di governo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, Fascicolo 3|2019, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- A. ROMANO, *La concessione di un pubblico servizio*, in Aa.Vv., *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO, T. SPAGNUOLO VIGORITA, Giuffrè, Milano, 1995
- A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 4|1994, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Società Editrice Libreria, Milano, 1901
- A. ROMANO TASSONE, *La società “in house” dall’“eccezionale eccezionalità” alla “anomala normalità”*, in *Diritto e processo amministrativo*, Fascicolo 2/2014, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli
- G. ROSSI, *Introduzione al diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2000
- G. ROSSI, *Le basi giuridiche della municipalizzazione*, in *Impresa pubblica*, 1958
- M. ROVERSI MONACO, *I limiti operativi delle società partecipate per i servizi pubblici locali*, in *Munus* 1/2013, Editoriale Scientifica, Napoli
- F. RUGGE, *I regimi delle città. Il governo municipale in Europa tra ‘800 e ‘900*, Franco Angeli, Milano, 1992
- A.M. RUM, *Il servizio pubblico: nozione, ricostruzione storica, evoluzione*, in *Il diritto amministrativo*, Anno XVII – n. 03 – Marzo 2025, Catania
- M. RUOTOLO, *Non “ce la chiede l’Europa” e non “la vogliono i cittadini”. Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Costituzionalismo.it*, Fascicolo 2|2012, Editoriale Scientifica, Napoli

- M. SAMBRI, *Art. 4*, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- A. SANDULLI, *Le nuove coordinate dell'intervento pubblico in economia*, in *Munus 2/2023*, Editoriale Scientifica, Napoli
- A.M. SANDULLI, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del Diritto*, Volume V, Giuffrè, Milano, 1959
- M.A. SANDULLI, F.A. BELLA, *Le evoluzioni dell'in house providing*, in *Libro dell'anno del Diritto 2016*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma
- A. SANTUARI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale quale paradigma per la definizione dei rapporti tra ETS e pubblica amministrazione nella riforma del Terzo Settore*, in *Terzo settore, non profit e cooperative*, n. 2/2019, Eutekne Dottrina, Torino
- G. SAREDO, *Della competenza dell'autorità giudiziaria nelle controversie fra i Comuni e i loro impiegati*, in *Legge*, 1871, Volume II
- S. BATTINI, *Riforme amministrative e Corte costituzionale*, in *Munus 3/2016*, Editoriale Scientifica, Napoli
- G. SCACCIA, *Oggetto*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- E. SCOTTI, *Servizi pubblici locali*, in *Digesto/Pubblico*, Wolters Kluwer, Milano, 2012
- G. SCOVAZZI (a cura di), *Discorsi parlamentari di Urbano Rattazzi*, Vol. II, Tipografi della Camera dei deputati, Roma, 1877
- D. SERRANI, *Lo Stato finanziatore*, Franco Angeli, Milano, 1971
- C. SGUBIN, *La difficile applicazione del diritto comunitario nella zona grigia tra l'appalto e la concessione*, in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, n. 4/2009
- S. SILEONI, *Dalla teoria alla pratica: i principi della riforma dei servizi pubblici locali e le regole sulle forme di sostegno agli utenti*, in *Munus 2/2024*, Editoriale Scientifica, Napoli
- S. SILEONI, *Principi generali del servizio pubblico locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- S. SILEONI, *Promozione e sostegno degli utenti*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- E. SILVESTRI, *Concessione*, in *Enciclopedia del diritto – Volume VIII*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1961
- E. SILVESTRI, *Riscatto*, in *Enciclopedia del diritto*, Volume XL, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1989

- D. SIMEOLI, *I rapporti tra disciplina generale e di settore dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023
- K. B. SMELLIE, *A History of Local Government*, Allen & Unwin, London, 1968
- D. SORACE, S. TORRICELLI, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, Il Mulino, 2021
- D. SORACE, *I servizi «pubblici» economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 1|2010, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 2/1999, Il Mulino, Bologna
- S. SORRENTINO, *La procedimentalizzazione della decisione di gestire i servizi pubblici locali mediante la società mista*, in *Munus* 2/2018, Editoriale Scientifica, Napoli
- S. SORRENTINO, *È possibile un rapporto “preferenziale” tra enti locali e cooperative sociali nell'affidamento di concessioni di servizi pubblici?*, in *Munus* 3/2014, Editoriale Scientifica, Napoli
- A. STONE, *Public Service Liberalism: Telecommunications and Transitions in Public Policy*, Princeton University Press, 1991
- G. SPINA, *Regioni e ambiente: Rassegna – Nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Ambiente e sviluppo*, n. 6/2022, Wolters Kluwer, Milano
- F. TESTA, *La traiettoria dei servizi pubblici locali nell'esperienza di un protagonista*, in *Economia e società regionale*, n. 3/2014, Franco Angeli, Milano
- G.D. TIEPOLO, *Le acque pubbliche nella legislazione italiana con riguardo ai diritti possessorii e alle concessioni*, UTET, Torino, 1889
- A. TRAVI, *Le liberalizzazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, Fascicolo 3|1998, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- G. TREVES, *Azienda (dir. pubbl.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Vol. IV, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 1959
- E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (Diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del Diritto – Annali VI*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2013
- F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 1|2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- S. TORRICELLI, *Contratto di servizio*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023

- S. TORRICELLI, *Il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Munus* 2/2023, Editoriale Scientifica, Napoli
- S. TORRICELLI, *Le diverse forme di garanzia dei servizi pubblici locali tra responsabilità, autonomia e potere*, in *Munus* 1/2011, Editoriale Scientifica, Napoli
- A. TRAVI, *Servizi pubblici e tutela della concorrenza fra diritto comunitario e modelli nazionali*, in *Il diritto amministrativo dei Paesi Europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di G. FALCON, Padova, 2005
- E. TRIGGIANI, *Aiuti di Stato (diritto dell'Unione europea)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali VI*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2013
- F. TRIMARCHI BANFI, *Sul regionalismo cooperativo*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 1|2021, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 1|2020, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- F. TRIMARCHI BANFI, *La tutela della concorrenza nella giurisprudenza costituzionale. Questioni di competenza e questioni di sostanza*, in *Diritto pubblico*, Fascicolo 2/2020, Il Mulino, Bologna
- F. TRIMARCHI BANFI, *Procedure concorrenziali e regole di concorrenza nel diritto dell'Unione e nella Costituzione (all'indomani della dichiarazione di illegittimità delle norme sulla gestione dei servizi pubblici economici)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 5|2012, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, Fascicolo 5|2008, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- G. URBANO, *L'evoluzione giurisprudenziale dell'istituto in house providing tra tutela della concorrenza e autorganizzazione amministrativa*, in *Amministrazione in Cammino*, Centro di ricerca sulle Amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", Roma, 4 maggio 2012
- R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Diritto amministrativo*, Fascicolo 1|2005, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano
- S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società mista*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. VILLATA, Giappichelli, Torino, 2023
- S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi, interesse generale, private e modelli concorrenti (anche alla luce del nuovo testo unico sui servizi pubblici locali)*, in *Munus* 2/2022, Editoriale Scientifica, Napoli
- S. VALAGUZZA, E. PARISI, *Ricerca sull'identità giuridica del partenariato pubblico-privato*, in *Munus* 1/2020, Editoriale Scientifica, Napoli

- S. VALAGUZZA, *Società miste a partecipazione comunale*, Giuffrè, Milano, 2012
- V. VARANO, V. BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Giappichelli, Torino, 2024
- L. VASQUES, Art. 26, in *La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, a cura di A. DI GIOVANNI, E. PICOZZA, Giappichelli, Torino, 2024
- A. VIGNERI, M. SEBASTIANI, *Società pubbliche e servizi locali*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna
- R. VILLATA, S. VALAGUZZA, *Pubblici servizi*, Giappichelli, Torino, 2022
- R. VILLATA, *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2011
- C. VOLPE, *Servizi pubblici locali*, in *Giustamm.*, n. 7/2012, Editoriale Scientifica, Napoli
- C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in *Giustamm.*, n. 12/2011, Editoriale Scientifica, Napoli
- S. WEBB, *Socialism in England*, in *Publications of American Economic Association*, vol. 4, n. 2, 1889
- J. C. WILLIAMS, *The invention of municipal corporations: a case study in legal change*, in 34 *Am. U. L. Rev.*, Hastings, 1985
- R. ZACCARIA, *Le fonti che disciplinano missioni e compiti del servizio pubblico: effettività e controlli*, in *Munus* 2/2016, Editoriale Scientifica
- V. ZAMAGNI, *Storia economica*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma, 2012
- G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Volume IV, Giuffrè, Milano, 1958

Giurisprudenza

Giurisprudenza costituzionale

- Corte cost., 23 marzo 1960, sent. n. 11
- Corte cost., 15 giugno 1960, sent. n. 38
- Corte cost., 22 giugno 1965, sent. n. 58
- Corte cost., 9 giugno 1977, sent. n. 109
- Corte cost., 15 febbraio 1980, sent. n. 20
- Corte cost., 28 febbraio 1992, sent. n. 75
- Corte cost., 8 aprile 1997, sent. n. 83
- Corte cost., 30 luglio 1997, sent. n. 286

Corte cost., 30 settembre 1999, sent. n. 384
Corte cost., 6 luglio 2001, sent. n. 229
Corte cost., 1 ottobre 2003, sent. n. 303
Corte cost., 13 gennaio 2004, sent. n. 14
Corte cost., 6 luglio 2004, sent. n. 204
Corte cost., 16 luglio 2004, sent. n. 228
Corte cost., 27 luglio 2004, sent. n. 272
Corte cost., 12 aprile 2005, sent. n. 151
Corte cost. 24 giugno 2005, sent. n. 244
Corte cost., 23 dicembre 2005, sent. n. 456
Corte cost., 1 febbraio 2006, sent. n. 31
Corte cost., 6 febbraio 2007, sent. n. 24
Corte cost., 23 novembre 2007, sent. n. 401
Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 335
Corte cost., 30 gennaio 2009, sent. n. 25
Corte cost., 24 luglio 2009, sent. n. 246
Corte cost., 20 novembre 2009, sent. n. 307
Corte cost., 15 aprile 2010, n. 138
Corte cost., 23 aprile 2010, sent. n. 142
Corte cost., 17 novembre 2010, sent. n. 325
Corte cost., 26 gennaio 2011, sent. n. 24
Corte cost., 13 aprile 2011, sent. n. 128
Corte cost., 15 giugno 2011, sent. n. 187
Corte cost., 20 luglio 2012, sent. n. 199
Corte cost., 20 marzo 2013, sent. n. 46
Corte cost., 2 luglio 2013, sent. n. 220
Corte cost., 11 febbraio 2014, sent. n. 22
Corte cost., 16 luglio 2014, sent. n. 199
Corte cost., 12 marzo 2015, sent. n. 32

Corte cost., 24 marzo 2015, sent. n. 50
Corte cost., 7 luglio 2016, sent. n. 160
Corte cost., 25 novembre 2016, sent. n. 251
Corte cost., 4 marzo 2019, sent. n. 33
Corte cost., 29 marzo 2019, sent. n. 65
Corte cost., 5 maggio 2020, sent. n. 100
Corte cost., 29 maggio 2020, sent. n. 103
Corte cost., 26 giugno 2020, sent. n. 131
Corte cost., 23 ottobre 2020, sent. n. 222
Corte cost., 6 ottobre 2021, sent. n. 202
Corte cost., 29 gennaio 2021, sent. n. 10
Corte cost., 22 luglio 2021, sent. n. 163
Corte cost., 15 marzo 2022, sent. n. 72

Giurisprudenza amministrativa

Cons. Stato, sent. 31 gennaio 1868
Cons. Stato, parere, 11 marzo 1869
Cons. Stato, parere 22 maggio 1878
Cons. Stato, parere 14 aprile 1880
Cons. Stato, parere 18 febbraio 1881
Cons. Stato, parere 16 aprile 1882
Cons. Stato, 11 febbraio 1892
Cons. Stato, sez. IV, sent. 29 ottobre 1892
Cons. Stato, sent. 8 marzo 1895
Cons. Stato, sent. 28 ottobre 1896
Cons. Stato, sez. V, 29 ottobre 1955, n. 1364
Cons. Stato, sez. I, 6 marzo 1956, sent. n. 373
Cons. Stato, sez. V, 26 marzo 1965, sent. n. 291
Cons. Stato, sez. I, 1 febbraio 1985, parere n. 130

Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, sent. n. 374

Cons. Stato, sez. II, 28 febbraio 1996, sent. n. 366

Cons. Stato, Ad. Pl., 16 maggio 1996, n. 90/96

Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 1998, sent. n. 435

Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2001, sent. n. 4586

Cons. Stato, sez. V, 22 aprile 2004, sent. n. 2316

Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2004, sent. n. 5643

Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, sent. n. 5843

Cons. Stato, sez. V, 9 dicembre 2004, sent. n. 7899

Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2005, sent. n. 272

Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2005, sent. n. 5204

Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, sent. n. 5072

Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, sent. n. 5

Cons. Stato, sez. II, 18 aprile 2007, parere n. 456

Cons. Stato, sez. VI, 6 luglio 2006, sent. n. 4290

Cons. Stato, sez. VI, 27 dicembre 2006, sent. n. 7950

Cons. Stato, sez. V, 18 luglio 2007, sent. n. 3554

Cons. Stato, sez. V, 15 gennaio 2008, sent. n. 36

Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, sent. n. 156

Cons. Stato, Ad. Pl., 3 marzo 2008, sent. n. 1

Cons. Stato, sez. VI, 23 settembre 2008, sent. n. 4683

Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2009, sent. n. 6094

Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 2009, sent. n. 8376

Cons. Stato, sez. V, 13 luglio 2010, sent. n. 4510

Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2012, sent. n. 2021

Cons. Stato, sez. Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 24 maggio 2012, 11 giugno 2012, n. 2805

Cons. Stato, sez. VI, 13 settembre 2012, sent. n. 4870

Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2013, sent. n. 762

Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, sent. n. 4192

Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, sent. n. 4832

Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, sent. n. 5421

Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 2014, sent. n. 1181

Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2014, sent. n. 4599

Cons. Stato, sez. V, 25 settembre 2014, sent. n. 4827

Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, sent. n. 1034

Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 6 aprile 2016, 3 maggio 2016, parere n. 1075/2016

Cons. Stato, sez. III, 26 maggio 2016, sent. n. 2228

Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016, sent. n. 3653

Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale dell'8 marzo 2017, 14 marzo 2017, parere n. 638

Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2017, sent. n. 1521

Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale del 31 maggio 2017, 14 giugno 2017, parere n. 1405

Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 2017, sent. n. 4030

Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2018, sent. n. 274

Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2018, sent. n. 655

Cons. Stato, sez. V, 13 aprile 2018, sent. n. 2214/2018

Cons. Stato, 26 luglio 2018, parere n. 2052

Cons. Stato, Adunanza della Commissione speciale, 20 agosto 2018, parere n. 2052

Cons. Stato, 7 gennaio 2019, ord. n. 138

Cons. Stato, sez. V, 14 gennaio 2019, ord. n. 296

Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2019, sent. n. 3588

Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2019, sent. n. 4087

Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2020, sent. n. 1564

Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, sent. n. 6459

Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, sent. n. 8028

Cons. Stato, sez. III, 12 marzo 2021, sent. n. 2102

Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2021, sent. n. 3682

Cons. Stato, Ad. Pl., 9 novembre 2021, sent. n. 17 e 18/2021

Cons. Stato, 3 maggio 2022, parere n. 802

Cons. Stato, sez. VI, 14 settembre 2022, sent. n. 7980

Cons. Stato, sez. V, 17 ottobre 2023, sent. n. 9034

Cons. Stato, sez. III, 11 luglio 2024, sent. n. 6211

T.A.R. Liguria, sez. II, 8 maggio 1997, sent. n. 134

T.A.R. Basilicata, sez. I, 15 aprile 2005, sent. n. 271

T.A.R. Liguria, sez. II, 28 maggio 2005, sent. n. 527

T.A.R. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, sent. n. 1729

T.A.R. Friuli Venezia Giulia, 12 dicembre 2005, sent. n. 986

T.A.R. Toscana, sez. II, 29 novembre 2011, sent. n. 1855

T.A.R. Piemonte, sez. I, 31 luglio 2014, sent. n. 1365

T.A.R. Piemonte, sez. II, 17 gennaio 2018, sent. n. 90

T.A.R. Campania, sez. II, 2 ottobre 2019, sent. n. 1297

T.A.R. Lazio, sez. II, 4 febbraio 2020, sent. n. 1483

T.A.R. Calabria, sez. I, 12 settembre 2020, sent. n. 1447

T.A.R. Lazio, sez. I-*quater*, 1 luglio 2021, sent. n. 7786

T.A.R. Toscana, sez. I, 25 febbraio 2022, sent. n. 228

T.A.R. Lombardia, sez. II, 1 ottobre 2024, sent. n. 2533

Giurisprudenza contabile

Corte conti, sez. giurisd. Lazio, 22 febbraio 2007, n. 179

Corte conti, sez. reg. controllo Veneto, 4 novembre 2021, 182/2021/PAR

Corte conti, sez. reg. controllo Lazio, 30 marzo 2023, sent. n. 59/2023/PASP

Giurisprudenza ordinaria

Cass. Torino, 5 maggio 1869

Cass. Torino, 27 febbraio 1878

Cass. Roma, 8 gennaio 1884
Cass. Roma, 8 luglio 1884
Cass. Torino, 10 settembre 1885
Cass. Roma, 2 maggio 1893
Cass. Roma, sez. un., 6 luglio 1908
Cass. Roma, 12 gennaio 1910
Cass. Torino, 28 aprile 1911
Cass. Roma, 24 gennaio 1912
Cass. civ., sez. I, 1 luglio 1938
Cass., sez. un., 27 luglio 1939
Cass., 15 maggio 1944, sent. n. 381
Cass., 12 giugno 1963, sent. n. 1575
Cass. civ., Sez. Un., 29 dicembre 1990, sent. n. 12221
Cass. civ., Sez. Un., 25 novembre 2013, sent. n. 26283
Cass. civ., sez. VI, 20 gennaio 2017, ord. n. 1142
Cass. civ., sez. VI, 6 ottobre 2017, ord. n. 23478
Cass. civ., sez. VI, 30 gennaio 2018, ord. n. 2206
Cass. civ., sez. I, 22 febbraio 2019, sent. n. 5346
Cass. civ., Sez. Un., 14 marzo 2022, ord. n. 8186

Corte d'Appello Firenze, 22 dicembre 1906

Corte d'Appello Trani, 2 aprile 1916

Giurisprudenza europea

C.G.C.E., 17 dicembre 1970, C-11/70

C.G.C.E., 27 marzo 1974, C-127/73

C.G.C.E., 10 dicembre 1991, C-179/90

C.G.C.E., 19 marzo 1991, C-202/88

C.G.C.E., 17 novembre 1992, C-271/90, C-281/90, C-290/90

C.G.C.E., 19 maggio 1993, C-320/91
C.G.C.E., 27 ottobre 1993, C-46/90, C-93/91
C.G.C.E., 27 aprile 1994, C-393/92
C.G.C.E., 12 novembre 1996, C-84/94
C.G.C.E., 17 luglio 1997, C-242/95
C.G.C.E., 23 ottobre 1997, C-159/94
C.G.C.E., 28 aprile 1998, C-120/95
C.G.C.E., 18 giugno 1998, C-35/96
C.G.C.E., 25 giugno 1998, C-203/96
C.G.C.E., 10 novembre 1998, C-360/98
C.G.C.E., 21 settembre 1999, C-67/96
C.G.C.E., 18 novembre 1999, C-107/98
C.G.C.E., 25 ottobre 2001, C-475/99
C.G.C.E., 22 novembre 2001, C-53/00
C.G.C.E., 10 dicembre 2002, C-491/01
C.G.C.E., 10 aprile 2003, C-20/01, C-28/01
C.G.C.E., 24 luglio 2003, C-280/00
C.G.C.E., 11 gennaio 2005, C-26/03
C.G.C.E. 3 marzo 2005, C-172/03
C.G.C.E., 13 ottobre 2005, C-458/03
C.G.C.E., 10 novembre 2005, C-29/04
C.G.C.E. 15 dicembre 2005, C-148/04
C.G.C.E., 6 aprile 2006, C-410/04
C.G.C.E., 11 maggio 2006, C-340/04
C.G.U.E., 19 giugno 2008, C-454/06
C.G.C.E., 17 luglio 2008, C-371/05
C.G.C.E., 13 novembre 2008, C-324/07
C.G.C.E., 9 giugno 2009, C-480/06
C.G.C.E., 15 ottobre 2009, C-196/08

C.G.U.E., 22 ottobre 2013, C-105/12, C-106/12, C-107/12
C.G.U.E., 12 dicembre 2013, C-327/12
C.G.U.E., 3 aprile 2014, C-516/12, C-518/12
C.G.U.E., 20 gennaio 2016, C-375/14
C.G.U.E., 28 gennaio 2016, C-50/14
C.G.U.E., 7 settembre 2016, C-549/14
C.G.U.E., 8 dicembre 2016, C-553/15
C.G.U.E., 21 dicembre 2016, C-20/15, C-21/15
C.G.U.E., 27 marzo 2019, C-545/17
C.G.U.E., 18 settembre 2019, C-526/17
C.G.U.E., 3 ottobre 2019, C-285/18
C.G.U.E., 19 dicembre 2019, C-523/18
C.G.U.E., 6 febbraio 2020, C-89/19, C-90/19, C-91/19
C.G.U.E., 8 settembre 2022, C-614/20

Trib C.E., 27 febbraio 1997, T-106/95
Trib CE, 8 luglio 1999, T-266/97
Trib. C.E., 10 maggio 2000, T-46/97
Trib. U.E., 15 giugno 2005, T-17/02
Tribunale C.E., 12 febbraio 2008, T-289/03
Trib C.E., 11 giugno 2009, T-222/04

Giurisprudenza straniera

Russell v The Men Dwelling in the County of Devon (1788) 2 TR 667, 100 ER 359
Jackson v Schoonmaker, 2 Johns 230 (NY 1807)
Riddle v. Proprietors of the Locks an Canals on Merrimarck River, 7 Mass. 169 (1810)
Jackson v Hartwell, 5 Johns 422 (NY 1811)
Rumford v. Wood, 13 Mass. 193 (1816)
Stetson v. Kempton, 13 Mass. 271 (1816)

Trustees of Dartmouth College v Woodward (1819) 17 US (4 Wheat) 518

Grant v. Fancher, 5 Cow. 309 (N.Y. 1826)

Cour de Cassation, 25 luglio 1882

Cons. D'État, 17 novembre 1882

Cons. d'État, 7 dicembre 1888

Cons. d'État, 19 maggio 1889

Cons. d'État, 12 giugno 1891

Cons. d'État, Assemblée du contentieux, 21-27 giugno 1893

Cons. d'État, 29 marzo 1895

Missouri ex rel. Southwestern bell Tel. Co. V. Public Serv. Comm'n, 262 U.S. 276 (1923)

Soft Law e altro

Anci – Verifica periodica sulla situazione gestionale dei servizi pubblici locali di cui all'art. 30 del D. Lgs. n. 201/2022, I Quaderni, novembre 2024

ANAC, Comunicato del Presidente “Applicazione del Decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 - Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. (GU Serie Generale n.304 del 30-12-2022), entrato in vigore in data 31 dicembre 2022.”, 22 febbraio 2023

Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante “Delega al Governo in materia di contratti pubblici”, Consiglio di Stato, 7 dicembre 2022

Dossier sul riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, A. G. n. 3 della Camera dei Deputati, 22 novembre 2022

Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Disciplina dei servizi pubblici locali* (AS222), Roma, 9 novembre 2021

Allegato RIVEDUTO della DECISIONE DI ESECUZIONE DEL CONSIGLIO relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia 10160/21 ADD 1 REV 2, 8 luglio 2021

Comunicazione della Commissione, *Orientamenti in materia di aiuti di Stato a finalità regionale*, 19 aprile 2021, C(2021) 2594 final

Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del D.Lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, 31 marzo 2021

Autorità garante della concorrenza e del mercato, *Concessioni e criticità concorrenziali* (AS1550), Roma, 20 dicembre 2018

Comunicazione della Commissione sulla nozione di aiuto di Stato di cui all'articolo 107, paragrafo 1, del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (2016/C 262/01)

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Modernizzazione degli aiuti di Stato dell'UE*, 8 maggio 2012, COM(2012) 209 final

Comunicazione della Commissione sull'applicazione delle norme dell'Unione europea in materia di aiuti di Stato alla compensazione concessa per la prestazione di servizi di interesse economico generale, 2012/C 8/02, 11 gennaio 2012

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, *Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa*, 20 dicembre 2011, COM(2011) 900 def

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni che accompagna la Comunicazione “*Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo*”, *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 20 novembre 2007, COM(2007), 725 def.

Libro bianco sui servizi di interesse generale, 12 maggio 2004, COM(2004) 374 def.

Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni, COM(2004) 327, 30 aprile 2004

Libro verde sui servizi di interesse generale, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 def.

Commissione delle Comunità europee 1999/2154 - C(2002)2329

Relazione al Consiglio europeo di Laeken, *Servizi di interesse generale*, 17 ottobre 2001, COM(2001) 598 def

Commissione europea – Avvio della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia, Bruxelles, 4 luglio 2002, n. 8622

Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, 2001/C 17/04, 19 gennaio 2001

Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, COM (2000) 580 def.

Comunicazione della Commissione, *I servizi di interesse generale in Europa*, 26 settembre 1996, C-281(COM)

Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa*, 11 settembre 1996, COM(96) 443 def

Relazione della Commissione della Camera dei Deputati sul disegno di legge presentato dal Ministro dell'Interno Giolitti sulla municipalizzazione dei pubblici servizi (seduta 23 maggio 1902), in *Collezione legislativa ANIDEL, serie atti e discussioni parlamentari; Disposizioni legislative e lavori preparatori della l. 29 marzo 1903, n. 103*, Anidel, Roma, 1961

Circolare del Ministero delle Finanze, 10 settembre 1865

Sitografia

<https://www.arera.it/atlane-per-il-consumatore/acqua/il-servizio-idrico/il-ruolo-dell'autorita/qual-e-il-ruolo-dell'autorita-nella-definizione-della-tariffa>

<https://www.asseverazionitalia.it/asseverazione-piano-economico-in-project-financing/>

<https://bja.ojp.gov/program/it/privacy-civil-liberties/authorities/statutes/1288#:~:text=Background,oversee%20and%20regulate%20these%20industries.>

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/47/151>

<https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/glossary/free-movement-of-services.html#:~:text=L'articolo%2056%20del%20trattato,quale%20sono%20destinati%20i%20servizi.>

<https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/glossary/state-aid.html>

https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/nuovo-patto-di-stabilita-ci-conviene-36680?gad_source=1&gclid=Cj0KCQiA7se8BhCAARIsAKnF3ryV9Wu2gw35moQol9s0kOjy9gM2VyJH7UG3t6kWh52Z_0dSGq9T-AYaAjb4EALw_wcB

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/40/freedom-of-establishment-and-freedom-to-provide-services>

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/82/politica-della-concorrenza>

<https://www.marxists.org/italiano/marx-engels/1880/5/programma.htm>

<https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00978532.pdf>

<https://temi.camera.it/leg19/pnrr.html>

https://www.treccani.it/enciclopedia/price-cap_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/