

III

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI

MARCO DUGATO *

Sono davvero onorato che il professor Morbidelli mi abbia voluto qui; molto onorato di parlare a voi, che siete tra i giovani colleghi più promettenti. Quindi, i complimenti vanno innanzitutto a voi, per il vostro brillante inizio e per aver superato una severa selezione ed ai complimenti mi permetto di aggiungere il mio “in bocca al lupo” per ciò che vorrete e che di certo il futuro vi riserverà.

Venendo all’argomento che mi è stato affidato, non v’è dubbio che sia difficile da affrontare comunque lo si tagli. Sia che si dia alla lezione un taglio dogmatico, sia che si privilegi un taglio pratico. Bene, confesso che il rischio è quello di essermi occupato solo di questo ultimamente. La verità è che si tratta di un tema complesso, poliedrico e dai contorni sempre sfuggenti. Io ho tentato di affrontarlo sotto ogni profilo. Sotto l’aspetto più nobile, a partire dalla qualificazione del servizio pubblico e dal rapporto fra l’interesse pubblico e l’attività economica. Sotto quello di più immediata ricaduta pratica, semplicemente cercando di capire quali fossero le conseguenze dell’applicazione delle norme, in verità non sempre chiare e tra loro in armonia, che il legislatore è andato recentemente dettando. Vi confesso quindi il mio imbarazzo, particolarmente evidente oggi che parlo a colleghi, nell’espone considerazioni assai generali, in parte disorganiche, che avranno per necessità un tono quasi assiomatico e di verità e di cui, invece, sono io il primo ad essere incerto. Incerto soprattutto di quella con cui comincerò e di quelle con cui concluderò questa chiacchierata.

Da un punto di vista metodologico, anche in considerazione della vocazione che i più di voi hanno, cercherò di essere il più corretto possibile senza però essere troppo tecnico, perché è vero che oggi parlare di servizi pubblici locali significa parlare in egual misura di diritto societario e di diritto pubblico. Il di-

* Professore straordinario di Diritto amministrativo presso l’Università di Venezia.

scorso condotto finisce quindi per essere una sorta di pendolo in continuo movimento, che oscilla dalla concorrenza alla parte più classicamente riconducibile ai rapporti societari. L'analisi che tenterò di condurre pretende di affrontare una lettura profonda delle norme, che non si fondi solo sulla loro analisi e la loro prima esegesi.

La prima considerazione che mi permetterà di farvi riguarda proprio la qualificazione del concetto di servizio pubblico locale. È davvero un tentativo con poca probabilità di successo, di fatto un cerchio da quadrare. Ciò che rende ancor più problematico il ragionamento è che non si tratta di un'operazione puramente dogmatica o di mera correttezza sistematica. La qualificazione di un'attività comunale, di un'attività di un ente locale, in chiave di servizio o meno determina invece l'applicazione di un regime giuridico definito, dei suoi principi fondanti e delle sue regole puntuali o la fuoriuscita da quel regime. Non solo. L'iniziale opera qualificatoria, in sé complessa, appare oggi ulteriormente aggravata da un ulteriore passo logico – giuridico da compiere. Non è infatti più sufficiente qualificare un'attività in chiave di servizio pubblico o meno per definirne la disciplina, ma è anche necessario distinguere tra due categorie di servizio pubblico locale che fino al dicembre del 2001 non esistevano e che sono caratterizzate da differenti e distoniche regole.

Esaurita l'ambiziosa parte qualificatoria, che condurrò con molta brevità, cercherò poi di offrire una visione d'insieme sui principi generali della disciplina, che intende essere critica e problematica e non meramente descrittiva, poiché per chi affronta il tema dei servizi pubblici animato non da sola necessità esegetica ma da interesse scientifico, ciò che è davvero interessante è capire in quale modo tutta la disciplina che si è stratificata abbia potuto tenere sullo sfondo l'elemento su cui storicamente si è fondato il concetto di servizio pubblico locale; vale a dire l'interesse pubblico. In effetti, il tema della soddisfazione dell'interesse e quello delle modalità di garanzia e di sua soddisfazione oggi sembrano veleggiare molto lontani dal contesto della disciplina positiva. Vi invito, in proposito, a fare un interessante esperimento. Prendete uno scritto sui servizi pubblici locali della fine degli anni settanta e mettetelo a confronto con uno scritto attuale, di qualunque autore sia. Vi accorgete facilmente che si tratta di due scritti impossibili da paragonare. L'argomento sarebbe il medesimo, ma i temi trattati sarebbero differenti, gli istituti sarebbero differenti e differenti sarebbero i principi di cui si discute. Trovereste nel primo l'assoluta centralità del problema dell'interesse pubblico, della diffusione del servizio, della qualità del servizio intesa come capillarità del servizio ed accessibilità rispetto agli utenti. Non trovereste invece alcun riferimento a concetti quali "concorrenza", "mercato", "economia". Nello scritto attuale leggereste proprio di questo (concorrenza, mercato, supplenza dell'intervento pubblico rispetto al mercato), mentre raramente vi imbattereste

in considerazioni sulla centralità dell'interesse pubblico e sulla doverosità dell'intervento pubblico. Trovereste argomentazioni sull'essenzialità della funzione di regolazione e sulla necessità di una netta distinzione tra questa e l'attività imprenditoriale di gestione dei servizi, laddove nello scritto più antico fatichereste a distinguerle.

Veniamo al problema della qualificazione. I linguisti parlano di "falsi amici", alludendo a quelle espressioni linguistiche simili ad altre, avendo invece un significato del tutto diverso. Come i falsi amici, dunque, traggono in inganno perché si è portati ad attribuire ad espressioni simili corrispondenti significati. Nel nostro caso, potremmo considerare falsi amici il concetto di servizio pubblico in generale e quello di servizio pubblico locale. Sembra un paradosso, e forse in parte lo è, ma la verità è che oggi la parentela (non tanto di disciplina quanto concettuale) del concetto di servizio pubblico nazionale e del concetto di servizio pubblico locale è una parentela molto lontana. L'osservazione giustifica una disciplina differente e giustifica il fatto che, nell'affrontare il tema della classificazione, non mi riferirò mai ad un concetto generale di servizio pubblico. Basterà, ad esempio, considerare tutta la letteratura italiana che si è occupata dei servizi pubblici nazionali sotto i profili del servizio universale e della cosiddetta "congruità" del servizio, per imbattersi in concetti difficilmente applicabili ai servizi pubblici locali.

Che cosa sono dunque i servizi pubblici locali? All'individuazione del concetto si può arrivare procedendo per tappe. Innanzitutto, sono attività economiche svolte dagli enti locali. Dirò di più. A mio avviso – è però questa una di quelle famose frasi che hanno tono assiomatico ma che di certezza ne offrono poca – tutti i servizi pubblici locali si possono classificare tra le attività di natura imprenditoriale, trattandosi di attività economiche suscettibili di essere svolte in forma di impresa. Che cosa distingue allora questi servizi pubblici dalle altre attività economiche dei comuni? Ben sappiamo, infatti, che l'aver natura economica non è carattere tipico dei soli servizi pubblici locali, dal momento che i comuni svolgono altre attività, che sicuramente non possono farsi rientrare nel novero dei servizi pubblici locali e che pure hanno valenza economica e valenza imprenditoriale. Il primo elemento distintivo è di tipo oggettivo e sta nella circostanza che le attività economiche che costituiscono l'oggetto del servizio pubblico locale sono attività direttamente volte alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività. Mentre le attività meramente economiche o le attività economiche in senso stretto sono attività in cui l'interesse pubblico è soddisfatto solo indirettamente, attraverso la produzione di ricchezza che serve poi a soddisfare gli altri bisogni della collettività, nei servizi pubblici locali, pur essendo economica e d'impresa l'attività, quest'ultima è in sé necessaria e direttamente volta alla soddisfazione di un bisogno collettivo primario. Il più delle volte si tratta di un bisogno

costituzionale. Anzi, vi è chi dice che si tratti sempre di un bisogno costituzionale. Io non credo che il riferimento ai bisogni costituzionalmente qualificati sia d'aiuto, richiedendo un'opera interpretativa complessa, evolutiva e dai contorni non sempre certi. Quel che ritengo è che il bisogno alla cui soddisfazione è diretta l'attività di servizio pubblico possa dirsi primario ed essenziale nel contesto e nel momento considerato. È questo l'elemento che permette di distinguere l'attività di un comune che gestisce chioschi di gelato dall'attività di trasporto pubblico locale. Anche quest'ultima è evidentemente un'attività economica d'impresa, tanto è vero che è svolta da numerose imprese private. Tuttavia, il trasporto pubblico locale, rispetto alla vendita dei gelati, è caratterizzato dall'ulteriore elemento della soddisfazione diretta della libertà di circolazione, della soddisfazione di un bisogno primario della collettività locale.

Questo primo carattere non è l'unico che distingue le attività meramente economiche da quelle di servizio pubblico. Ve n'è un'altra, dalla morfologia più dinamica, che non credo di errare se definisco un'invenzione. È di certo un carattere su cui molto ha ragionato il Consiglio di Stato negli ultimi tempi ed attiene al destinatario dell'attività. Nel caso dei servizi pubblici, si afferma, chi svolge l'attività la svolge non in favore dell'ente o per consentire all'ente di soddisfare i bisogni della collettività, ma la svolge direttamente in favore di quest'ultima. Secondo il Consiglio di Stato, le attività dei comuni che sono tecnicamente qualificabili come servizi pubblici hanno dunque come caratteristica, oltre a quella della soddisfazione di un bisogno collettivo primario, l'ulteriore caratteristica rappresentata dal fatto che l'attività prestata è direttamente esercitata in favore della collettività di riferimento. È divenuto celebre il caso del cosiddetto "servizio calore", vale a dire dell'attività di riscaldamento degli uffici pubblici, con riferimento al quale il giudice amministrativo si è chiesto se si dovesse o meno fare ricorso al concetto di servizio pubblico. Tentando di costituire un parametro di riferimento costante e stabile, il Consiglio di Stato ha ritenuto che l'attività di riscaldamento degli uffici comunali o delle case di prima accoglienza per gli extracomunitari non possa definirsi servizio pubblico locale in senso proprio, giacché l'attività viene svolta in favore non della collettività degli utenti, bensì direttamente in favore dell'ente. Sarà poi quest'ultimo, anche grazie al riscaldamento degli edifici e soltanto in un momento successivo a quello dell'approvvigionamento del calore, a soddisfare il bisogno della collettività.

Sono quindi due gli elementi fondanti la qualificazione in chiave di servizio pubblico dell'attività del comune. Deve trattarsi di un'attività d'impresa diretta immediatamente a soddisfare un bisogno primario della collettività di riferimento; l'attività deve potersi dire immediatamente diretta alla collettività, che si presenta quindi quale contraente dell'erogatore del servizio.

Che dire di questi criteri classificatori e della definizione che se ne può trarre?

Non penso se ne possa dire un gran bene. Essa appare, in primo luogo, incompleta; in secondo luogo, mi pare per certi versi anche inesatta. È certo incompleta perché, a mio avviso, affinché un'attività economica svolta dal comune divenga servizio pubblico in senso tecnico e quindi possa trovare applicazione la speciale disciplina sui servizi pubblici degli enti locali, è necessario un altro elemento, un ulteriore carattere. Il concetto risulta più chiaro se si prende spunto da un esempio. Sappiamo oramai che i servizi pubblici locali soddisfano bisogni primari e tutti noi sappiamo bene che sono tali non solo i bisogni materiali, ma che esistono bisogni essenziali di naturale, per così dire, immateriale, spirituale o culturale. Non è dubbio, ad esempio, che l'attività svolta da un teatro di prosa sia un'attività diretta a soddisfare un bisogno primario della collettività, culturale e non meno importante dei bisogni materiali. Ed allora si pensi alla gestione, da parte di un grande comune, di un teatro di prosa, che svolga la sua attività in un contesto ricco di altri teatri di prosa, condotti da soggetti privati, con i quali concorra offrendo al pubblico un proprio cartellone di spettacoli ed una propria politica di prezzi. Si consideri ora lo stesso teatro, con il medesimo cartellone ed identici prezzi, gestito però direttamente da un piccolo comune in un contesto in cui il mercato non offre alcuna attività privata concorrente, Si tratta ancora di attività economica? Non v'è dubbio. Soddisfa essa un bisogno della collettività? Certamente. È un bisogno culturale, un bisogno immateriale ma è senz'altro un bisogno primario. Per di più, l'attività è direttamente svolta in favore della collettività. Il contraente, chi fruisce dell'attività, è direttamente il membro della collettività a cui lo spettacolo è offerto. Siamo però sicuri che non vi sia differenza tra il primo ed il secondo caso? Possiamo dirci sicuri che la classificazione dell'attività sia la medesima nel grande comune dai tanti teatri e nel piccolo comune in cui l'offerta pubblica è l'unica esistente?

Si tenti di fare una prova di sottrazione. Si elimini l'intervento pubblico nel primo e nel secondo caso. La cessazione della gestione comunale del teatro, nel primo caso, non determinerà l'insoddisfazione del bisogno, comunque garantito in modo adeguato dagli operatori privati. In altri termini, il depauperamento dell'offerta conseguente alla cessazione dell'attività pubblica non si tradurrà nell'insoddisfazione del bisogno. La medesima operazione concettuale, se compiuta nel secondo caso, conduce ad un risultato del tutto differente. Eliminato l'intervento pubblico, il bisogno diviene impossibile da soddisfare.

Vi è dunque, a parer mio, un elemento necessario perché un'attività economica dell'ente locale possa definirsi come servizio pubblico in senso stretto ulteriore rispetto a quelli che si sono in precedenza definiti e che attiene all'indefettibilità dell'intervento pubblico ai fini della soddisfazione del bisogno primario. In altri termini, perché l'attività possa dirsi servizio pubblico è necessario che l'intervento dell'ente locale sia indispensabile per l'adeguata soddisfazione del biso-

gno. Si badi: il fatto che si classifichi o meno come servizio pubblico un'attività, non incide sulla possibilità che l'ente possa comunque esercitare quella attività. Si è detto in precedenza che il comune, della cui piena capacità d'agire non può discutersi, può svolgere ogni attività che sia compatibile con i propri fini istituzionali. Tuttavia, poiché le regole giuridiche sull'organizzazione e la conduzione dell'attività cambiano in ragione della differente classificazione della stessa, si debbono qualificare come servizi pubblici locali le sole attività economiche dirette alla soddisfazione di un bisogno primario della collettività che rimarrebbe insoddisfatto (o inadeguatamente soddisfatto) in assenza dell'intervento pubblico e soltanto a queste ultime debbono applicarsi le regole giuridiche sull'organizzazione e la gestione dei servizi pubblici locali.

Quel che entra in gioco è il concetto che potremmo definire "dell'adeguatezza del mercato". L'attività non è servizio pubblico locale se, indipendentemente dall'intervento dell'ente locale, il bisogno sotteso all'attività sarebbe comunque adeguatamente soddisfatto dal mercato. Quando invece l'intervento pubblico è indispensabile per la soddisfazione del bisogno, a causa dell'inesistenza o dell'inadeguatezza del mercato, allora quella attività assume i caratteri del servizio pubblico locale.

Quali sono le implicazioni dell'applicazione del canone ora descritto? In primo luogo, appare evidente che il concetto di servizio pubblico locale è un concetto dinamico, sotto il profilo geografico e temporale, e del tutto dipendente dal contesto in cui l'attività si svolge. Ferme restando le due caratteristiche oggettive indispensabili per la classificazione di un'attività come servizio pubblico, non si può dire, infatti, che la medesima attività sia sempre servizio pubblico in ogni comune ed in ogni momento. Se il mercato evolverà fino a condurre all'apertura di altri teatri laddove in precedenza ve n'era uno soltanto e pubblico, la gestione da parte del comune, pur restando del tutto lecita, perderà la qualificazione di servizio pubblico locale. Vi è poi il profilo territoriale. Ciò che è servizio pubblico in un comune può non esserlo in un altro comune. È il caso, ad esempio, della gestione di un palazzo del ghiaccio. La gestione di un palazzo del ghiaccio a pagamento da parte del comune di Cortina d'Ampezzo assume caratteri giuridici differenti da quelli che caratterizzerebbero la medesima attività se svolta dal comune di Ragusa (quel che è bisogno primario in un determinato luogo può non esserlo in un altro luogo). Ancora una volta è bene precisare: ciò che si determina non riguarda la liceità dell'intervento pubblico nella gestione, bensì la qualificazione diversa dell'attività svolta. È dunque impossibile una classificazione oggettiva delle attività che sono servizio pubblico, perché la classificazione dipende dalle circostanze di un contesto che è, al medesimo tempo, contesto sociale, contesto economico, contesto storico.

Merita invece qualche riflessione il concetto di adeguatezza del mercato a cui

si è fatto riferimento. Si è detto che tutte le volte che ci si pone il problema della qualificazione di un'attività si deve applicare quel sistema di sottrazione concettuale dell'intervento pubblico e analizzare ciò che residua in termini di soddisfazione del bisogno da parte del mercato. L'assenza totale di soddisfazione del bisogno non è l'unico risultato che determina la qualificazione dell'azione pubblica in chiave di servizio pubblico. Il concetto di adeguatezza del mercato, quale parametro di classificazione dell'attività rispetto a bisogni primari dell'individuo e della collettività, non può non rapportarsi al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Esso deve quindi fondarsi su un parametro di accessibilità diffusa, determinandosi così tanto un principio di estensione del servizio capace di raggiungere ogni domanda e bisogno, quanto uno *standard* di tollerabilità economica del servizio da parte delle fasce più deboli dell'utenza. Questa è la ragione per la quale, ad esempio, i trasporti pubblici locali ed il servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti debbono sempre qualificarsi come servizi pubblici locali. È vero, infatti, che l'intervento pubblico non avviene in un sistema che non ha mercato. Quante imprese fanno trasporto pubblico per profitto e quante imprese smaltirebbero i rifiuti in assenza di intervento da parte degli enti locali? Bisogna però domandarsi a quali condizioni. Vedremmo certo molti imprenditori farsi concorrenza nei percorsi più affollati, coincidenti con le linee piene, e nessuno fare correre i propri mezzi sulle tratte meno affollate. In tal caso, il mercato non sarebbe adeguato perché gli abitanti delle zone meno popolate non avrebbero un accesso ragionevole al servizio e vedrebbero compromessa la loro libertà di circolazione. Non solo. Senza l'intervento pubblico non esisterebbero neppure garanzie sotto il profilo dell'accessibilità economica al servizio. Non basta che il mercato sia adeguato come offerta ma bisogna che il mercato sia adeguato nella soddisfazione del bisogno *indipendentemente dalla capacità economica dei soggetti*.

La qualificazione in chiave di servizio pubblico, si diceva, determina l'applicazione di una disciplina assolutamente peculiare rispetto a quella che governa l'attività economica degli enti locali, che ha riferimenti normativi molto generali (l'articolo 11 del Codice Civile, che riconosce agli enti pubblici la piena capacità di diritto privato; qualche norma della disciplina di contabilità generale, che impone all'amministrazione di muoversi nell'ambito dell'attività economica e dell'attività contrattuale rispettando i principi di imparzialità e di buon andamento, e poco altro). Soprattutto non consente all'ente locale di scegliersi le modalità organizzative dell'attività come meglio crede. La disciplina è attualmente quella dettata dagli articoli 112 e seguenti del Testo unico sugli enti locali (d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267). L'art. 112 contiene una sorta di definizione, eccessivamente generale ed assolutamente inutilizzabile, di servizio pubblico locale. Gli articoli dal 114 in avanti hanno un contenuto assai puntuale e si riferiscono a mo-

menti particolari dell'organizzazione dei servizi (trasformazione delle aziende speciali in società di capitali, affidamento dei lavori pubblici alle società di gestione dei servizi, criteri di determinazione delle tariffe ecc.). Di fatto, il nucleo essenziale della disciplina era contenuto, fino alla sentenza n. 272/2004 della Corte costituzionale, negli articoli 113 e il 113 *bis* del decreto: il primo dedicato ai servizi pubblici con rilevanza economica; il secondo, a quelli privi di detta rilevanza. Il secondo articolo, è bene anticipare, è stato dichiarato integralmente illegittimo dal giudice delle leggi.

Per capire quali sono i caratteri o le caratteristiche generali di questa disciplina è però necessario un secondo passaggio classificatorio. Con l'articolo 35 della legge n. 448 del 2001, i servizi pubblici locali sono stati distinti in due categorie. Secondo la terminologia utilizzata dal testo originario dell'art. 35, si trattava della categoria dei servizi pubblici aventi rilevanza industriale e di quella dei servizi senza rilevanza industriale. Alle due tipologie sono stati dedicati due regimi giuridici completamente differenti, ispirati a principi del tutto diversi e caratterizzati da diverse regole organizzative e di gestione. I principi ispiratori della disciplina dei servizi pubblici con rilevanza industriale sono principi per lo più riconducibili all'intento di instaurare un regime concorrenziale nell'erogazione delle *utilities*. I servizi pubblici con rilevanza industriale diventano (o si assume diventano) parte del mercato e la loro disciplina si ispira alla concorrenza per quel mercato. Si spiegano così alcune delle scelte fondamentali compiute, come quella della separazione della proprietà dei beni indispensabili allo svolgimento del servizio dalla conduzione del servizio stesso (si parla di separazione delle reti e degli impianti dalla gestione del servizio). Non solo. Sempre nella prima formulazione dell'art. 35, era affermato il principio in base al quale la proprietà delle reti e degli impianti è necessariamente pubblica, mentre la gestione del servizio non può essere pubblica.

Il ragionamento è forse un poco grossolano da un punto di vista giuridico, ma si può dire che l'attenzione alla concorrenza, la distinzione tra la proprietà delle reti e la gestione del servizio, la riserva pubblica della proprietà delle reti e l'espulsione del pubblico dalla gestione dei servizi rilevanza industriale, dimostrano che ciò che interessa nella dimensione normativa del servizio pubblico locale con rilevanza industriale è la garanzia dell'attività o la garanzia delle attività private come garanzia di attività concorrenti nell'erogazione del servizio. Il servizio diventa un'occasione di profitto per le imprese; aggiudicarsi quel servizio significa svolgere una attività remunerativa. Ciò che massimamente preoccupa il legislatore è garantire che ci sia un'effettiva concorrenza tra gli aspiranti gestori di quei servizi. Debbo precisare che il mio discorso non rappresenta un giudizio di valore, ha una connotazione puramente descrittiva e che certo l'impostazione a cui il legislatore del 2001 si ispirò rispondeva all'idea, ben definita e tutt'altro

che disprezzabile, secondo la quale l'elemento pubblico di garanzia sta nel dettare le regole, non già nella conduzione diretta delle attività. Tanto è vero che accanto al principio di concorrenza ed accanto alla separazione fra reti e gestione del servizio, era forte il richiamo alla titolarità pubblica del potere di regolazione del servizio, di determinazione delle regole del servizio, a prescindere dalla natura del gestore. Ciò che l'ente deve garantire sono l'adeguatezza del servizio, l'accessibilità del servizio ed i prezzi del servizio.

Le regole sui servizi pubblici della seconda categoria, quelli privi di rilevanza industriale, sono ispirate a principi radicalmente diversi. Potremmo dire che si assiste alla celebrazione del principio dell'assoluta indifferenza per la concorrenza. Non c'è separazione fra reti e servizio, non vi è alcuna esclusione del pubblico dalla gestione di questi servizi. Anzi, le formule di gestione di questi servizi al dicembre 2001 sono eminentemente pubblicistiche. L'esternalizzazione, come si usa definire la scelta di un privato per la gestione di questi servizi, è addirittura considerata come una formula di gestione residuale, utilizzabile solo quando le formule pubblicistiche dirette o indirette non siano sufficienti o adeguate.

La prima, grande difficoltà in cui s'imbatte l'interprete è capire che cosa va nella prima scatola e cosa va nella seconda scatola, vale a dire comprendere che cos'è servizio pubblico industriale e che cos'è servizio pubblico locale non industriale. Agli occhi del giurista raffinato il problema è insolubile, posto che il termine "industriale" è un termine non identificativo. Come è ben noto, il termine "industriale" compare nel nostro ordinamento con un significato ed una portata generali (le norme settoriali lo utilizzano invece assai spesso) soltanto per differenziare le attività di impresa di produzione di beni e servizi rispetto alle attività di impresa di intermediazione della circolazione dei beni e dei servizi, dette commerciali. È evidente che questo non può essere lo spirito che ha animato la distinzione, perché i servizi pubblici locali sono tutti servizi di produzione di beni o servizi e sono quindi tutti industriali. Nella riformulazione dell'art. 113 ad opera del d. l. n. 269/2003, alla classificazione fondata sul canone della industrialità si è sostituita quella che tiene conto della economicità dei servizi. Così, oggi si distingue tra servizi con rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica.

Qualunque sia il fondamento della distinzione, resta il problema classificatorio. Non è questa la sede per dare conto di tutte le soluzioni distintive che sono state prospettate. È oggi assai accreditata una classificazione che pone il discrimine nella remuneratività dell'attività, cioè nella capacità delle attività di produrre lucro. A mio parere, la tesi, pur avendo sicuramente buoni fondamenti, presenta tuttavia due profili di criticità. Il primo profilo critico consiste nella sua non perfetta definizione, poiché la teoria è a sua volta scomponibile in due sottoteorie. Il lucro, infatti, è elemento da declinare, in ragione del fatto che un'attività

può dirsi produttiva di lucro in senso astratto o in senso concreto. Tento di essere più chiaro. Ci sono attività che a priori non possono produrre lucro. Tale è, ad esempio, la gestione di un centro di accoglienza per extracomunitari. Si tratta di attività con riferimento alle quali non è ipotizzabile neppure in astratto la realizzazione di un profitto da parte dell'ente locale. La distinzione può però essere fatta non solo su base oggettiva, ma anche su una base per così dire soggettiva, di scelta politica dell'ente locale. È così vero che vi sono attività che in astratto potrebbero produrre lucro, ma che per una scelta politica dell'ente locale non lo producono, avendo l'ente deciso di produrre e fornire il servizio a semplice regime di copertura dei costi. Il lucro dipende dalle tariffe e quindi da una scelta politica dell'ente locale. È allora evidente che la tesi che fonda sul lucro la distinzione tra le due categorie di servizi deve innanzitutto essere specificata: sono attività industriali quelle che producono lucro in astratto o sono attività industriali quelle che producono lucro in concreto? A parer mio, quest'ultima formulazione appare più logica, più giustificata, poiché non avrebbe senso limitare la capacità di scelta politica del comune con riferimento ad un settore così condizionato dalla visione politica del rapporto tra amministrazione e cittadini. Sennonché, l'applicazione del criterio distintivo della remuneratività in concreto determina la conseguenza è che in due comuni limitrofi, alla luce di una differente scelta politica, la stessa attività è qualificata in modo diverso, con conseguente applicazione di regimi totalmente diversi. L'alterazione del sistema è evidente, visto che il soggetto che svolge l'attività secondo un regime più favorevole all'intervento pubblico (quello dei servizi non industriali o non economici) è soggetto ad un regime concorrenziale assai differente da quanto non accada nell'ambito territoriale in cui si applichi la disciplina dei servizi industriali o economici, maggiormente ispirata alle garanzie del mercato.

Dicevo che nella disciplina dei servizi economici è principio fondante quello della separazione del momento della proprietà delle reti e degli impianti da quello della gestione del servizio. Quel che mi pare se ne debba dedurre è che il presupposto per l'applicazione di questa disciplina è che si tratti di un servizio per il quale esista la necessità di reti o di impianti. Semplificando molto, le reti, gli impianti e le dotazioni patrimoniali sono i beni senza i quali il servizio non esiste in sé. Lo è un depuratore dell'acqua, poiché non c'è depurazione dell'acqua se non c'è il depuratore, mentre il servizio di smaltimento dei rifiuti esiste anche se non ci sono i camion, perché i rifiuti si possono smaltire anche in modo diverso dalla raccolta coi camion. Allora, considerando il fatto che i servizi industriali sono caratterizzati dalla necessaria presenza di reti di impianti perché intorno ad essa la disciplina ruota, si è pensato da parte di altri che la distinzione fra i servizi industriali e servizi non industriali risieda nell'esistenza o meno di reti di impianti. I servizi che hanno bisogno di reti e di impianti sono dunque

servizi industriali, mentre i servizi che non hanno reti ed impianti sono servizi non industriali.

Si è detto che la classificazione introdotta con il decreto legge n. 269 del 2003 distingue tra “servizi locali aventi rilevanza economica” (non più industriale) e “servizi locali privi di rilevanza economica”. Non sono mancati gli interpreti che hanno fatto discendere dal cambio di denominazione importanti conseguenze. Io penso che così non sia. Penso infatti che al di là del richiamo che la nuova formulazione fa ad istituti e a concetti noti al diritto europeo, i problemi classificatori restino in buona sostanza identici e ritengo che un criterio di classificazione perfetto e incontrovertibile non esista. Non esiste un criterio che permetta senza incertezze di distinguere tra servizi economici e servizi non economici. Ritengo tuttavia ancora oggi che il criterio basato sulla presenza delle reti e degli impianti sia il criterio più affidabile, il meno imperfetto.

Posto che è cambiata la denominazione delle due categorie di servizi, sono cambiati i principi della loro disciplina giuridica? In parte sì. Rimane per i servizi economici la distinzione fra proprietà delle reti, sempre pubblica, e gestione del servizio, ma l’espulsione del pubblico dalla gestione non è più un assunto privo di eccezioni. Nei servizi industriali, a partire dal settembre dello scorso anno, l’intervento pubblico diretto nella gestione torna non solo ad essere legittimo, ma addirittura a rappresentare la regola. Delle tre modalità di gestione di questi servizi, due sono modalità caratterizzate dall’intervento pubblico: società interamente pubbliche di gestione *in house* e società a partecipazione mista. L’esternalizzazione per gara a privati in concorrenza, da unica modalità di gestione, diviene una delle tre possibili, così che si può oggi affermare che nei servizi con rilevanza economica la concorrenza è divenuta un’opzione dell’ente locale, una mera sua possibilità, non già un dovere come era nel testo dell’art. 113 introdotto dall’art. 35. In questo la disciplina dei servizi economici e quella dei servizi non economici sono divenute assai simili, almeno fino alla recente declaratoria di incostituzionalità dell’art. 113 *bis*. Nei servizi economici la gestione può essere pubblica; nei servizi non economici la gestione è fatalmente pubblica, perché nella disciplina del settembre 2003 manca una norma espressamente legittimante l’esternalizzazione a privati dei servizi non economici.

Resta da chiedersi quali siano i problemi generali del quadro descritto. Il primo riguarda un aspetto per il quale sareste più adatti voi a consigliare me di quanto non lo possa essere io a voi: il problema della legittimazione di un intervento legislativo statale su questa materia. Fin dall’esordio dell’art. 35 si è compreso che su tutta la nuova disciplina aleggiava lo spettro dell’individuazione del titolo in virtù del quale lo Stato, nell’ambito della distribuzione delle competenze ad opera della riforma del titolo V della Costituzione, potesse reclamare una propria potestà normativa primaria nella materia dei servizi pubblici locali. La

riforma degli artt. 113 e 113 *bis* del settembre 2003 ha destinato a sorte differenti le due categorie di servizi: quelli economici, la cui disciplina espressamente si definisce di principio e volta alla tutela della concorrenza; quelli non economici, per i quali non è specificato il titolo di legittimazione della normativa statale. A seguito dei ricorsi di alcune Regioni, la Corte costituzionale, con la ricordata sentenza n. 272 del 2004, ha riconosciuto la legittimità dell'art. 113 (fatta eccezione per un inciso del comma 7), fondandola sulla materia della tutela della concorrenza, riservata in via esclusiva allo Stato, invero non cimentandosi in alcuna seria opera di distinzione tra ciò che davvero è norma di principio sulla concorrenza e ciò che è invece disciplina del modello organizzativo. Ha dichiarato invece integralmente illegittimo l'art. 113 *bis*, poiché non riconducibile ad alcuna delle materie di competenza statale. Del futuro, e ancor prima del presente, della disciplina dei servizi non economici non è facile dire. La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 113 *bis* li ha di fatto privati di qualsiasi normativa espressa e v'è da interrogarsi sulle norme a cui riferirsi fino a che le Regioni non avranno provveduto a colmare il vuoto. È senz'altro da escludere ogni reviviscenza della disciplina precedente l'art. 35, che fu all'epoca espressamente abrogata. Due sono le possibili soluzioni. La prima, che trova il suo fondamento nelle pronunce della Corte n. 302 e 303 del 2003 e sul principio dell'inesauribilità e della continuità dell'ordinamento, afferma che l'effetto caducatorio della sentenza n. 272/2004 si produrrebbe al momento dell'entrata in vigore della prima disciplina regionale della materia. In altri termini, l'art. 113 *bis*, pur illegittimo, rimarrebbe applicabile fino all'emanazione della normativa da parte delle Regioni. Chi ritenga di farvi riferimento, tuttavia, deve superare l'ostacolo dell'assenza, nella sentenza del 2004, di qualsiasi riferimento ad un siffatto differimento degli effetti, presente invece nelle sentenze del 2003. La seconda riconosce invece l'effetto immediatamente abrogativo della sentenza, così da far venire meno la disciplina statale di settore. Per l'organizzazione dei servizi non industriali, dunque, i riferimenti sarebbero quelli generali sul potere degli enti locali. Si dovrebbero quindi ritenere percorribili sia la via della gestione diretta, direttamente ricollegabile all'autonomo potere organizzativo dei comuni con riferimento alle funzioni loro attribuite sia, per lo stesso motivo, quella delle società *in house*, classificate dall'ordinamento nazionale e da quello europeo alla stregua di veri e propri organi indiretti dell'ente. Allo stesso tempo, si dovrebbe ritenere legittimo l'affidamento del servizio a privati per mezzo di un provvedimento traslativo (concessione) o per mezzo di un provvedimento autorizzativo, secondo che si ritenga pubblica ed esclusiva la titolarità del servizio ovvero soltanto il potere di immisione dei privati nella gestione dei servizi.

Quel che comunque non si deve sottovalutare è il potere regolamentare riconosciuto ai comuni (ed agli enti locali in genere) dall'art. 117 Cost., che, indipen-

dentemente dal fatto che la potestà legislativa spetti solo allo Stato, solo alle Regioni, ovvero allo Stato e alle Regioni in concorrenza, quel potere è a loro riconosciuto per quel che attiene a tutte le funzioni loro proprie o a loro attribuite. Non mi pare dubitabile che quelle di cui qui si parla siano funzioni proprie od attribuite ai comuni ed alle province. Mi chiedo allora se una disciplina tanto pervasiva ed analitica qual è quella statale del 2001 e del 2003 (e quale potrebbe essere quella regionale di disciplina dei servizi non economici), che poco o nulla lasciano agli enti locali da disciplinare, possa davvero definirsi legittima ai sensi del nuovo quadro costituzionale.

Non v'è dubbio che il quadro normativo che io in grande sintesi ho richiamato sia un quadro del tutto provvisorio. In merito ai servizi pubblici economici, è vero, infatti, che continuano oggi a trovare nell'articolo 113 le norme che li disciplinano, ma, a mio avviso, non è escluso che vi siano futuri ripensamenti del giudice delle leggi sull'integrale loro legittimità. Soprattutto, si tratterà di comprendere quale spazio sia in sostanza garantito dalle leggi statali e da quelle regionali al potere regolamentare dei comuni. Dei servizi privi di rilevanza economica si è detto. Vi è qui una vera e propria emergenza interpretativa, volta ad evitare che un settore così delicato e così vicino al cuore delle funzioni principali degli enti locali sia lasciato senza alcun principio di riferimento.

Al di là delle considerazioni svolte sin qui, che certo vi lasciano più dubbi ed incertezze di quanti non ne aveste prima, sento di dover concludere in un modo che io stesso definirei poco moderno. Vi è, infatti, un elemento che troppo spesso nelle trattazioni più recenti rimane sullo sfondo e che è rimasto sullo sfondo anche nel mio discorso. Bisogna interrogarsi su quanto sia necessario l'intervento pubblico nelle attività volte alla soddisfazione dei bisogni primari della collettività e bisogna chiedersi, a mio avviso, se sia del tutto vero l'assunto in virtù del quale l'intervento indefettibile è soltanto quello di regolazione e di controllo. Quel che non può tacersi è che la scelta è politica, prima che tecnica. Il rischio che corre chi immagini di poter trovare la disciplina ottimale in ragione della sola virtù degli effetti economici e della qualità del servizio, è quello di invertire capo e coda del ragionamento. In attività così sensibili, così vicine alla ragione stessa di esistenza degli enti territoriali, l'interesse pubblico letto alla luce del principio di uguaglianza sostanziale impone di considerare la qualità e l'economicità dei servizi come premessa per la realizzazione dei bisogni collettivi, non già come fine ultimo. Se così è, allora è chiaro come un ambito pur piccolo come quello dei servizi pubblici locali possa essere disciplinato alla luce di una scelta prima politica che tecnica, che così si potrebbe brutalmente riassumere nella scelta per una concorrenza come valore in sé o per una concorrenza, per così dire, "perequata", compatibile con la soddisfazione dei bisogni della collettività. Se si ritiene che il bisogno di soddisfazione dell'interesse pubblico

non è sempre garantito dalla definizione delle regole e dal controllo del loro rispetto, ma è garantito dall'intervento pubblico nell'attività, allora l'intervento pubblico non può essere un mero intervento suppletivo ma è un intervento principale. Non esclusivo, certo, ma necessario. D'altronde, chi voglia bene interpretare l'assenza di riferimenti diretti nel trattato dell'Unione ai servizi pubblici locali e leggere la disciplina comunitaria per quel che davvero significa non può giungere a conclusioni differenti. Mi viene in mente, ad esempio, un regolamento della Commissione, il 2000/52, che sebbene in apparenza si occupi della contabilità delle imprese pubbliche e dell'obbligo di separazione contabile tra l'attività di queste, è però assai utile perché tutta la parte dei "considerato" e dei "ritenuto" fa capire come per il diritto comunitario il mercato nei servizi pubblici sia una scelta dello Stato non un obbligo, riconoscendo che la scelta della disciplina dei servizi non è una scelta giuridica ma è una scelta politica di bilanciamento tra interessi: interesse pubblico ed interesse economico degli imprenditori.