

UNIVERSITA DI TORINO  
MEMORIE DELL'ISTITUTO GIURIDICO

SERIE IV

MEMORIA V

---

ROBERTO CAVALLO PERIN

**COMUNI E PROVINCE  
NELLA GESTIONE DEI SERVIZI PUBBLICI**

VOLUME PRIMO

Studio sul controllo e sulle forme di erogazione pubblica  
nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali



---

NAPOLI — CASA EDITRICE JOVENE — 1993

## INDICE SOMMARIO

### CAPITOLO PRIMO

#### IPOTESI DI STUDIO SUI SERVIZI PUBBLICI DI COMUNI E PROVINCE

	<i>pag.</i>
1. Le ragioni iniziali di stimolo per uno studio sui servizi pubblici. Inefficienza dei servizi pubblici, spesa pubblica e privatizzazioni. Eccessiva semplificazione delle ragioni di un mutamento.....	1
2. La complessità del fenomeno dei servizi pubblici. Analisi del particolare ed implicazioni di ordine generale: la disciplina dei servizi pubblici nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali. Il senso dei principi e l'interpretazione delle disposizioni legislative.....	8
3. Questioni rilevanti e articolazione della trattazione. Servizi e amministrazione pubblica nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali. Il controllo di comuni e province sull'erogazione dei servizi pubblici. Le forme pubbliche di erogazione dei servizi locali. La privatizzazione e la collaborazione dei privati all'erogazione dei servizi pubblici. La capacità giuridica della pubblica amministrazione nell'erogazione dei servizi pubblici. Le posizioni soggettive degli utenti all'erogazione di un servizio pubblico: i diritti sociali .....	15

## CAPITOLO SECONDO

IL SERVIZIO PUBBLICO NELLA DISCIPLINA  
DELL'ORDINAMENTO DELLE AUTONOMIE LOCALI

	<i>pag.</i>
1. La norme della legge sull'ordinamento delle autonomie locali che riguardano i servizi pubblici di cui sono titolari comuni e province .....	21
2. La nozione di pubblico servizio: dalla concezione soggettiva a quella oggettiva. Utilità delle diverse definizioni di servizio pubblico per l'applicazione delle norme della legge sull'ordinamento delle autonomie locali. La distinzione dall'attività autoritativa. Pubblico servizio, impresa pubblica e la diversa configurazione dell'interesse pubblico .....	29
3. Servizio pubblico e disciplina giuridica a favore degli utenti: il dovere di gestire il servizio per una certa quantità e per un certo tempo a favore di tutti o determinate categorie di utenti. ....	55
4. La teoria della continuità dei servizi pubblici. Differenze. La fonte del dovere di assunzione. L'assunzione della gestione del servizio è atto che si rivolge ad una generalità indistinta di destinatari. Legge od atto amministrativo e possibilità giuridica di determinare un obbligo o un dovere a favore di tutti. L'efficacia <i>inter partes</i> dei contratti. La determinazione imposta <i>ex lege</i> e quella lasciata all'autonomia pubblica .....	76

## CAPITOLO TERZO

TITOLARITÀ E CONTROLLO DEI SERVIZI PUBBLICI  
ED EROGAZIONE DA PARTE DELLA STESSA  
AMMINISTRAZIONE TERRITORIALE

1. Atto di assunzione e titolarità del servizio pubblico. Titolarietà e controllo del servizio pubblico. La definizione dell'«influenza dominante» nella normativa comunitaria e nazionale e la tipicità del controllo di comuni e province sulle forme di erogazione del servizio pubblico. Correlazione fra controllo e forme di erogazione del servizio pubblico. La natura giuridica delle norme che disciplinano il controllo e l'erogazione del servizio pubblico. La deroga del potere di necessità ed urgenza .....	96
2. I servizi pubblici erogati in regime di monopolio e l'art. 43 Costituzione. Le forme di gestione dei servizi in regime di monopolio e le comunità di lavoratori e di utenti .....	119

	<i>pag.</i>
3. L'ambito di applicazione della disciplina sulla gestione di un servizio pubblico da parte di comuni e province. La partecipazione alla gestione di un servizio pubblico. La convenzione, la società per azioni e il consorzio come forme limite di gestione (rinvio). La gestione di un servizio non pubblico. I limiti alle forme di partecipazione e di gestione di un servizio non pubblico (rinvio) .....	129
4. L'erogazione del servizio in economia per le modeste dimensioni, o per le caratteristiche del servizio. L'atto di assunzione e il controllo del servizio pubblico: le competenze del consiglio comunale. L'erogazione del servizio pubblico in economia: potere di «sovrintendenza» del sindaco e potere di gestione dei dirigenti .....	139
5. La gestione dei servizi di base da parte delle circoscrizioni di decentramento e dei municipi. «Servizi di base» e servizi pubblici: riserva di attribuzione nel caso di gestione in economia. La delega delle funzioni di controllo a municipi e circoscrizioni. Decentramento e partecipazione alla gestione dei servizi pubblici .....	154

## CAPITOLO QUARTO

L'EROGAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI  
CON ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE  
ESTERNE ALL'AMMINISTRAZIONE  
TERRITORIALE DI RIFERIMENTO

1. L'erogazione a mezzo di azienda speciale. Ente pubblico strumentale dell'ente locale a carattere imprenditoriale e personalità giuridica ad oggetto sociale limitato (servizi pubblici) .....	161
2. I rapporti con l'ente territoriale. Autonomia imprenditoriale e autonomia patrimoniale perfetta. Autonomia e potere di approvazione degli atti fondamentali. Personalità giuridica, copertura dei costi sociali e abrogazione della norma sull'attribuzione degli utili all'ente territoriale. Struttura, organi e rapporto di servizio dei dipendenti. La vigenza delle norme preesistenti .....	178
3. L'istituzione e i servizi sociali «senza rilevanza imprenditoriale». Le disposizioni peculiari all'istituzione. L'assenza di un carattere imprenditoriale. I servizi sociali a carattere imprenditoriale .....	195

	<i>pag.</i>
4. Disposizioni comuni all'azienda e all'istituzione: efficacia, efficienza, economicità e pareggio di bilancio. Peculiarità dell'interpretazione delle norme con riferimento all'istituzione .....	208

#### CAPITOLO QUINTO

##### LE FORME PUBBLICHE ASSOCIATIVE E DI COOPERAZIONE DI EROGAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI

1. Consorzi, convenzioni e "unioni di comuni". I consorzi e i servizi sociali con o senza rilevanza imprenditoriale. I Consorzi come forma di cogestione dei servizi pubblici di comuni e province.....	215
2. I poteri degli enti territoriali consorziati e quelli dell'assemblea consortile. Convenzione istitutiva e statuto. Trasmissione degli atti fondamentali e responsabilità limitata. Il consorzio come ente locale: controllo, vigilanza e rapporto di lavoro. Responsabilità amministrativa e personalità giuridica. Il consorzio «pluriservizi».....	222
3. Le convenzioni come strumento giuridico di estensione della gestione altrui, o come mezzo per collegare più gestioni di servizi pubblici. Le differenze fra cogestione di un servizio pubblico e partecipazione alla gestione altrui. La delimitazione dei consorzi ad opera della gestione del comune, della provincia e della città metropolitana .....	231

CAPITOLO PRIMO  
IPOTESI DI STUDIO SUI SERVIZI PUBBLICI  
DI COMUNI E PROVINCE

SOMMARIO: 1. Le ragioni iniziali di stimolo per uno studio sui servizi pubblici. Inefficienza dei servizi pubblici, spesa pubblica e "privatizzazioni". Eccessiva semplificazione delle ragioni di un mutamento. — 2. La complessità del fenomeno dei servizi pubblici. Analisi del particolare ed implicazioni di ordine generale: la disciplina dei servizi pubblici nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali. Il senso dei principi e l'interpretazione delle disposizioni legislative. — 3. Questioni rilevanti e articolazione della trattazione. Servizi e amministrazione pubblica nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali. Il controllo di comuni e province sull'erogazione dei servizi pubblici. Le forme pubbliche di erogazione dei servizi locali. La privatizzazione e la collaborazione dei privati all'erogazione dei servizi pubblici. La capacità giuridica della pubblica amministrazione nell'erogazione dei servizi pubblici. Le posizioni soggettive degli utenti all'erogazione di un servizio pubblico: i diritti sociali.

1. *Le ragioni iniziali di stimolo per uno studio sui servizi pubblici. Inefficienza dei servizi pubblici, spesa pubblica e "privatizzazioni". Eccessiva semplificazione delle ragioni di un mutamento.*

Nell'ultimo decennio gli studi sulla nozione di servizio pubblico hanno assunto un crescente interesse per l'analisi critica delle questioni che caratterizzano le principali vicende economiche, giuridiche e sociali del nostro ordinamento.

Le scelte e le prime esperienze dell'Inghilterra e degli Stati Uniti d'America di più di un decennio or sono parevano riflessioni su altri, che la nostra tradizione culturale avrebbe tenuto ancora lontano, attribuendoci il privilegio di giudicare e decidere, per così dire, a ragion veduta, con il tempo necessario per ideare e predisporre quelle riforme necessarie ad affrontare i mutamenti in atto.

Il periodo successivo ha rivelato una repentina accelerazione della crisi anche nei paesi più vicini alla nostra cultura giuridica e lo stesso nostro ordinamento si è visto sottoposto a profonde innovazioni che toccano scelte, e perciò ad esse si raffrontano, effettuate ad inizio secolo (es. municipalizzazione), o nella legislazione coeva alla crisi economica del 1929 (es. legge bancaria ed enti pubblici economici).

L'emanazione della legge 8 giugno 1990, n. 142, sull'ordinamento delle autonomie locali, pare segnare il tentativo dell'attuazione del disegno illuminato di cui si è riferito e il tempo della sua crisi.

Il dibattito economico registra in pochi anni, seppure con distinguo e precisazioni, un crescente assenso alla "privatizzazione", avvicinando ai tradizionali sostenitori del "privato", per scelta ideologica, coloro che ritengono tale mutamento di rotta una necessità utile ad evitare mali peggiori<sup>1</sup>.

La ragione è presentata in modo semplice e lineare: lo «Stato» deve ritirarsi dall'economia perché si è dimostrato inefficiente ed essendo questa la causa principale del dissesto

<sup>1</sup> Sugli effetti e sulle ragioni della repentina diffusione dell'ideologia della privatizzazione: S. CASSESE, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, in *Stato e mercato*, 1992, 235, il quale riferisce l'indagine del *Third Annual Report on Privatization*, 1989, della *Reason Foundation*, secondo la quale nel mondo gli articoli sulla stampa relativi alle privatizzazioni sono passati da 2195 nel 1987 a 3838 nel 1988, con un aumento del 75%. Secondo la stessa fonte, dal 1984 al 1988 sono state privatizzate nel mondo imprese pubbliche per un valore complessivo di 160 miliardi di dollari.

della finanza pubblica occorre provvedere immediatamente "alle privatizzazioni", riportando il «pubblico» alle sue funzioni tradizionali ed essenziali che non contemplavano un intervento diretto nell'economia.

La prospettazione in sede di analisi giuridica pare trovare sostegno nella disciplina comunitaria ed in particolare nelle scadenze relative alla costruzione dell'Unione Europea (1 gennaio 1993), che al tradizionale imperativo della libera concorrenza delle merci e dei servizi, e dunque fra le imprese, ha affiancato il procedimento che in alcuni anni prevede la costituzione di una moneta unica.

Tale procedimento impone un radicale allineamento del disavanzo dei conti pubblici dell'Italia ai valori meno elevati degli altri *partners* europei economicamente più forti, sicché, esclusa la possibilità di ottenere un rilevante aumento delle entrate, si afferma la necessità di pervenire ad ingenti tagli della spesa pubblica.

- Enti pubblici e servizi pubblici sono al tempo stesso ritenuti mezzi che favoriscono il monopolio legale, o di fatto, nonché strumenti di incremento della spesa pubblica, e per tali ragioni sono in contrasto con le scelte poste dall'ordinamento comunitario, l'adeguamento al quale impone l'eliminazione dei primi e l'affidamento dei secondi «all'efficiente iniziativa economica privata».

Infine vicende recenti hanno chiarito che enti pubblici e servizi pubblici sono stati il sistema in cui ha proliferato la corruzione, il luogo ed il mezzo di collusione fra economia (pubblica) e politica, sicché il perdurare di essi non pare più opportuno, né occorre pervenire a riproporre tali forme in avvenire.

Il futuro pare dunque delineato senza alternative di rilievo e l'imperante «stato di necessità politico ed economico» dovrebbe consigliare i governanti a non indugiare troppo.

Salvo il riferimento alle norme della Comunità economica europea il dibattito si presenta come elaborazione non

giuridica, cui dovrebbero dare il proprio contributo anche gli studiosi del diritto.

In verità questi contributi non hanno tardato a venire: ricordando anzitutto le ragioni di un tempo che paiono ancora attuali per il fondamento dei servizi pubblici nel nostro ordinamento, separando da esse quelle che solo in talune analisi affrettate si erano ritenute essenziali, ed affiancando alle prime nuove interpretazioni della disciplina dei servizi pubblici che intendono rispondere alle disfunzioni e alle inutilità di una configurazione di essi non più attuale.

Forse anticipando i possibili sviluppi in campo giuridico delle conclusioni che si ritiene prevalgano in campo economico, si è avuto cura di precisare che la «contrapposizione fra pubblici poteri e iniziativa privata, fra amministrazione e impresa, ove si guardi al modo di qualificarsi dei servizi (e dei beni) pubblici come tali non ha ragione d'essere o può trovare comunque più di una modalità di composizione».

Ciò che «rende di per sé pubblico un servizio è la rilevanza e l'ordinazione dell'attività di servizio in quanto tale ad interessi e finalità collettive, prima ancora che l'appartenenza in tutto o in parte della gestione del servizio ai pubblici poteri » e al tempo stesso «ogni servizio pubblico così inteso è pur sempre un'attività produttiva nel senso pieno del termine: un'attività organizzata per la produzione di beni e prestazioni, al pari di ogni altra rientrante nell'ordinaria sfera dell'iniziativa privata, e ciò anche quando essa ricade nella titolarità dei pubblici poteri»<sup>2</sup>.

In tale ordine di idee pare prevalente la considerazione

<sup>2</sup> G. PASTORI, *Pubblica amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, relazione tenuta il 18 febbraio 1990 al Convegno su *Pubblico e privato nell'Europa degli anni 90*, pubblicato poi in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1991, 349-350; ma si veda dello stesso autore anche *La pubblica amministrazione e l'impresa nella normazione e nella produzione di beni e servizi*, in *Dir. dell'economia*, 1990, 51 e s.

che un recupero di efficienza dei pubblici servizi dipenda anzitutto da una separazione fra esercizio di funzioni amministrative di indirizzo e controllo ed esercizio di attività di produzione di beni e servizi (art. 41 Cost.), siano quest'ultime in mano pubblica, o al contrario affidate all'iniziativa economica privata, poiché il punto critico dell'esperienza che pare essersi conclusa è dato dalla confusione fra «amministrazione regolatrice e amministrazione impresa»<sup>3</sup>.

Altri, ripercorrendo la storia dello sviluppo economico in Italia, hanno ritenuto che il rapporto amministrazione pubblica ed interessi privati non è stato e non è tuttora di unilaterale influenza; non può dirsi infatti che quest'ultimi abbiano determinato lo Stato, ovvero che lo Stato si sia imposto agli interessi ad esso estranei, poiché è frequente che gli interessi privati e pubblici convergano o addirittura coincidano<sup>4</sup>.

Sia sotto il profilo storico, sia dal punto di vista dei motivi economici che inducono alla costituzione di imprese pubbliche, sia in ragione della tipologia di esse, si è dimostrato che non esiste una precisa linea di confine tra Stato e mercato, tra impresa pubblica e privata<sup>5</sup>.

L'idea stessa di due processi opposti, l'uno di "privatizzazione" e l'altro di "pubblicizzazione", è ritenuta errata, poiché i fenomeni sono molto più complessi e nell'uno sono presenti come contrappeso, regole, istituti e scelte, che propriamente appartengono all'altro campo della classificazione<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> G. PASTORI, *Pubblica amministrazione e impresa nei servizi pubblici*, cit., 351; cui si è aggiunta la collusione fra sistema politico dei partiti ed imprese private.

<sup>4</sup> S. CASSESE, *Amministrazione pubblica e interessi in Italia*, in *Diritto e società*, 1992, 224 e s. ove si afferma che «anche Governo e Tesoro riescono a trovare una loro convenienza», spec. 240.

<sup>5</sup> S. CASSESE, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, cit., 236.

<sup>6</sup> S. CASSESE, *op. cit.*, cit., 239 e s.

Tre dati storici infine, riferiti ad epoche diverse, possono indurre ad una nuova considerazione delle opinioni sopra indicate intorno al ruolo e alla funzione dei servizi pubblici nel nostro ordinamento, anche in considerazione degli imminenti obblighi comunitari.

I servizi pubblici, ed in particolare quelli attribuiti alla titolarità dei comuni, sono stati fin dall'inizio del secolo di grande utilità per l'inurbamento determinato dalla nascita dei grandi complessi produttivi industriali e per le conseguenti mutate abitudini di vita degli abitanti metropolitani<sup>7</sup>.

L'aumento della popolazione nelle città ha imposto una gestione su larga scala (industriale) dei servizi del gas, dell'acqua potabile, ecc., secondo economie di prezzi accessibili anche per i meno abbienti, consentendo così la crescita di un salubre assetto urbano che diversamente sarebbe risultato di difficile realizzazione.

Solo nell'ultimo quindicennio le migliorate condizioni di reddito medio e una diversa propensione ai consumi hanno consentito un innalzamento dei prezzi all'utenza dei

<sup>7</sup> «Il principale motivo, per cui il problema della municipalizzazione dei pubblici servizi rendesi sempre più interessante e urgente, deve, senza dubbio, attribuirsi non soltanto al progressivo ingrandimento delle città, ma ben pure alla crescente intensificazione della vita urbana. Sono due fenomeni diversi, ma mossi dalle stesse cause e conducenti ad egual fine. Non soltanto crescono le città, ossia i centri urbani diventano più popolosi, ma in essi, a parità di popolazione, la vita si rende più socievole, affrettasi lo scambio di servizi fra cittadini, ai quali torna sempre meno facile che gli individui soddisfino da soli, e viceversa è sempre più necessario che si provveda con mezzi sociali. Le città quindi, crescono estensivamente ed intensivamente.» 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*, Roma, Anidel, 1961, 44.

servizi, rendendo così gli stessi di interesse per l'imprenditoria privata<sup>8</sup>.

Il secondo dato che occorre esplicitare è che negli «anni '80, le privatizzazioni realizzate in Italia hanno costituito il 10% delle privatizzazioni mondiali e sono state pari al 43% di quelle compiute nel Regno Unito». «Tuttavia esse sono state meno "visibili"» perché «non sono state oggetto di una esplicita politica governativa, se ne è discusso in Parlamento solo occasionalmente, hanno attirato l'attenzione dell'opinione pubblica solo di tanto in tanto e comunque, proporzionalmente, molto meno delle privatizzazioni inglesi»<sup>9</sup>.

Il terzo dato che non può essere dimenticato è che con riferimento alla scadenza posta dalla normativa comunitaria del 1 gennaio 1993, che dovrebbe portare ad incrementare la libera concorrenza fra le imprese con beneficio per gli utenti, si deve registrare che la disponibilità pubblica alla dismissione di settori produttivi è stata recepita dagli imprenditori privati secondo una scelta che ha determinato per ora come fenomeno più noto la concentrazione della produzione di automobili in Italia in un unico grande gruppo industriale<sup>10</sup>.

I brevi cenni sopra indicati paiono sufficienti ad avvertire che le questioni sono in parte diverse dalle rappresentazioni più diffuse e soggette a soluzioni meno unilaterali di quanto in ragione delle prime si possa ipotizzare, svuotando molto l'incisività delle ragioni di coloro che attraverso la contrapposizione pubblico-privato vorrebbero restituire efficienza ai pubblici servizi.

<sup>8</sup> C. DA MOLO, *Intervista su città e servizi*, a cura di V. Emiliani, Bari, Laterza, 1992, 21 e s. 53 e s.

<sup>9</sup> S. CASSESE, *Le imprese pubbliche dopo le privatizzazioni*, cit., 238.

<sup>10</sup> A seguito dell'acquisizione da parte del gruppo Fiat dell'impresa Alfa Romeo.

2. *La complessità del fenomeno dei servizi pubblici. Analisi del particolare ed implicazioni di ordine generale: la disciplina dei servizi pubblici nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali. Il senso dei principi e l'interpretazione delle disposizioni legislative.*

La ricerca di nuovi spazi di intrapresa da parte dei privati pare in verità uno dei pungoli principali dell'accentuata critica all'inefficienza dei servizi pubblici, senza per ciò pervenire a negare quanto di vero tali giudizi contengono, senza rifuggire dall'importanza che tali analisi hanno rivestito nel portare alla luce deviazioni, disfunzioni ed in genere negatività, che non appaiono legate a fattori occasionali, ma che al contrario sono direttamente riconducibili al sistema economico e giuridico dei servizi pubblici, il quale non è più adeguato ai nuovi bisogni sociali determinati dai rilevanti mutamenti sociali in atto.

La complessità del fenomeno, il suo pervenire alla radice dei problemi, il mantenersi ciò nonostante ancora insoluto, definiscono ogni scritto in materia come destinato ad un precoce invecchiamento, ma la profondità della crisi pare imporre un'accelerazione del dibattito per rispondere a quell'interesse al confronto che è più forte quando gli avvenimenti sono in corso ed è diverso da quello che si manifesta quando un processo è ormai compiuto.

Sotto altro profilo è la stessa necessità di procedere all'approfondimento delle questioni pregiudiziali, utili a delimitare il campo di indagine ed a sfrondare l'analisi da quelle impostazioni che più di altre impediscono ogni ulteriore progresso teorico, perché legate pervicacemente al passato, o perché ideologicamente orientate e poco propense ad una più serena disamina di quanto è possibile individuare nelle recenti scelte legislative.

Scelte che non sono sempre di univoco segno, ma che in molti aspetti di principio paiono delinearsi con certezza,

scelte di principio, dunque, che occorre esplicitare per procedere in ragione di esse alla interpretazione delle singole disposizioni normative poste dalle recenti leggi di riforma.

La complessità dell'analisi sui servizi pubblici ha suggerito di procedere per settori determinati, delimitando il campo di indagine del presente lavoro alla legge sull'ordinamento delle autonomie locali, come riflessione sul *particolare* che pare ad un tempo consentire un più agevole progresso nell'analisi e pervenire, seppure per parte, a considerazioni di ordine generale, secondo un percorso che pare consono ai periodi di crisi.

L'intento potrebbe apparire sproporzionato ove si ritenga che la legge in esame abbia posto solo poche norme di disciplina dei servizi pubblici locali, disposizioni inoltre che stentano in verità a trovare applicazione, poiché esplicitamente, o implicitamente, da più parti si afferma un atteggiamento di attesa verso la vera legge di riforma dei servizi pubblici locali, che dovrà sostituire il vecchio r. d. 15 ottobre 1925, n. 2578 e il successivo d.p.r. 4 ottobre 1986, n. 902.

L'atteggiamento indicato non pare da condividere, sia perché, come vedremo, le disposizioni che la legge sull'ordinamento delle autonomie locali dedica ai servizi pubblici non sono affatto poche, sia perché la nuova legge di riforma, volendo ampliare la sfera di autonomia pubblica degli enti locali, ha mutato la tecnica di disciplina normativa, abbandonando le norme di dettaglio a favore delle norme da molti denominate di principio, ma che come vedremo sono più precisamente di definizione dei limiti dell'autonomia stessa.

In tale contesto normativo anche poche norme possono dunque innovare molto, sempreché si abbandoni l'abitudine mentale di interpretare senz'altro una abrogazione di settori di disciplina dei pubblici poteri come una negazione dell'attribuzione (esistenza) degli stessi in capo ai soggetti pubblici, poiché in molti casi si tratta unicamente dell'eliminazione di vincoli all'azione amministrativa.

L'autonomia degli enti locali, esaurita l'esperienza del decentramento amministrativo degli anni settanta, si avvia a conoscere la cessazione di efficacia della disciplina di esercizio dei poteri pubblici in modo conforme alle leggi e ai regolamenti nazionali, cioè l'esercizio dei poteri pubblici in modo uniforme su tutto il territorio nazionale.

L'abrogazione, o se si preferisce la delegificazione, della disciplina nazionale dell'attività degli enti pubblici è strumento giuridico utile all'esercizio differenziato dei poteri pubblici e delle modalità di gestione dei servizi pubblici, con la conseguenza che la cessazione di efficacia della disciplina nazionale preesistente non esclude, ma al contrario afferma, un ampliamento della sfera di autonomia degli enti locali e non necessariamente determina una negazione dei compiti ad essi attribuiti dall'ordinamento.

Norme principio e norme di delimitazione dell'autonomia degli enti locali sono un corpo normativo sufficiente a fondare una nuova disciplina dei servizi pubblici e ad impegnare un'analisi intorno ad essa.

Oltre le considerazioni relative alla presenza di norme sull'autonomia giuridica di comuni e province è noto infatti che da tempo i principi sono la disciplina giuridica in assenza di una norma scritta (leggi, regolamenti, ecc.), sicché agli stessi occorre riferirsi considerando gli enunciati posti in leggi ordinarie, in norme comunitarie, o costituzionali, ed operando infine in sede interpretativa i necessari «bilanciamenti» fra gli interessi coinvolti.

È questione al tempo stesso troppo nota e delicata per poterne qui riferire in poche righe<sup>11</sup>, basti avere ricordato

<sup>11</sup> Per i principi come diritto naturale: G. DEL VECCHIO, *Sui principi generali del diritto*, in *Arch. Giur.*, 1921, 33 e s.; G. BRUNETTI, *Le fonti e le funzioni del dubbio nella giurisprudenza*, in *Giur. it.*, 1923, IV, 1 e s.; C. GANGI, *Il problema delle lacune nel diritto privato*, in *Arch. Giur.*, 1923, 137 e s.; contro già: V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*,

che la legge non è la sola disciplina giuridica ammessa nel nostro ordinamento e che in sua assenza (originaria, o so-

in *Annali dell'Università di Camerino*, 1879-1880, 24 e s., poi in *Studi giuridici*, vol. III, *Diritto positivo*, pt. I, Roma, A.R.E., 1 e s.; per diversa opinione: G. PACCHIONI, *I principî generali del diritto*, in *Arch. Giur.*, 1924, 113 e s.; D. DONATI, *Il problema delle lacune nell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910, poi rist. anast. in *Scritti di Diritto Pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1966; V. MICELI, *I principî generali del diritto. A proposito di una recente pubblicazione*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, 23 e s.; A. CECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Arch. Giur.*, 1923, 15 e s.; E. CROSA, *Osservazioni sui principî generali come fonte di diritto pubblico*, Torino, Bocca, 1926, 19 e s.; M. S. GIANNINI, *L'interpretazione dell'atto amministrativo e teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1939, 88, 89 nt. 19; ID., *L'analogia*, in *Jus*, 1941, 516 e s., 1942, 41 e s.

Per i principî come astrazione generalizzante a partire da norme scritte e per la distinzione fra principî espressi e inespressi: V. CRISAFULLI, *A proposito dei principî generali del diritto e di una loro enunciazione legislativa*, in *Jus*, 1940, 193 e s., ID., *Per la determinazione del concetto di principî generali del diritto*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1941, 42 e s., 157 e s., 230 e s., ID., *I principî costituzionali dell'interpretazione ed applicazione delle leggi*, in *Scritti in onore di Santi Romano*, vol. I, Padova, Cedam, 1940, 663 e s.; ID., *Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio della costituzione*, 1948; ID., *Le norme programmatiche della costituzione*, 1952; ID., *Sui rapporti tra l'art. 21 della costituzione e l'art. 113 delle leggi di p. s.*, 1950; ID., *L'art. 21 della costituzione e l'equivoco delle norme programmatiche*, 1952; *Costituzione e protezione sociale*, 1950; ID., *Appunti preliminari sul diritto al lavoro nella costituzione*, 1951; ID., *Principî costituzionali in tema di autonomie locali e art. 93 del T.U. sulla finanza locale*, 1952; tutti in: *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

Per il rapporto tra analogia e costruzione sistematica di un ordinamento: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale a cura di Cicu-Messineo*, Milano, Giuffrè, 1980, 383 e s.

Per opinioni intermedie: E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1955, 857-858, ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, 52 e s.; BARATTA, *Note in tema di analogia giuridica*, in *Studi in onore di E. Betti*, Milano, Giuf-

pravvenuta) si estende normalmente il diritto non scritto, dettato dai principi di un ordinamento giuridico in ragione della sua identità e della sua unità<sup>12</sup>.

frè, 1961, 17 dell'estr.; ID., *Autonomie giuridiche e conflitti di coscienza*, Milano, Giuffrè, 1963, 70 e s.; A. TOZZI, *I principî generali del diritto e il positivismo giuridico*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1957, 749-765; A. TORRENTE, *Il giudice e il diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1962, 1261; G. VEDEL, *Cours de droit administratif*, Paris, 1951-52, 167; G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile, Delle leggi in generale*, Torino, Giappichelli, 1933, 146. Più di recente: S. BARTOLE, voce *Principî generali del diritto*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Milano, Giuffrè, 1986, 494 e s. F. SORRENTINO, *I principî generali dell'ordinamento giuridico nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto*, in *Dir. e società*, 1987, 181 e s.; M. JORI, *I principî nel diritto italiano*, in *Soc. del Dir.*, 1983, 7 e s.; A. GIULIANI, *Le disposizioni sulle leggi in generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di P. Rescigno, Torino, Utet, 1982, 226-232; R. QUADRI, *Dell'applicazione della legge in generale*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, Zanichelli - Foro italiano, 1974, 281-285; G. BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, Cedam, 1987, 173 e s.; G. GUASTINI, *Produzione e applicazione del diritto. Lezioni sulle «Preleggi»*, II ed., Torino, Giappichelli, 1989, 89 e s.; P. PERLINGERI, *L'uscita dall'emergenza e giustizia civile*, in *Legalità e giustizia*, 1985, 1008 e s.; A. TRABUCCHI, *Significato e valore del principio di legalità nel moderno diritto civile*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, Giuffrè, 1978, 2059 e s.; P. RESCIGNO, *Introduzione al Trattato di diritto privato*, a cura dello stesso, Torino, Utet, 1982; A. CERRI, *La Costituzione e il diritto privato*, in *Trattato di diritto privato*, da ult. cit., vol. XXI, 1987, 47 e s. L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1984, 337 e s.

Per la creatività della giurisprudenza: G. GORLA, *I precedenti storici* cit.; F. FERRARA, *I principî generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, Pacini Mariotti, 1941, poi in *Scritti giuridici*, 1954, 130; G. MARZANO, *L'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1955, 79 ma cfr. 83; B. JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Recueil Sirey, 1954, 240; BRUGI, *L'analogia di diritto e il giudice legislatore*, in *Dir. comm.*, 1916, 261; G. PACCHIONI, *Corso di diritto civile, Delle leggi in generale*, Torino, Giappichelli, 1933, 146-147. Nonché gli autori citati alla nota che segue.

<sup>12</sup> Per la distinzione fra principî immanenti l'istituzione e astrazione

Più di recente si è venuta proponendo un'interpretazione dei principi e della rilevanza giuridica di essi che pare rivalutare, fra i tanti, altro e diverso ruolo fondamentale.

I principi costituzionali sono anche strumento giuridico essenziale «per prendere posizione di fronte ai casi»<sup>13</sup>, per orientare l'interprete in questa «reazione preliminare» di scelta nella ricerca delle norme giuridiche da applicare al caso.

Pare di capire che il senso della legge e il senso dei fatti *sub iudice*, sono in tale contesto interpretativo, svolti dai principi costituzionali, costruendo in ultima analisi i principi come il senso del giudice, del suo decidere, in una parola come il senso dello *jus*.

Non è questo il luogo per procedere oltre, basti rilevare che l'apertura teorica pare sottolineare un'esigenza di «semplicità» e di «essenzialità» che l'indicato «senso» del diritto potrebbe soddisfare, poiché, cercando di dare rilievo giuridico alle premesse dell'interpretazione, lo stesso si rivela utile

generalizzante (*analogia juris*): Santi ROMANO, *Corso di diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1940, 278, 327; ID., *Osservazioni preliminari per una teoria dei limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1902, 240 e s., 306 e s. Per la nozione dei principi come elementi di continuità nel mutamento di un ordinamento: T. ASCARELLI, *Il problema delle lacune e l'art. 3 disp. prel. cod. civ. (1865) nel diritto privato*, *Arch. Giur.*, 1925, poi in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1952, 209 e s.; ID., *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione (1945)*, poi in *Saggi giuridici*, Milano, Giuffrè, 1949, 41 e s.; ID., *Dispute metodologiche e contrasti di valutazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, 115, poi in *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, spec. 476, ove afferma che l'interpretazione non è dichiarazione, ma «vale come se» fosse tale; per i principi come unità dell'ordinamento: G. ZAGREBELSKY, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1984, 229 e s.

<sup>13</sup> G. ZAGREBELSKY, *I diritti fondamentali oggi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, anno XXII, n. 1, 1992, 187 e s., spec. 199-200.

anzitutto sul piano conoscitivo, per distinguere le diverse opzioni interpretative che troppo di frequente, per eccessiva superficialità o necessità di sintesi, si vedono affiancate senza soluzione di continuità.

Rientrano, come vedremo, nel termine «privatizzazione» soluzioni affatto differenti, e altrettante possono ritrovarsi nell'opposta definizione di «pubblicizzazione», cui si aggiungono i contesti nei quali i termini così precisati possono essere utilizzati, cioè la direzione, il senso, che a tale strumento si è inteso imprimere.

Sotto altro profilo affermare la rilevanza dei principi costituzionali come direzione interpretativa preliminare, come posizione di principio di fronte ai fatti della storia, può essere di utilità perché significa tentare di sottoporre i propri pregiudizi al diritto obiettivo, alle scelte operate dalla massima fonte dell'ordinamento giuridico italiano.

La soluzione è di grande utilità soprattutto nei periodi di crisi in cui i vincoli all'interpretazione appaiono più fiacchi, poiché le soluzioni consolidate nel tempo sono rimesse in discussione secondo un processo che in taluni casi pare volere sostituire le premesse del ragionamento, i presupposti del sistema, con scelte, non sempre palesi, che pervengono per tale via a sovvertire i fondamenti stessi del vigente ordinamento costituzionale.

Non si nega che giuridicamente un ordinamento possa essere sovvertito nelle premesse, nei suoi principi costitutivi, ma non può non rilevarsi che in tali casi, sotto vesti interpretative, si è in realtà posto, ovvero semplicemente ipotizzato, altro ordinamento giuridico, si è invocato, in altri termini, in modo proprio o improprio, l'intervento della forza giuridica del potere costituente<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Santi ROMANO, *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione*, in *Arch. giur.*, LXVIII, 1901, poi in *Scritti Minori*, Milano Giuffrè, (rist.), 1990, 151 e s.

3. *Questioni rilevanti e articolazione della trattazione. Servizi e amministrazione pubblica nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali. Il controllo di comuni e province sull'erogazione dei servizi pubblici. Le forme pubbliche di erogazione dei servizi locali. La privatizzazione e la collaborazione dei privati all'erogazione dei servizi pubblici. La capacità giuridica della pubblica amministrazione nell'erogazione dei servizi pubblici. Le posizioni soggettive degli utenti all'erogazione di un servizio pubblico: i diritti sociali.*

Attenzione ai principi ed analisi del particolare sono i due caratteri che si è inteso conferire al presente lavoro, che ha ad oggetto la nuova disciplina posta dalla legge di riforma della autonomie locali con riferimento ai servizi pubblici attribuiti alla titolarità dei comuni e delle province, come utile punto di vista dei mutamenti che in generale nel nostro ordinamento si stanno verificando nella disciplina di servizi pubblici.

L'interpretazione tende anzitutto a delineare le principali linee di ricostruzione della nozione di servizio pubblico elaborate in quasi un secolo di esperienza giuridica, per comprendere di tale evoluzione quanto appare attuale per la comprensione della disciplina sui servizi pubblici posta dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Alla definizione di servizio pubblico che si ritiene recepita dal legislatore è strettamente collegata, sia la determinazione del significato giuridico della attribuzione degli stessi agli enti territoriali, sia l'individuazione dei poteri che consentono a comuni e province di conformare all'interesse pubblico l'erogazione dei servizi stessi agli amministrati.

Nel primo caso significa cercare di stabilire sino a qual punto ed in quali termini la qualificazione pubblica segni, definisca, o determini, l'imputazione del servizio in capo ai comuni e alle province (soggetto pubblico).

Con il secondo invece si vuole cercare di stabilire entro quali limiti la stessa qualificazione contribuisca a definire i poteri di gestione del servizio di comuni e province, indipendentemente dalle forme di erogazione che gli stessi abbiano inteso prescegliere per perseguire meglio gli interessi che con il servizio si intende soddisfare.

Con il primo ambito di analisi si perviene alla definizione della titolarità del servizio siccome pubblico e con il secondo si cerca di individuare il controllo che consente di affermare una gestione da parte di comuni e province sull'erogazione dei servizi pubblici ad essi attribuiti dall'ordinamento.

Entrambi hanno come obiettivo generale la definizione della nozione di servizio pubblico accolta dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali, come utile base per la successiva analisi della disciplina ivi prevista per le diverse forme di gestione dei servizi pubblici.

Ad essa si avvicina per ragioni storiche e di natura giuridica l'analisi delle forme di erogazione pubblica dei servizi, cioè ad opera della stessa amministrazione territoriale che ne è titolare (in economia, municipi e circoscrizioni), ovvero a mezzo di organizzazioni pubbliche che dalla prima in varia guisa si distinguono (azienda, istituzione, consorzi, unioni di comuni e convenzioni).

Alle forme pubbliche si contrappone la «privatizzazione», termine con il quale normalmente si indicano fenomeni giuridici affatto differenti e verso il quale occorre anzitutto procedere a delimitare il significato delle diverse accezioni che ad esso sono ricondotte anche nel linguaggio scientifico.

In alcune accezioni della parola «privatizzazione» rientrano quelle forme di gestione dei servizi pubblici di comuni e province previste dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali che consentono la partecipazione di soggetti

privati (concessioni, società per azioni a prevalente capitale pubblico locale).

In altre rientrano invece quelle forme di partecipazione di comuni e province all'erogazione di un servizio pubblico locale o nazionale (partecipazioni in società concessionarie), fra le quali si deve distinguere, come vedremo, la partecipazione di minoranza da quella di gestione, o cogestione.

Chiude l'indagine sulle forme di «privatizzazione» l'analisi sulla partecipazione di maggioranza, o di minoranza, di comuni e province alle forme di gestione di servizi che non sono pubblici, con distinzione fra quelle a carattere imprenditoriale e quelle volte a perseguire interessi collettivi cui tale carattere non appartiene.

L'approfondimento delle diverse problematiche che oggi appaiono di attualità ha imposto di scindere in due grandi tronconi lo studio sui servizi pubblici che spettano alla titolarità di comuni e province nel nostro ordinamento.

Il primo è dedicato, e perciò definisce il titolo del presente volume, al controllo e alle forme di erogazione pubblica dei servizi da parte di comuni e province, mentre in un secondo volume si svolge l'analisi del fenomeno della «privatizzazione» e dell'erogazione dei servizi pubblici con i privati.

Gli aspetti interpretativi di immediato riferimento alla disciplina della legge sull'ordinamento delle autonomie locali si potrebbero dire così convenientemente conclusi, ma al di là di una angusta e stretta colleganza con gli enunciati legislativi indicati non pare possibile affermare che entro tali limiti sia condotto a termine uno studio dedicato all'analisi del diritto sostanziale che disciplina i servizi pubblici di comuni e province nel nostro ordinamento.

Residuano infatti due profili teorici di grande interesse che attengono ai principali soggetti che partecipano alle vicende giuridiche e materiali dell'erogazione di un servizio pubblico.

Pare infatti importante procedere alla definizione della

capacità giuridica che è attribuita a comuni e province per l'erogazione dei servizi pubblici affidati alla titolarità di essi secondo le linee di analisi che afferiscono alla questione più generale della capacità giuridica di qualsiasi amministrazione pubblica nel nostro ordinamento.

La questione è di interesse e appare talvolta trascurata, poiché normalmente è stata rivolta l'attenzione alla spettanza anche agli enti pubblici della capacità giuridica che l'ordinamento riconosce ai soggetti privati, spiegando così la possibilità per gli stessi di pervenire a concludere i contratti la cui disciplina è posta per tutti dal legislatore con le norme denominate di diritto privato.

Sotto altro profilo è necessario procedere all'analisi delle posizioni soggettive degli utenti<sup>15</sup> di un servizio pubblico, cercando di comprendere quali fra esse assurgano alla definizione di diritti soggettivi e a quali altre l'ordinamento riservi quella di interessi legittimi.

Lo studio delle posizioni soggettive degli utenti di un servizio pubblico si ricollega immediatamente all'analisi della categoria dei «diritti sociali», che secondo molti si distingue dai diritti di libertà per il contenuto «pretensivo» che caratterizza i primi rispetto ai secondi, per i quali ultimi invece è peculiare l'affermazione di un'esclusione dell'ingerenza dello Stato nella sfera riservata alla libertà dei cittadini.

<sup>15</sup> R. FERRARA, *Contributo allo studio della tutela del consumatore. Profili pubblicistici*, Milano, Giuffrè, 1983; inoltre: D. SORACE, *Gli «interessi di servizio pubblico» tra obblighi e poteri delle amministrazioni*, in *Foro it.*, 1988, V, 205 e s.; F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quaderni regionali*, 1985, 52; M. E. SCHINAIA, *Situazioni soggettive di diritto pubblico dell'utente nei servizi pubblici*, in *Rass. lav. pubbl.*, 1988, 449/1, e s.; A. CATAUDELLA, *Situazioni soggettive di diritto dell'utente nei servizi pubblici essenziali*, in *Quaderni Rass. En. el.*, n. 5, *Energia e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 1989, 27 e s.; P. M. PELLÒ, *Il mercato comune europeo ed il diritto dell'utente alla fornitura di energia elettrica*, in *Quaderni Rass. En. el.*, n. 5, *Energia e servizio pubblico*, cit., 190 e s.

Da tale impostazione si ritiene comunemente che discenda il carattere «assoluto» di diritti di libertà e quello «condizionato» dei «diritti sociali», seppure in quest'ultima definizione («diritti condizionati») siano ricomprese opinioni affatto differenti.

La scelta fra le diverse ricostruzioni integra l'interpretazione della disciplina giuridica dei servizi pubblici nel nostro ordinamento, poiché pare evidente che soprattutto in periodi di crisi economico-sociale e di scarse risorse della finanza pubblica, ciò che può direttamente essere revocato in dubbio è la persistenza stessa dello «Stato sociale», di un ordinamento costituzionale fondato sul riconoscimento dei diritti sociali a fianco dei diritti di libertà, che pare caratterizzare il passaggio dalle costituzioni ottocentesche a quelle cui appartiene la Costituzione attualmente vigente nel nostro ordinamento.

CAPITOLO SECONDO  
IL SERVIZIO PUBBLICO NELLA DISCIPLINA  
DELL'ORDINAMENTO DELLE AUTONOMIE LOCALI

**SOMMARIO:** 1. Le norme della legge sull'ordinamento delle autonomie locali che riguardano i servizi pubblici di cui sono titolari comuni e province. — 2. La nozione di pubblico servizio: dalla concezione soggettiva a quella oggettiva. Utilità delle diverse definizioni di servizio pubblico per l'applicazione delle norme della legge sull'ordinamento delle autonomie locali. La distinzione dall'attività autoritativa. Pubblico servizio, impresa pubblica e la diversa configurazione dell'interesse pubblico. — 3. Servizio pubblico e disciplina giuridica a favore degli utenti: il dovere di gestire il servizio per una certa quantità e per un certo tempo a favore di tutti o di determinate categorie di utenti. — 4. La teoria della continuità dei servizi pubblici. Differenze. La fonte del dovere di assunzione. L'assunzione della gestione del servizio è atto che si rivolge ad una generalità indistinta di destinatari. Legge od atto amministrativo e possibilità giuridica di determinare un obbligo o un dovere a favore di tutti. L'efficacia *inter partes* dei contratti. La determinazione imposta *ex lege* e quella lasciata all'autonomia pubblica.

1. *Le norme della legge sull'ordinamento delle autonomie locali che riguardano i servizi pubblici di cui sono titolari comuni e province.*

La nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali 8 giugno 1990, n. 142 dedica espressamente il capo settimo ai «servizi» (art. 22 e 23), ma altre disposizioni possono es-

sere ritrovate nel capo ottavo<sup>1</sup>, fra le quali quelle dedicate alle «forme associative di cooperazione», ove si individuano altri mezzi di erogazione dei servizi da parte dei comuni e delle province.

Ad esse si aggiungono tutte le norme della legge sull'ordinamento delle autonomie locali che direttamente definiscono i rapporti fra comuni e province e gli «organismi» che provvedono all'erogazione dei servizi pubblici<sup>2</sup>.

In verità la ricerca delle norme della legge n. 142 del 1990, cit., che attengono ai servizi pubblici può seguire due direttrici di sviluppo che integrano diversamente la disciplina giuridica che è espressamente dedicata ai servizi stessi.

Una prima direzione interpretativa può essere offerta dallo stretto collegamento che sussiste fra forme di gestione dei servizi pubblici da parte di comuni e province ed organizzazione degli uffici che ad essi fanno capo.

La stretta correlazione tra funzioni e servizi attribuiti alla competenza degli enti locali territoriali è stata da più parti rilevata ed in alcuni casi è stata considerata fra i principali criteri ispiratori della nuova riforma delle autonomie locali<sup>3</sup> (coordinamento, efficienza ed efficacia della attività degli enti pubblici territoriali minori).

Tale soluzione interpretativa, come vedremo, pare favorire una lettura della disciplina di talune forme di erogazione dei servizi pubblici locali che si vuole indifferenziata fra l'ambito delle funzioni e dei servizi, poiché, come nel caso

<sup>1</sup> Artt. 24-27, l. n. 142 del 1990, cit.

<sup>2</sup> Art. 32, con particolare riferimento al comma II, lett. a, f, g, h, n; nonché art. 36, c. V; art. 54, comma IV, lett. c) e comma VIII; art. 4, comma II, art. 49; art. 51, comma II e XI.

<sup>3</sup> M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società e istituzioni: modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Intervento al Convegno *Ente pubblico e enti pubblici* (Firenze 25-26 ottobre 1991) in Atti ancora in corso di pubblicazione, ma vedasi del testo dattiloscritto ed ivi diffuso le pagg. 6 e s., poi pubblicato in *Le Regioni*, 1992, 8 e s.

della gestione in economia, è la stessa struttura organizzativa che la legge ha previsto per i comuni e le province a gestire il servizio.

Il richiamo alla collaborazione fra comuni e province è espressamente posto dalla legge<sup>4</sup> come principio generale dell'attività svolta da tali enti territoriali e se in taluni casi ciò pare riferito senza distinzione alcuna a funzioni e servizi<sup>5</sup>, in altre la «gestione associata di uno o più servizi» è espressamente prevista dalla legge come la ragione unica della forma associativa<sup>6</sup>.

Particolare interesse possono assumere inoltre quelle disposizioni che definiscono la gestione dei servizi con determinazioni non eguali a quanto stabilito per le funzioni amministrative.

Gli articoli 12 e 13 della legge n. 142 del 1990 attribuiscono ai municipi e alle circoscrizioni di decentramento il compito di gestire «i servizi di base», mentre le funzioni amministrative sono esercitate, e dunque attribuite, alla competenza di municipi e circoscrizioni solo in forza di una delega degli organi del Comune.

Se si ritenga che la locuzione «servizi di base» non possa non contemplare i servizi pubblici di cui all'art. 22, appare inevitabile che l'analisi delle forme di gestione degli stessi debba tenere conto di tale articolazione territoriale dei comuni e della scelta a favore del decentramento dei servizi comunali.

Ulteriori riferimenti normativi possono essere tratti da quelle norme che attribuiscono al dirigente la direzione «degli uffici e dei servizi» (art. 51, comma II), ovvero al sin-

<sup>4</sup> Art. 9, c. II; art. 14, c. II e III.

<sup>5</sup> Art. 14, c. II; art. 24 (convenzioni); art. 26 (Unioni di Comuni), ecc.

<sup>6</sup> I consorzi ex art. 25, comma I, di cui si confronti il testo con il successivo art. 26, comma I, che disciplina le unioni di comuni.

daco e al presidente della provincia il compito di sovrintendere «al funzionamento dei servizi» e degli uffici (art. 36, comma I).

Sulla interpretazione di tali norme si avrà modo di ritornare, ma è sin d'ora possibile affermare che la legge instaura una stretta relazione fra esercizio delle funzioni amministrative e la gestione dei servizi pubblici, perché dato legislativo esplicito, o sotteso, a molte norme della nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali<sup>7</sup>.

L'art. 4, comma II, della legge n. 142 del 1990, cit., dispone che lo Statuto «stabilisce le norme fondamentali per l'organizzazione dell'ente e in particolare determina le attribuzioni degli organi, l'ordinamento degli uffici e dei servizi pubblici»<sup>8</sup>, ove uffici e servizi sono posti come definizione degli elementi essenziali dell'organizzazione dell'ente locale.

Secondo altra direttrice interpretativa il richiamo ai principi posti dall'insieme delle disposizioni della nuova legge di riforma delle autonomie locali non è indifferente anche per l'esatta interpretazione della disciplina dei servizi pubblici attribuiti ai comuni e alle province.

È opinione comune che la nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali abbia inteso offrire risposta “all'inefficienza”, alla “non economicità” e alle “carenze di partecipazione all'attività amministrativa” degli enti territoriali minori,

<sup>7</sup> Questa linea interpretativa pare valorizzare le possibilità di articolazione e flessibilità dell'organizzazione comunale e provinciale, ma al tempo stesso agevola un esercizio correlato fra funzioni e servizi pubblici. In tale contesto, come vedremo, assume particolare rilievo il ruolo dell'organo consiglio comunale per le competenze che ai sensi dell'art. 32 sono ad esso attribuite: basti ora il riferimento al comma I in cui il consiglio è definito come «organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo».

<sup>8</sup> Analoga disposizione è posta dall'art. 32 c. II, lett. a), della legge 142 del 1990, cit., ove si attribuisce al Consiglio comunale la competenza a determinare l'ordinamento degli uffici e dei servizi.

ma del pari indiscusso è il riconoscimento di una maggiore autonomia nella determinazione delle scelte che ad essi sono demandate dall'ordinamento.

L'autonomia, in tutte le sue possibili latitudini, è pre-cetto esplicito, o in altri casi *ratio* normativa, delle norme della nuova legge di riforma, in larga parte affermata anche dall'effetto abrogativo delle preesistenti disposizioni di legge ordinaria che hanno limitato l'azione amministrativa di comuni e province anteriormente alla legge di riforma, perché la disciplina essenziale che fonda il principio dell'attribuzione dell'autonomia agli enti territoriali (art. 5 e 128 Cost.) aveva ricevuto dal legislatore ordinario soluzioni restrittive, legate al previgente contesto istituzionale (r. d. 4 febbraio 1915, n. 148; r. d. 3 marzo 1934, n. 383).

Oltre all'effetto abrogativo la legge di riforma delle autonomie locali ha prodotto un'ampia delegificazione delle preesistenti disposizioni, con favore per la potestà normativa dei comuni e delle province, di particolare effetto con riferimento all'autonomia statutaria, regolamentare e finanziaria<sup>9</sup>, ovvero con favore per un potere discrezionale senza normazione scritta alcuna.

Tale configurazione dell'autonomia di comuni e province è dunque principio normativo di favore per una maggiore autodeterminazione nella scelta della propria organizzazione, nell'esercizio di funzioni ed anche, non ultima in ordine di importanza, nella gestione di servizi pubblici, a seguito del pieno riconoscimento del potere di valutazione degli interessi (bisogni) dei soggetti delle comunità di riferimento (art. 2, comma II e III).

La legge pare inoltre offrire una più precisa delimitazione di quanto è riconosciuto all'autonomia e quanto assicurato ai cittadini attraverso prestazioni imposte agli enti lo-

<sup>9</sup> Artt. 4, 5, 54.

cali, fra i quali si annoverano i servizi indispensabili, le funzioni delegate dallo Stato e dalle Regioni, ed i servizi di competenza statale<sup>10</sup>.

Di particolare interesse divengono quelle interpretazioni che tendono ad affermare che l'autonomia di comuni e province è *ex lege* non solo fondamento per l'esercizio delle funzioni amministrative, ma anche principio normativo che infonde la disciplina della gestione dei servizi pubblici<sup>11</sup>.

Il comune è definito all'art. 2 della legge come l'ente locale «che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo», ed il successivo art. 22 precisa che è attribuita a comuni e province la gestione dei servizi pubblici volti «a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali.».

Con tale disposto normativo si è pervenuti al riconoscimento legislativo di uno spazio di intervento per comuni e province in materia di sviluppo economico e civile che sino ad ora non ha avuto eguali e che specifica gli enunciati di attribuzione dell'autonomia pubblica posti dall'art. 2 della legge stessa con riferimento alla gestione dei servizi pubblici.

Sul punto si avrà modo di ritornare analiticamente, pare ora sufficiente richiamare l'attenzione sulla circostanza che un tradizionale modo di definire le competenze dei comuni e delle province<sup>12</sup> in ragione delle espresse attribuzioni deman-

<sup>10</sup> Art. 2 c. V; art. 10; art. 54, c. VII e VIII.

<sup>11</sup> E. CASETTA, *Relazione introduttiva* al Seminario su *Servizi pubblici e forme di cooperazione di Comuni e Province*, (Torino, 1 giugno 1992), in Atti ancora corso di pubblicazione, per il quale il riferimento dell'art. 22, c. I, della l. n. 142 del 1990, cit. di delimitazione della gestione dei servizi pubblici di comuni e province all'«ambito delle rispettive competenze», è da intendersi con riferimento anzitutto all'art. 2 della legge stessa.

<sup>12</sup> Si pensi alla distinzione di un tempo tra spese obbligatorie e spese facoltative di cui all'art. 91 e s. del previgente r.d. 3 marzo 1934, n. 383, t.u. della legge comunale e provinciale, posta secondo una tecnica

date dal legislatore è da ritenere definitivamente superato dal legislatore nazionale, sia con il riconoscimento legislativo dei comuni e delle province come enti esponenziali (art. 2, comma II e III), sia dalla attribuzione al comune di tutte le funzioni amministrative che riguardano la popolazione ed il territorio comunale (art. 2 e art. 9), con la precisazione che rientrano «nell'ambito delle rispettive competenze» (comuni e province) le attività di erogazione dei servizi pubblici «rivolte a realizzare e promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali» (art. 22, comma I).

Autonomia come fondamento unitario dell'esercizio delle funzioni e dell'erogazione dei servizi di comuni e province che afferma una normale indifferenza dell'ordinamento generale verso l'una piuttosto che l'altra forma di amministrazione.

Autonomia di indirizzo e di scelta dei mezzi per il soddisfacimento dei bisogni sociali che reca con sé inevitabilmente le responsabilità, per così dire, del mancato successo dell'attività complessiva degli enti locali territoriali.

In tal senso l'autonomia definita *ex lege* diviene al tempo stesso il fondamento di un intervento unitario, o quanto meno coordinato, dell'azione degli enti locali territoriali, sia che quest'ultima venga espressa nella forma tradizionale dell'intervento d'autorità, sia in quella da molti considerata più moderna di un'amministrazione dei bisogni sociali a mezzo di prestazioni a favore degli amministrati.

L'autonomia così definita è dunque il nuovo fondamento della struttura istituzionale di comuni e province attribuita per la soddisfazione degli interessi della comunità di ri-

legislativa che è stata ripresa nel d.p.r. 6 luglio 1977, n. 616, anche se in tale ultimo caso per definire il riparto di competenze fra Stato ed enti locali.

ferimento, risultato cui può pervenire l'ente territoriale attraverso l'esercizio di funzioni o l'erogazione di servizi<sup>13</sup>.

In tale contesto non pare da escludere che una correlazione fra esercizio di funzioni e gestione di servizi pubblici possa favorire un recupero di efficienza ed economicità dei servizi stessi, basti pensare ai limiti che la potestà regolamentare del comune può imporre alla proprietà privata e alla iniziativa economica privata, con prescrizioni e divieti che possono costituire una "garanzia di stabilità nel tempo della domanda economica di beni e attività" con favore per le imprese (attività) che hanno come oggetto la gestione di un servizio pubblico<sup>14</sup>.

I poteri di pianificazione e di regolamentazione volti a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali possono assumere anche lo scopo specifico di introdurre "nuove domande di beni e servizi ovvero di incrementare una domanda esistente", con una correlazione fra esercizio di funzioni e gestione di servizi a favore degli amministratori che trova nel consiglio comunale l'organo in cui si appuntano le competenze necessarie a disciplinare, indirizzare e controllare uno svolgimento coordinato degli stessi<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Non importa qui verificare se all'alternativa indicata in testo fra funzioni e servizi la legge sull'ordinamento delle autonomie locali consenta di aggiungere anche la gestione di imprese pubbliche che non erogano servizi pubblici. Sulla distinzione si veda *infra*.

<sup>14</sup> Si pensi alla disciplina della viabilità e alla correlativa installazione e gestione di parcheggi pubblici a pagamento; alla disciplina della raccolta differenziata dei rifiuti e alla relativa gestione di raccolta e smaltimento degli stessi. Ma si veda *infra* nel testo.

<sup>15</sup> Il consiglio comunale è infatti competente: ad emanare i regolamenti, a stabilire l'ordinamento degli uffici e servizi (art. 32, c. II, lettera a), ad assumere i pubblici servizi (art. 32, c. II, lettera f), alla istituzione di tributi e a definire la disciplina generale delle tariffe della produzione dei beni e dei servizi (art. 32, c. II, lettera g), a determinare gli indirizzi delle aziende pubbliche degli enti dipendenti sovvenzionati o sottoposti a

Sugli aspetti particolari di tali possibili relazioni si avrà modo di ritornare nel corso dell'analisi, è parso ora sufficiente anticipare che nuove prospettive nella gestione dei servizi pubblici di comuni e province paiono affiancarsi alle tradizionali ragioni di intervento che hanno racchiuso la rilevanza giuridica dei servizi locali in un ambito angusto, di frequente conteso da parte dell'imprenditoria privata, cui segue quella conflittualità fra pubblico e privato che, riproponendosi nel tempo, pare superare il vaglio critico dell'analisi come un indiscutibile dato strutturale degli ordinamenti contemporanei, che si debbono rassegnare alle oscillazioni dettate dalle "ubriacature" del pubblico, o del privato, che si susseguono inesorabilmente e che si registrano nelle diverse fasi storiche con alterne prevalenze.

2. *La nozione di pubblico servizio: dalla concezione soggettiva a quella oggettiva. Utilità delle diverse definizioni di servizio pubblico per l'applicazione delle norme della legge sull'ordinamento delle autonomie locali. La distinzione dall'attività autoritativa. Pubblico servizio, impresa pubblica e la diversa configurazione dell'interesse pubblico.*

La nozione di «servizio pubblico» è stata inizialmente utilizzata per identificare l'attività non giuridica della pubblica amministrazione<sup>16</sup>, sicché servizio pubblico è stato per

vigilanza (art. 32, c. II, lettera h), alla nomina dei propri rappresentanti presso enti aziende ed istituzioni operanti nell'ambito della relativa comunità, ovvero da essi dipendenti o controllati (art. 32 c. II, lettera n).

<sup>16</sup> A. DE VALLES, *I Servizi Pubblici*, in *Primo Trattato Completo di Diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, vol. VI, pt. I, Milano, 1930, 379 e.s. c.f.r. M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1988, 462, il quale con riferimento all'orientamento precedente afferma che non è possibile trovare formula utile ad identifi-

molto tempo, per differenza, qualsiasi attività della pubblica amministrazione di erogazione di prestazioni (non atti giuridici) a favore dei cittadini<sup>17</sup>.

In altri la nozione di servizio pubblico si precisa escludendo qualsiasi prestazione resa dalla pubblica amministrazione anche in conformità alle norme di diritto pubblico, poiché è propriamente tale solo quella che non implichi il compimento di atti, o fatti, di esercizio di un potere giuridico proprio dell'ente pubblico<sup>18</sup>.

Le tesi sopra indicate hanno segnato il primo tentativo di definizione della nozione di servizio pubblico e hanno consentito di separare i diversi tipi di attività della pubblica amministrazione con la *summa divisio* "funzione-servizi pubblici".

Tuttavia tali ragioni, ancora tutte interne ad esigenze di classificazione dell'attività degli enti pubblici, hanno agevolato un percorso interpretativo della nozione di servizio pubblico la cui conclusione è divenuta nota come teoria "soggettiva dei servizi pubblici", secondo la quale pubblici sono unicamente i servizi imputabili ad un soggetto pubblico<sup>19</sup>.

Con tale nozione si introduce un'importante novità capace di influenzare le successive impostazioni dell'analisi

care una specifica determinazione del contenuto del servizio pubblico diverso dalla generica definizione di necessità di perseguire interessi pubblici «istituzionalmente» affidati ad un soggetto pubblico.

<sup>17</sup> Si distinsero poi coloro che ritenevano tali prestazioni doversi ai cittadini *uti singuli* ovvero *uti universi*. A favore della prima A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 379; a favore della seconda G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, Milano, Giuffrè, 1959, 359 e s., nonché vol. I, (1958), 18 e s.

<sup>18</sup> G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, poi in *Scritti Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, 135 e s.

<sup>19</sup> Cfr. A. DE VALLES, *I Servizi pubblici*, cit., 613 e s., il quale definiva «impropri» i servizi svolti da privati con eguale contenuto a quelli imputabili agli enti pubblici.

sulla nozione di servizio pubblico nel nostro ordinamento, di cui al tempo forse non si aveva avuto piena contezza.

La nozione soggettiva del servizio pubblico rivela con precisione che si deve tenere conto di due piani d'analisi nettamente distinti: l'uno, già presente nelle precedenti teorizzazioni, è quello di classificare le diverse attività dell'amministrazione pubblica, l'altro, del tutto nuovo, è dato dall'esigenza di fornire criteri utili a differenziare il servizio pubblico dall'analoga attività di cui possono divenire titolari anche i soggetti privati.

Al fondo di tale concezione del servizio pubblico vi era la diffidenza dei giuristi del tempo verso quel processo di assorbimento di attività estranee alla tradizione pubblica, perché considerate a quel tempo «spurie rispetto alle attività proprie dello Stato»<sup>20</sup>.

La definizione pare segnare con precisione «la contrapposizione tra le funzioni pubbliche, tali per loro natura o per intima connessione con le ragioni essenziali di un ordinamento, ed i servizi frutto di un contingente interessamento statale»<sup>21</sup>.

La nozione soggettiva è dunque ricondotta dalla successiva dottrina critica ad uno stadio di evoluzione del nostro ordinamento in cui già si affaccia la crisi dello "stato liberale", ma non si riconosce di essere ancora giunti ad una trasformazione dei soggetti pubblici nella forma più moderna che è stata denominata "dello stato sociale".

Le "vecchie categorie della scienza giuridica" potevano ancora essere utili per una descrizione ed interpretazione dell'ordinamento capace di cogliere nuove sfere di attività della pubblica amministrazione, senza perciò pervenire ad un riconoscimento pari ordinato di esse alla tradizionale fun-

<sup>20</sup> M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, (Considerazioni generali), in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 183.

<sup>21</sup> M. NIGRO, *Op. loc. cit.*

zione amministrativa, considerata come il vero «carattere» dell'amministrazione pubblica.

Le successive evoluzioni segnano il passaggio dalla nozione soggettiva sopra indicata alla concezione da molti detta «oggettiva e sostanziale»<sup>22</sup>, stigmatizzando la prima come elaborazione involuta, poiché contrassegnata da forti caratteri sociologici considerati nocivi all'analisi giuridica<sup>23</sup>.

Si cercò di costruire la nozione giuridica del servizio pubblico partendo dalla considerazione, peraltro anch'essa sociologica, che lo Stato era ormai giunto, fra il primo e il secondo dopoguerra, a soddisfare gli interessi pubblici in forme sempre più differenziate, che non consentivano più di escludere l'attività giuridica di diritto privato della pubblica amministrazione<sup>24</sup> e l'utilizzazione in posizione strumentale

<sup>22</sup> In verità tesi intermedie si frapposero fra la nozione soggettiva e quella oggettiva. La critica alla nozione soggettiva si manifestò inizialmente con il «servizio pubblico improprio» (A. DE VALLES, *I servizi*, cit., 395 e s.), poi attraverso la nozione del servizio di pubblica necessità (C. GIROLA, *I servizi di pubblica necessità*, in *Studi per Cammeo*, vol. I, Padova, Cedam, 1933, 621 e s.), ovvero di pubblico interesse (M. S. GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1950, 171; ID., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 105). I primi sostenitori della nozione oggettiva e sostanziale sono considerati: C. VITTA, *Diritto Amministrativo*, Torino, IV ed., 1954, 6; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931, 198; M. S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. Amm.*, 1953, 616. Per riferimenti anteriori si veda G. VACCHELLI, *I servizi pubblici comunali e l'industria per l'illuminazione elettrica*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, 209, nonché Santi ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Società Editrice Libreria, 1906, 421.

<sup>23</sup> M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico...*, cit., 185.

<sup>24</sup> A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 463 e s., ove si rileva che è opportuno «procedere ad una classificazione delle attività poste in essere» dalle pubbliche amministrazioni che non tenga «conto soltanto del lato

dei soggetti privati, attraverso una limitazione più o meno forte della loro autonomia giuridica<sup>25</sup>.

In particolare alcuni hanno condotto l'analisi sulla nozione di servizio pubblico con riferimento a quelle forme in cui l'attività di erogazione del servizio è svolta da soggetti pubblici e da soggetti privati, ma sotto «la direzione o il coordinamento» di un organo statale, o di un complesso di organi pubblici.

Il servizio pubblico è tale anche se tutti, o gran parte di coloro che compongono l'organizzazione, siano soggetti privati, poiché dalla natura giuridica dei soggetti stessi non è possibile derivare che l'organizzazione è privata nel suo complesso.

Si perviene a tale conclusione affermando che l'organizzazione permane pubblica ogni qualvolta sia presente una finalità pubblica dell'istituzione nel suo complesso e sussista al tempo stesso una penetrante disciplina pubblicistica che la pervada<sup>26</sup>.

Un'analisi di settore<sup>27</sup> aveva consentito di affermare la definizione del servizio pubblico in ragione della rilevata presenza di fini pubblici e di una «preponderante disciplina pubblica» dell'organizzazione di riferimento<sup>28</sup>, indipendente-

formale, cioè del diverso regime giuridico cui l'atto è soggetto, trascurando la diversa finalità per cui una certa attività viene da essi esplicata». E' noto che da tale rilievo è nata la distinzione fra «attività amministrativa di diritto privato» e «attività privata delle pubbliche amministrazioni» rette entrambe dal diritto privato, ma la prima si distingue dalla seconda perché attività finalizzata al perseguimento di interessi pubblici.

<sup>25</sup> M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico...*, cit., 187, che distingue le seguenti tipologie di limiti: a) destinazione di più attività di soggetti pubblici e privati, b) sottoposizione di tali soggetti ad un regime pubblicistico identico o molto simile per tutti i soggetti interessati e c) coordinamento dell'attività di soggetti pubblici e privati.

<sup>26</sup> M. NIGRO, *Op. ult. cit.*, 192.

<sup>27</sup> *L'edilizia economica popolare*, M. NIGRO, *Op. cit.*

<sup>28</sup> La prevalenza del regime pubblicistico è ravvisata nel campo del-

mente dalla natura giuridica pubblica, o privata, dei soggetti che la compongono, che possono provvedere in concreto alla gestione del servizio pubblico.

Si introduce così una nozione che per alcuni afferma il carattere oggettivo della definizione di servizio pubblico, ma il salto di prospettiva rispetto alla precedente nozione (soggettiva) non appare così netto.

È pur sempre l'imputazione dell'attività ad una istituzione pubblica a qualificare il servizio pubblico, seppure la qualità dell'organizzazione sia desunta dalla disciplina pubblicistica che la pervade e dalla finalità pubblica cui la stessa è preordinata, che consente di allargare la sfera di qualifica-

l'edilizia economica e popolare: a) nella fase della provvista dei mezzi per l'esercizio del servizio, poiché appartiene al diritto pubblico il settore delle sovvenzioni e i c.d. mutui di favore, nonché i procedimenti espropriativi per l'acquisizione delle aree, mentre i rapporti tra imprese appaltatrici ed enti costruttori di case popolari ed economiche, mutuarie della cassa depositi e prestiti o dell'amministrazione dello Stato, sono disciplinati dalle norme in vigore per le opere in conto dello Stato; b) nella fase di attuazione del servizio le posizioni soggettive dei privati sono della stessa natura di quelle che si riscontrano nello svolgimento della funzione amministrativa con le conseguenti questioni ad esse relative di individuazione di interessi semplici distintamente dagli interessi legittimi rispetto a veri e propri diritti soggettivi, indipendentemente dalla circostanza che l'assegnazione degli alloggi sia svolta da enti pubblici, ovvero da società cooperative; c) sempre nella fase di attuazione del servizio l'atto di assegnazione ha in tutti i casi le caratteristiche di un atto di ammissione che si ritiene l'atto tipico del settore dei servizi pubblici, con espressa affermazione che l'ammissione dei soci alle cooperative, pur non essendo un atto amministrativo per mancanza del requisito soggettivo, è trattato dall'ordinamento come se fosse tale, in quanto troverebbe il normale regime di sindacabilità degli atti amministrativi con attribuzione in ragione del generale riparto di giurisdizione tra giudice ordinario, giudice speciale e giudice amministrativo. M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico...*, cit., 177-182.

zione anche a centri di imputazione i cui componenti siano anche in tutto, o in parte, soggetti privati.

L'apertura alle attività esercitate anche da soggetti non pubblici è evidente, ma in tale definizione, oltre al riferimento agli ordinamenti sezionali<sup>29</sup>, permane la delimitazione non irrilevante dettata dall'assunzione pubblica del servizio che è elevata a carattere comune di tutti i servizi pubblici<sup>30</sup>.

La nozione, così come presentata, può tuttavia consentire interpretazioni che pervengono ad una totale negazione di ogni soggettività pubblica e conseguentemente a smentire la lettura sopra proposta di una persistente imputazione pubblica come carattere unitario del servizio pubblico, poiché in essa ciò che appare rilevante è che l'attività sia «complessivamente disciplinata ed indirizzata dall'ordinamento per l'erogazione di un servizio pubblico»<sup>31</sup>.

Organizzazione dunque come diritto obiettivo pubblico (e non come soggettività), volto a coordinare l'attività di più soggetti che erogano un servizio preordinato a raggiungere i fini pubblici stabiliti dall'ordinamento stesso.

In tale seconda lettura si comprende perché la nozione indicata sia qualificata come oggettiva, poiché verrebbe a contenere molte anticipazioni poi sviluppate dalle successive elaborazioni intorno alla nozione di servizio pubblico.

All'indubitabile superamento della nozione soggettiva di servizio pubblico si perviene infatti attraverso l'eliminazione di ogni legame con l'imputazione soggettiva del servizio

<sup>29</sup> M. S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e Credito*, 1949, 105 e s.

<sup>30</sup> M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico*, cit., 192.

<sup>31</sup> M. NIGRO, Op. loc. cit., ove si richiama la nota tesi di M. S. GIANNINI, *Istituti di credito e servizi*, cit. 105 e s. delle organizzazioni di settore i cui elementi costitutivi sarebbero dati da una «plurisoggettività», da una destinazione unitaria delle attività svolte e da un potere direttivo di un organo statale: M. NIGRO, *L'edilizia popolare...*, cit., 193.

ad enti o organizzazioni pubbliche, poiché l'analisi parte direttamente dalle disposizioni di cui all'art. 41, comma III, e 43 Costituzione, elevate a fondamento normativo del carattere del pubblico servizio<sup>32</sup>.

Il raccordo fra le due disposizioni costituzionali è tratto<sup>33</sup> direttamente dall'art. 1 della l. 29 marzo 1903, n. 103, sulla municipalizzazione dei pubblici servizi, poiché si ritiene che all'epoca «nessuna teoria giuridica aveva ancora contaminato i termini del problema».

Sia l'art. 43 Cost., sia l'art. 1 della legge n. 103 del 1903 cit., si riferiscono entrambi alle attività economiche che incidono direttamente sulla collettività e tale caratteristica può essere ritrovata sia in soggetti pubblici, sia in soggetti privati, titolari delle relative attività che sono considerate dalla Costituzione di interesse pubblico.

In tale ricostruzione è decisivo il legame logico-giuridico fra attività economica soggetta a programmi e controlli pubblici di cui all'art. 41, comma III, Cost., e il potere di riservare originariamente, o trasferire (espropriando) le imprese che erogano servizi pubblici essenziali, di cui al successivo art. 43 Cost.

La programmazione ed i controlli sarebbero un mezzo di intervento dello Stato nell'economia utilizzato sino a

<sup>32</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1964, ma contributi a favore di una nozione oggettiva del servizio pubblico possono essere ritrovati già in autori precedenti: G. VACCHELLI, *I servizi pubblici comunali e l'industria per l'illuminazione elettrica*, in *Riv. dir. comm.*, 1906, I, 209; SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, Soc. Ed. Libreria, II ed., 1906, 421, nonché III ed., 1913, 357-360, ove si parla di prestazioni amministrative, tesi ripresa poi da R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati - Teoria generale*, II ed., Milano, Giuffrè, 1956; C. VITTA, *Diritto amministrativo*, cit., 6; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, vol. I, Messina, III ed., 1931, 198.

<sup>33</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 136 e s.

quando le finalità pubbliche siano compatibili con l'esercizio di impresa in capo ad un soggetto terzo, mentre lo Stato potrà far uso del potere di trasferimento coattivo, o di riserva originaria, ogni qual volta l'interesse pubblico richieda un controllo più pregnante nella gestione della impresa che non è più compatibile con la sua titolarità in capo ad altri.

In tale concezione non solo viene superato ogni riferimento alla imputazione dell'attività (servizio pubblico) ad un soggetto pubblico, ma assume carattere essenziale ed assorbente la disciplina pubblica di controllo e di programmazione (indirizzo) dell'attività di impresa esercitata da qualsiasi soggetto pubblico o privato.

Nonostante le critiche ad essa rivolte<sup>34</sup> occorre riconoscere che l'analisi da ultimo ricordata è stata quella che più di ogni altra ha dato fondamento normativo ad una nuova impostazione della nozione di servizio pubblico nel nostro ordinamento, con determinazione critica che impedisce ogni ritorno alle precedenti soluzioni.

La tesi in esame separa definitivamente, senza per ciò negare le utili connessioni, quelle esigenze, un tempo prioritarie, di classificazione dei diversi tipi di attività amministrativa dalle analisi sul concetto giuridico di servizio pubblico, che di per sé richiedeva da tempo un'attenzione particolare ed un'analisi scevra da quegli aprioristici condizionamenti di una sistematica ormai in crisi<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica (evoluzione legislativa e problematica)*, in *I Lavori Pubblici*, a cura di A. M. Sandulli, Neri Pozza Editore, 1967, 496; F. MERUSI, voce *Servizio Pubblico* del *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVII, Torino, Utet, 1970, 220.

<sup>35</sup> Cfr. E. FERRARI, *I servizi sociali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1986, 169-168, il quale rileva che le riflessioni della dottrina non hanno prestato sufficiente attenzione alla circostanza che la tesi del servizio pubblico come concezione oggettiva (Pototschnig) ha imposto di abbandonare la distinzione dell'attività amministrativa tra pubblica funzione e servizio pubblico, proprio perché emergevano attività pubbliche che non erano, né l'uno, né l'altro.

Ulteriori distinzioni all'interno della tradizionale definizione di servizio pubblico erano infatti ormai necessarie, con particolare riferimento alla ricerca dei criteri utili a discernere fra la gestione pubblica e la gestione privata di un servizio ed iniziando ad introdurre distinzioni fra i diversi modi in cui si può manifestare l'intervento pubblico nell'economia che paiono essenziali.

Non è un caso che a fianco delle più tradizionali analisi sui servizi pubblici, ne compaiono altre e ben distinte volte alla ricerca delle peculiarità dell'intervento nell'economia da parte dello Stato e degli altri enti pubblici economici, con conseguente affermarsi di due separati campi di indagine, che non negano le necessarie relazioni, ma ne affermano la rispettiva identità: l'uno relativo all'impresa pubblica e l'altro ai servizi pubblici.

La concezione del servizio pubblico da ultimo indicata pone in rilievo il momento dell'organizzazione in vista di un risultato, che non necessariamente si identifica con un atto giuridico (tanto meno autoritativo), ma che si caratterizza per la produzione «di utilità non giuridiche»<sup>36</sup>.

Il richiamo alla nozione di imprenditore, come organizzatore dei fattori della produzione in vista di un risultato<sup>37</sup> diviene inevitabile, attraverso il riferimento comune della distinzione "fra atti e attività giuridiche", che aveva impegnato gli studiosi di diritto pubblico e di diritto privato<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 209 e s.

<sup>37</sup> I beni e servizi di cui all'art. 2082 cod. civ.

<sup>38</sup> La distinzione si ritiene introdotta dalla dottrina di diritto pubblico (C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934, 352) poi utilizzata da quella di diritto commerciale (T. ASCARELLI, *Lezioni di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1954, 96). Si vedano E. CASSETTA, *Attività e atto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1957, 293 e s.; G. AULETTA, voce *Attività (diritto privato)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1958, 981 e s.; più di recente: F. ROVERSI MO-

La definizione giuridica della «attività» è al tempo della sua enunciazione il punto teorico di maggiore importanza della nozione di servizio pubblico, poiché la qualificazione pubblica può essere agevolmente determinata in ragione del fine di interesse pubblico del servizio.

Programmi e controlli di cui all'art. 41 Cost. divengono la garanzia che la libera attività imprenditoriale dei soggetti privati sia indirizzata verso finalità pubbliche, con conseguente possibilità di individuare servizi pubblici gestiti da enti pubblici ed anche da soggetti privati<sup>39</sup>.

Si pongono così i postulati teorici per affermare che sussistono attività (servizi) che pubbliche non sono ed inoltre che tali attività (non pubbliche) possono essere gestite, ciò nonostante, da soggetti pubblici (impresa pubblica)<sup>40</sup>.

NACO, *L'attività economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. I, Padova, Cedam, 1977; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959, 71 e s.; E. CASSETTA, voce *Attività amministrativa*, in *Digesto (discipline pubblicistiche)*, vol. I, Torino, Utet, 1987; M. CASANOVA, voce *Atti di commercio*, in *Digesto (discipline priv. sez. diritto commerciale)*, vol. I, Torino, Utet, 518 e s.

<sup>39</sup> Cfr. U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 52.

<sup>40</sup> V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 671 e s.; S. VALENTINI, *L'impresa pubblica*, Milano, 1980, 46 e s.; G. VIGNOCCHI, *Aspetti pubblicistici del servizio del credito*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1961, 555 e s.; ID., *Servizi pubblici resi da soggetti privati (con particolare riferimento al servizio del credito)*, in *Arch. giur.*, 1965, 15 e s.; ID., *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè, 1968; F. MERUSI, *le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1964; S. CASSESE, *Corporazioni ed intervento pubblico nelle economica*, in *Quaderni storici della Marche*, 1968, 402 e s.; M. S. GIANNINI, *Osservazioni sulla disciplina della funzione creditizia*, in *Studi Romano*, vol. II, Padova, Cedam, 1940, 705 e s.; ID., *Istituti di credito e servizi di interesse pubblico*, in *Moneta e credito*, 1949, 105 e s.; S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 della Costituzione*, in *Giur. Cost.*, 1960, I, 344; M. CASANOVA, *Imprese e aziende*, Torino, UTET, 1974.

Quanto detto non significa negare che un «possibile oggetto di attività economica privata possa trasformarsi nelle mani dello Stato o di altro ente pubblico in un servizio pubblico»<sup>41</sup>, significa piuttosto che le nozioni di servizio pubblico e impresa<sup>42</sup> pubblica sono e permangono distinte, anche se, in ragione della categoria delle «attività di impresa di interesse pubblico» entrambe sono venute a coprire uno spazio giuridico sempre più contiguo.

L'impresa pubblica è definita come un'attività strumentale all'interesse pubblico che tuttavia rimane «esterno» all'impresa stessa<sup>43</sup>, mentre il servizio pubblico non è mai definito come strumento per raggiungere altri scopi pubblici, ma «scopo pubblico esso stesso», con l'affermata conseguenza che «l'assunzione del servizio diventa fine dell'ente e l'attività funzione»<sup>44</sup>.

La possibilità che l'attività dell'amministrazione pubblica di erogazione di servizi potesse essere non molto dissimile da quella svolta da soggetti privati era già stata riconosciuta e sottolineata ad inizio secolo<sup>45</sup>.

Il punto è di interesse poiché già allora si precisava che

<sup>41</sup> G. MIELE, *In tema di costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Il diritto dell'economia*, 1958, 1133.

<sup>42</sup> Nel senso di attività economica organizzata.

<sup>43</sup> V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica*, cit., 671 e s.; cfr. S. CASSESE, A. MASSERA, *Le imprese pubbliche in Italia*, in A.A. V.V., *L'impresa pubblica*, Milano, F. Angeli, 1977, 95 e s.; M. T. CIRENEI, *Le imprese pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1983, 562 e s., spec. 567.

<sup>44</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, Giuffrè, 1986, 156 e s.

<sup>45</sup> A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 447; contro le osservazioni di O. RANELLETTI, *Facoltà create dalle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1985-86, 432 e G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, a cura di V. E. Orlando, vol. II, pt. III, Milano, Società Editrice Libreria, 1920, 235 e s.

«soltanto gli enti pubblici possono sentire la convenienza di fornire una data prestazione al pubblico, come scopo pubblico», mentre anche l'attività senza scopo di lucro dei privati è pur sempre necessariamente diretta verso uno scopo che non può mai dirsi pubblico, ma che resta pur sempre privato<sup>46</sup>.

L'unitarietà nel nostro ordinamento della nozione di attività non giuridica rivolta ad un fine è stata direttamente affermata ricollegando la nozione di servizio pubblico al concetto di attività economica di cui all'art. 2082 del codice civile, poiché in entrambe i casi si tratta di produzione di beni o servizi<sup>47</sup>.

La soluzione pare mantenere a cardine della definizione di servizio pubblico l'art. 41 Costituzione, ricercando il fondamento che lo distingue dall'attività di diritto privato in altre disposizioni costituzionali<sup>48</sup>.

La nozione di servizio pubblico è così ricollegata alla nozione di "Stato sociale", inteso quest'ultimo come temperamento di beni giuridici tutelati delle diverse norme costituzionali che l'erogazione di servizi si trova a coinvolgere di volta in volta<sup>49</sup>, con la conseguenza di non poter più mantenere quella separazione netta fra diritti di libertà (negativa) e diritti sociali (pretensivi) cara alla tradizione giuridica dello "Stato liberale".

<sup>46</sup> A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 447. Il servizio pubblico come diretta e immediata considerazione di un interesse pubblico è stata affermata invece da R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, *Teoria generale*, II ed., Milano, Giuffrè, 1956, 72.

<sup>47</sup> E. FERRARI, *I servizi sociali*, cit., 171; con la quale si è inteso circoscrivere la nozione di servizio pubblico ad una sfera meno ampia di quella proposta con il riferimento agli art. 41 e 43 della Costituzione.

<sup>48</sup> Art. 21, e 31-38 Cost., in tal senso: E. FERRARI, *I servizi sociali*, cit. 86, 92, 175.

<sup>49</sup> E. FERRARI, *I servizi sociali*, cit. 173-176, ma si confronti pag. 73 ove pare ricondurre la nozione di servizio pubblico all'art. 43 Cost.

Emblematica in tal senso è la vicenda del servizio radiotelevisivo che ha portato di recente ad invocare una vera e propria ridefinizione dell'art. 21 Costituzione, per la considerazione essenziale che la tutela costituzionale della libertà di pensiero e di stampa non può più essere disgiunta dalla disciplina dell'attività economica (art. 41 Cost.) stante le irreversibili evoluzioni cui il sistema dei servizi radiotelevisivi è giunto<sup>50</sup>.

La nozione di servizio pubblico si confronta su nuovi piani d'analisi, che si aggiungono ai precedenti senza negare dunque la tradizionale necessità di classificazione dei diversi tipi d'attività dell'amministrazione pubblica.

Si conferma infatti il bisogno di individuare esattamente le relazioni con l'attività dei privati: sia con riferimento all'attività economica, verso la quale sorge la necessità di distinguere fra impresa pubblica e privata, sia con riguardo ad attività senza rilievo economico, verso le quali occorre ritrovare il criterio di discriminazione tra attività dirette a fini sociali pubblici e quelle non molto dissimili svolte da associazioni, fondazioni, o società cooperative.

La dottrina approda con i propri rilievi critici ad un punto di analisi in cui appare evidente che non solo i servizi pubblici possono essere gestiti da soggetti privati, ma anche che i servizi (attività) non pubblici possono essere gestiti da soggetti pubblici (le c.d. «imprese pubbliche»)<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> A. DI GIOVINE, *Libertà o potere?*, in *Verso il diritto all'informazione*, a cura di J. Jacobelli, Bari, Laterza, 1991, 57-60; sulle problematiche generali si veda per tutti da ultimo: G. RAO, *Informatica, banche dei dati e principi costituzionali*; in *Nuove dimensioni nei diritti di libertà*, Padova, Cedam, 1990, 473 e s.

<sup>51</sup> La denominazione «imprese pubbliche» utilizzata in testo è conforme all'uso improprio, ma diffuso della stessa, e per tale ragione ad essa si è accondisceso: infatti è riferita normalmente all'esercizio di impresa da parte di soggetti pubblici (imprenditore pubblico) e non quali-

Nozione di «impresa pubblica» da un lato e la possibilità di attività svolte da organizzazioni private senza scopo di lucro (associazioni, fondazioni ecc.) dall'altro, aggiungono ulteriori puntelli critici ad ogni tentativo di ricostruire la nozione di servizio pubblico sulla base di una concezione soggettiva<sup>52</sup>.

La nozione da ultimo indicata è stata sottoposta a critiche soprattutto per la sua eccessiva latitudine, perché inidonea a distinguere il pubblico servizio dall'attività economica privata (o pubblica) soggetta di per sé (art. 41, comma III, Cost.) a controlli e programmi dell'amministrazione pubblica.

Da tale *impasse* si è tentato di uscire riservando la nozione di servizio pubblico ai casi in cui l'ordinamento ha posto una disciplina differenziata che attribuisce all'amministrazione pubblica poteri di ingerenza di gran lunga superiori a quelli che attribuisce alla stessa per l'esercizio di «controlli», o per l'attuazione della programmazione economica (art. 41 Cost.).

Affiora come elemento caratterizzante della definizione di servizio pubblico la scelta dell'ordinamento di predisporre poteri di ingerenza dell'amministrazione pubblica in misura tale da ricondurre l'attività stessa come direttamente riferibile allo Stato, come attuazione della sua volontà<sup>53</sup>.

La definizione si mantiene critica verso la concezione soggettiva, poiché è del tutto indifferente che siano privati i

fica invece, come parrebbe preferibile, i caratteri pubblici (diversi da quelli privati) di un'attività d'impresa.

<sup>52</sup> Il punto critico ha dovuto attendere alcuni anni per giungere a maturazione, si è detto che spunti in tal senso erano già stati offerti dalla segnalazione dei c. d. «servizi impropri»: A. DE VALLES, *I servizi pubblici...*, cit., 613 e s.

<sup>53</sup> F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriali*, Milano, Giuffrè, 1973, 33 e s., 100 e s., 199 e s.

soggetti cui è affidato il servizio e che gli atti da questi compiuti siano tutti essi stessi di natura privata.

Il carattere pare ritrovato nell'oggettivo riferimento dell'attività di servizio pubblico alla volontà dell'ente pubblico (Stato) coinvolgendo le sfere di autonomia giuridica che l'ordinamento riconosce ai soggetti pubblici e privati.

La gestione di un servizio pubblico deve in ogni momento rivelare l'attuazione della volontà dello Stato, sicché è parso agevole e conseguente riconoscere che il momento dell'autonomia privata sia «strumentalizzato» alla volontà pubblica.

Lo spunto è di estremo interesse poiché richiama l'attenzione sui limiti posti dall'ordinamento alla possibilità di attribuire a soggetti privati l'esercizio di attività la cui natura permarrebbe ciò nonostante pubblica (servizi).

Sotto altro profilo occorre riconoscere che se si accoglie una definizione del servizio pubblico tutta incentrata sull'oggettiva caratterizzazione dell'attività svolta (riferimento allo Stato in forza di norme di diritto obiettivo) si sottolinea ancora una volta un legame fra erogazione di un servizio e scelte dell'autorità pubblica così pregante da ricondurre la prima alle seconde.

Il ragionamento non pare tuttavia portato a compimento, poiché manca la dimostrazione dell'esistenza di uno spazio giuridico dedicato al servizio pubblico, ricavato fra i limiti dettati dalla Costituzione per qualsiasi attività economica (art. 41) e quelli relativi all'espropriazione della titolarità di un'attività d'impresa (art. 43), per individuare i caratteri giuridici ad esso peculiari.

Più di recente le analisi ripercorrono le elaborazioni della dottrina di inizio secolo cercando di evidenziare la natura giuridica del servizio pubblico, con singolare richiamo, seppure critico, alle idee di un'attività meramente esecuti-

va<sup>54</sup>, cui consegue il carattere di servizio pubblico come attività «funzionalizzata» dell'amministrazione<sup>55</sup>.

È interessante notare che tale punto di convergenza è raggiunto in base a due percorsi interpretativi affatto differenti.

L'uno perviene a tale conclusione a seguito di una rivisitazione delle teorie sull'attività di diritto privato con particolare riferimento a quelle che si sono occupate delle obbligazioni pubbliche<sup>56</sup>, le quali, non senza rilievi critici, consentono tuttavia all'autore di riportare alla luce il concetto di servizio pubblico come «prestazione» e «rapporto giuridico»<sup>57</sup>.

L'altro invece afferma la «funzionalizzazione» del servizio pubblico come conseguenza della rivalutazione dell'atto

<sup>54</sup> In tal senso: A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XIV ed., Napoli, Jovene, 1984, 570; G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, Cedam, 1968, 493.

<sup>55</sup> E. FERRARI, *I servizi sociali*, cit., 186. «Proprio perché in questa prospettiva l'atto non c'è o svolge un ruolo marginale, il rilievo del momento funzionale non potrà cadere sulla disciplina dell'invalidità di un atto e dovranno ricercarsi invece altri parametri, ma ciò non toglie evidentemente che il momento funzionale non possa avere rilievo anche su questo tipo di attività della pubblica amministrazione, e quindi influenzare pure la disciplina relativa». Concorde sul punto anche: I. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, Giuffrè, 1986, 156, 160.

<sup>56</sup> M. S. GIANNINI, *Profili storici della scienza e del diritto amministrativo*, in *Studi sassaresi*, Sassari, 1940; Id., *Le obbligazioni pubbliche*, Roma, Jandi Sapi, 1964; A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni, obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Milano, Giuffrè, 1966; Id., voce *Obbligazioni pubbliche*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXIX, 1979, 383 e s.; G. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1960; analisi condotta da E. FERRARI, *Op. cit.*, in stretta relazione con quella sulla distinzione dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione operata da A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, cit.

<sup>57</sup> E. FERRARI, *I servizi sociali*, cit., 193 e s.

di assunzione dello stesso da parte degli enti pubblici dotati di autonomia<sup>58</sup>.

Il diverso processo interpretativo rivela, al di là della concorde conclusione, possibili differenti linee di evoluzione.

La caratterizzazione del servizio pubblico come rapporto giuridico e come prestazione pone l'attenzione sui destinatari del servizio stesso e più precisamente sulla loro qualità di utenti, perché persone «il cui comportamento è giuridicamente rilevante all'interno del rapporto e quindi sulle vicende di questo»<sup>59</sup>.

Al contrario l'accento posto sull'atto di assunzione del servizio pubblico consente invece di richiamare l'attenzione sulle scelte di autonomia dell'ente pubblico nella erogazione del servizio stesso: l'assunzione è l'atto con cui l'ente assume su di sé il compito di svolgere un servizio pubblico (fine dell'ente) e l'attività posta in essere per la soddisfazione di tale fine (erogazione del servizio pubblico) è ritenuta per ciò solo «funzione amministrativa» in senso proprio<sup>60</sup>.

Con tale ultima definizione la ricerca si estende al fondamento giuridico del servizio pubblico (legge, autonomia pubblica, autonomia privata), con particolare riferimento all'autonomia, costituzionalmente garantita degli enti pubblici territoriali minori, che valorizza la possibilità di essi di operare autonome scelte di assunzione, o non assunzione, di servizi pubblici<sup>61</sup>.

Assumere il servizio non significa «disporre circa la gestione di questo, né affidare necessariamente una attività all'apparto pubblico, bensì assicurare alla comunità la cura

<sup>58</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici*, cit., 149 e s.

<sup>59</sup> E. FERRARI, *I servizi sociali*, cit., 223.

<sup>60</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici*, cit., 156, e *passim*.

<sup>61</sup> Ponendo così anche il fondamento giuridico per la distinzione fra la nozione di servizio pubblico e quella di servizio pubblico obbligatorio.

di quel certo interesse, disponendo in tal senso con legge, regolamento, provvedimento discrezionale, o atto di autonomia», sicché «il livello dell'interesse e la fonte del servizio sono determinati dall'assunzione e non dal livello di gestione»<sup>62</sup>.

In tale quadro l'elemento soggettivo della nozione di servizio pubblico parrebbe in parte<sup>63</sup> riproposto sotto altro profilo, cioè con riferimento all'atto di assunzione dell'ente pubblico, mentre l'erogazione del servizio potrà avvenire «anche inserendo convenzionalmente organismi privati nel disegno organizzativo pubblico, circostanza che fa sì che l'attività dell'organismo diventi giuridicamente doverosa, novandosi, così, da mezzo (per scopi privati) a fine pubblico posizione rispetto agli originari scopi privati»<sup>64</sup>.

L'elemento decisivo nella definizione del servizio pubblico è la «doverosità che impone a soggetti pubblici o/e privati di svolgere una certa attività (ed in un certo modo), non per perseguire risultati ulteriori, o per raggiungere ulteriori scopi, bensì quale fine d'interesse pubblico essa stessa»<sup>65</sup>.

La «doverosità» e il «rapporto giuridico con gli utenti» sono nelle due analisi il punto di approdo della ricerca sui servizi pubblici che, come vedremo, si rivela di grande utilità per l'interpretazione della disciplina giuridica posta dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Il «carattere di sistematicità e di continuità di determinate prestazioni per la soddisfazione di un bisogno collettivo

<sup>62</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici*, cit., 150.

<sup>63</sup> Si esclude l'assunzione imposta a soggetti privati con legge.

<sup>64</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici*, cit., 156.

<sup>65</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici*, cit., 162, ma si veda anche 156, 160-162; nonché ID., *Sul fondamento giuridico del servizio pubblico*, in *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, vol. III, Milano, Giuffrè, 1988, 262, e sp. nota 9 distinzione fra «doverosità» e essenzialità dei servizi di cui all'art. 43 Cost.

generale» era stato, per il vero, già indicato da altra dottrina<sup>66</sup> come elemento essenziale di definizione del servizio pubblico anche se letteralmente il termine «doverosità» pare esprimere qualcosa di diverso e di più di quello di una «sistematicità» e «continuità» del servizio pubblico.

Una recente disamina economica rivolta ai giuristi<sup>67</sup> ha precisato che la nozione di servizio pubblico può essere correttamente individuata ove le decisioni di offerta di un certo servizio siano assunte dai poteri pubblici.

Tale circostanza ricorre ove i soggetti pubblici abbiano il potere di specificare le caratteristiche qualitative (tipologico-funzionali) e il relativo costo per gli utenti e determinino una situazione in cui esistano comportamenti positivamente vincolati a produrre, immettendole al consumo, determinate quantità.

Si ritiene che ricorrano tali condizioni nelle ipotesi in cui i pubblici poteri pongano in essere strutture organizzative utili alla produzione del servizio, acquistando in tal caso «direttamente i fattori produttivi necessari alla resa di un servizio (lavoro, beni strumentali, servizi intermedi ecc.)» ed organizzandoli «in vista dei fini di offerta che si propongono di conseguire»<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica*, in *I lavori pubblici*, cit., 495.

<sup>67</sup> A. MONTEBUGNOLI, *Sulla nozione di servizio pubblico*, in *Econ. pubbl.*, 1992, 3 e s., s.p. 7 e 8, ed *ivi* riferimenti. Cfr. B. ANDREATTA, *Stato del benessere. Interventi statali e servizi sociali*, in *Il diritto dell'economia*, 1988, 127 e s., spec. 133, ove si afferma: «Lo stato sociale, in conclusione non deve tanto ispirarsi allo scopo di ottenere il massimo e assoluto perfezionamento nell'espletamento della funzione sociale del benessere; ma deve piuttosto mirare a progettare meccanismi robusti, che possano efficacemente funzionare anche in condizioni di crisi, con efficace controllo dei costi e con attitudine a resistere anche ai sussulti della vita economica ed alle proteste contro lo stato fiscale». Cfr. S. LOMBARDINI, *Piano economico e impresa pubblica*, Torino, 1963, 25 e 26.

<sup>68</sup> A. MONTEBUGNOLI, *Sulla nozione di servizio pubblico*, cit., 6.

In tale ipotesi rientrerebbero sia la gestione diretta, sia quella a mezzo di aziende e in genere degli enti pubblici strumentali che gestiscono i servizi pubblici.

Alternativamente i pubblici poteri «possono ottenere determinati risultati in termini di offerta acquistando... le prestazioni di una struttura, che già organizza i servizi, per poi cederle ai cittadini realizzando le condizioni di soddisfazione dei bisogni che ritengono più opportune»<sup>69</sup>.

Ove la scelta della struttura produttiva ricada su un'impresa privata si configurerebbe uno schema «di offerta pubblica *cum* produzione privata» nel quale la parte pubblica agisce come «intermediario tra l'offerta di cui sono titolari le imprese private e la domanda espressa dai cittadini».

Per tali casi se è vero che lo schema dell'offerta pubblica di utilità finali acquistate presso un'impresa comporta inevitabilmente che la soddisfazione dei bisogni dei cittadini resti sempre «materialmente affidata all'impresa stessa» si deve ammettere che sul piano economico e giuridico nessuna transazione si è verificata tra imprese produttrici e cittadini.

Le imprese private «cui è affidata la produzione dei servizi, per quanto esercitino la funzione di servire materialmente definite prestazioni ai cittadini, nel fare ciò operano sulla base di un rapporto contrattuale che non interviene con i cittadini medesimi, ma precisamente con la parte pubblica, rispetto alla quale sono impegnate a determinati comportamenti nei riguardi di una certa collettività (si pensi ancora ad esempio ai servizi sanitari, resi in particolari regimi di convenzionamento)»<sup>70</sup>.

In tali casi le decisioni di offerta che normalmente si incontrano sul mercato con la domanda sono ricondotte in ambito pubblico attraverso «un'interruzione del rapporto economico-contrattuale tra le imprese private produttrici del

<sup>69</sup> Op. ult. loc. cit.

<sup>70</sup> Op. ult. cit., 7.

servizio e i consumatori» a mezzo appunto della interposizione pubblica (intermediario) di cui prima si riferiva.

Diversa definizione devono trovare invece quelle ipotesi in cui il pubblico potere si limiti unicamente a disciplinare l'attività d'impresa in applicazione dell'art. 41, comma III, della Costituzione.

In tale ultimo caso infatti domanda e offerta del servizio si incontrano senza «intermediazione» del pubblico potere, trovandosi direttamente sul mercato.

I limiti imposti dalla disciplina pubblica non sarebbero tali da far assurgere l'erogazione del servizio alla definizione di servizio pubblico accolta dall'analisi in esame, poiché si ritiene che anche qualora il pubblico potere intervenga a limitare decisamente la gestione dell'impresa<sup>71</sup> è sempre possibile per il titolare dell'impresa stessa modificare la propria offerta, sia sotto il profilo qualitativo sia quantitativo, in ragione della determinazione del prezzo stesso, sino al limite della cessazione dell'attività d'impresa ove non si ritenga più conveniente il processo produttivo.

Il tratto caratteristico del servizio pubblico è determinato da un vincolo che «non richiede solo il rispetto di talune condizioni di funzionalità e di prezzo, ma anche l'impegno a soddisfare la domanda che si manifesta in corrispondenza delle medesime, con l'ulteriore precisazione che tale impegno va inteso in senso forte, poiché riguarda propriamente la soddisfazione di tutta la domanda espressa dai consumatori anche in presenza di situazioni in cui il calcolo delle convenienze imprenditoriali condurrebbe invece a servire solo una parte del mercato»<sup>72</sup>.

Al fondo del ragionamento vi è la dichiarata convinzione che la nozione di servizio pubblico è collegata all'inte-

<sup>71</sup> Ad esempio fissazione dei prezzi al consumo di un determinato servizio qualitativamente definito.

<sup>72</sup> Op. cit., 8.

resse pubblico, con la precisazione che lo stesso non può trovare adeguata tutela se non attraverso uno specifico intervento dei poteri pubblici<sup>73</sup>, «poiché l'offerta autonomamente garantita dagli operatori privati non configura le condizioni di soddisfazione dei bisogni ritenute necessarie, ovvero non corrisponde a definiti *standards* di consumo»<sup>74</sup>.

Senonché l'affermazione per come è formulata appare foriera di non pochi equivoci.

Non di rado infatti la nozione di servizio pubblico è stata ricondotta alla più generale argomentazione che si ritiene abbia fondato l'intervento pubblico nell'economia, secondo la quale la legittimazione dei soggetti pubblici è riconosciuta ove manchi la convenienza dell'imprenditore privato<sup>75</sup>.

Il punto è di interesse e richiede un chiarimento, poiché è concezione che pare riproposta come idea diffusa in epoche recenti, in occasione del dibattito «sulle privatizzazioni» delle imprese pubbliche<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Gestione diretta, intermediazione nel rapporto domanda-offerta.

<sup>74</sup> Op. cit., 5.

<sup>75</sup> G. AGNELLI, *Intervento in Ricerca sulle partecipazioni statali*, a cura di G. COTTINO, *Studi sulla vicenda italiana*, vol. I, Torino, Einaudi, dove si afferma: «In un certo senso nell'individuare specifiche missioni occorrerà far riferimento alle originarie motivazioni delle partecipazioni statali e riaffermare il loro ruolo in quei campi di fondamentale interesse di sviluppo economico del paese in cui l'iniziativa privata è assente o non adatta ad assolvere le necessarie funzioni (tipico è il caso di settori in cui le dimensioni degli investimenti, l'elevatezza del rischio, la redditività differita od incerta frappongono ostacoli all'intervento degli operatori privati)», op. cit., 267.

<sup>76</sup> Significativo appare il titolo del *Il Sole-24 ore* del 5 agosto 1992 successivo all'accordo sindacale che ha abolito "la scala mobile" per i lavoratori subordinati "Abete (n.d.r. presidente della Confindustria): «Ora le privatizzazioni»". Per riferimenti storici e rilievi in tal senso si veda M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. delle società*, 1958, 233-234.

Che specifiche «missioni» non remunerative in campo economico possano essere attribuite all'attività degli enti pubblici appare del tutto comprensibile, ma l'affermazione non fonda la regola che tale ambito sia l'unico teoricamente legittimo per i soggetti pubblici, né impone di accettare la conclusione che l'interesse pubblico d'impresa è nozione residuale (residuo come rifiuto) dell'interesse dei privati.

Diversamente opinando non ci si può stupire della circostanza che il "pubblico" sia normalmente inefficiente (deficitario), poiché gli stessi presupposti teorici dell'intervento pubblico pongono gli operatori in una condizione (residuale) che è già stata valutata dai privati come non remunerativa.

Delle due l'una: o si rivedono i presupposti teorici dell'intervento pubblico, o si mutano i parametri di valutazione dello stesso, escludendo un'inutile valutazione dei risultati (inefficienza) che era già posta (nota) sin dalle premesse.

L'affermata correlazione fra intervento dei pubblici poteri e nozione di servizio pubblico pare offrire altri e più proficui percorsi teorici di quelli sopra indicati, che la stessa analisi economica riferita non pare escludere dalle proprie considerazioni.

Non è mancato infatti chi ha suggerito come campo preferenziale dell'intervento pubblico nell'economia quello di una «garanzia della domanda»<sup>77</sup>, non nel senso globale e astratto della concezione keynesiana, ma secondo un significato più specifico dettato dalla possibilità per i pubblici poteri di garantire che una certa domanda rimanga nel tempo consentendo così «ad un'offerta di svilupparsi, aggrappandosi a quella domanda come un'edera si aggrappa ad una pianta»<sup>78</sup>.

Questa tesi, anche se non delimita il campo definitorio

<sup>77</sup> F. FORTE, *Intervento, in ricerca sulle partecipazioni statali, Studi sulla vicenda italiana*, vol. I, 284.

<sup>78</sup> F. FORTE, *op. loc. cit.*

che separa l'impresa pubblica dal servizio pubblico, appare di estremo interesse ove si ritenga che gli enti pubblici economici possano trovare uno spazio di operatività e di legittimazione non più definito dalla funzione servente gli imprenditori e gli interessi privati, ma dalla qualificazione strumentale di essi al «principio di effettività»<sup>79</sup> dei poteri amministrativi.

Alcuni esempi valgono a precisare quanto ci pare di rilievo anche per la definizione della nozione di servizio pubblico nel nostro ordinamento il quale attribuisce alla pubblica amministrazione poteri autoritativi i cui atti e relativi effetti (esecutività, esecutorietà, ecc.) sono disciplinati dal diritto pubblico, ma che in taluni casi necessitano di una ulteriore attività dell'amministrazione che dai provvedimenti e dalla relativa esecuzione si distingue, ma che ciò nonostante è, sotto altro profilo, ad essi strettamente correlata (effettività).

Basti pensare alla determinazione autoritativa della chiusura al traffico di un centro storico che potrebbe non essere attuata, né attuabile, ove non si provveda ad installare adeguati servizi di parcheggio nelle zone limitrofe, non diversamente da altre scelte in materia ambientale (si pensi alla raccolta differenziata dei rifiuti) in cui la scelta d'autorità diventa *ineffettiva* (non osservata) ove manchi un'impresa (o in

<sup>79</sup> P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, Giuffrè, 1953; P. PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, Milano, Giuffrè, 1965, 420 e s.; R. MENEGHELLI, *Il problema dell'effettività nella teoria della validità giuridica*, Padova, Cedam, 1964; G. OTTOLENGHI, *Il principio di effettività e la sua funzione nell'ordinamento internazionale*, in *Riv. dir. internaz.*, 1936, 4 e s.; G. SALVIOLI, *L'effettività in diritto internazionale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1953, II, 271 e s.; G. SPERDUTI, *L'individuo nel diritto internazionale. Contributo all'interpretazione del diritto internazionale secondo il principio della effettività*, Milano, 1950.

genere un'organizzazione) capace di soddisfare la domanda di servizi che necessariamente si impone.

Il carattere accennato può apparire tuttavia ancora comune sia alla nozione di impresa pubblica sia a quella di servizio pubblico, o più precisamente alla prima sia nel caso in cui gestisca un servizio pubblico, sia nel caso opposto.

Diviene invece peculiare del servizio pubblico ove si ritenga necessario pervenire ad un dovere, o obbligo di erogazione dello stesso, indipendentemente dalle convenienze di mercato, ma in ragione dell'effettività e dunque del mantenimento della scelta autoritativa assunta dal pubblico potere.

La ricognizione delle principali tesi che dall'inizio secolo sono state offerte intorno alla nozione di servizi pubblici è parsa necessaria per procedere ad una lettura delle norme poste dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Non si può nascondere tuttavia che l'ampio spettro definitorio sopra rappresentato possa apparire di per sé già «carico» di significati, e tale da giustificare le affermazioni di coloro che hanno suggerito un abbandono della «stessa ricerca di una specifica nozione giuridica di servizio pubblico, a favore di altre forse più complessive e generali, ma comunque meno controverse»<sup>80</sup>.

<sup>80</sup> Come quella di programmazione di cui all'art. 41 Cost.: F. MERUSI, *I servizi pubblici negli anni '80*, in *Quaderni regionali*, 1985, n. 1, 158, 221, ma già in voce *Servizio pubblico*, cit., 219; G. VIGNOCCHI, *Il servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, Giuffrè, 1968, 388 e s.; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, 1963; U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit.

3. *Servizio pubblico e disciplina giuridica a favore degli utenti: il dovere di gestire il servizio per una certa quantità e per un certo tempo a favore di tutti o di determinate categorie di utenti.*

L'art. 22 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali stabilisce che «i comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze provvedono alla gestione dei servizi pubblici, che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali».

Tale definizione legislativa dei servizi pubblici locali è letteralmente presupposto giuridico della delimitazione delle forme di gestione previste al successivo comma III dello stesso articolo.

La questione si pone perché si ritiene che il comma I dell'art. 22 non proceda a definire la nozione di servizio pubblico, ma ad essa, ciò nonostante, si riferisca costruendola come enunciato portante dell'intero corpo normativo, condizionando in particolare la sfera di applicazione delle forme di gestione ammesse.

La scelta legislativa non pare inopportuna ove si pensi che il concetto di servizio pubblico locale è stato e sarà soggetto a mutamenti in ragione delle diverse fasi della evoluzione storica e delle diverse dottrine economiche, politiche e sociali<sup>81</sup>.

L'osservazione potrebbe però rivelare uno scarso inte-

<sup>81</sup> Lo rilevano: G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, 3173; F. MERUSI, voce *Servizio pubblico*, cit., 219-220; entrambi richiamano una osservazione dei primi commentatori della legge sulle «municipalizzate»: C. CAMERA, A. MAGNANI, *Commento alla legge 29 marzo 1903, n. 103, sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte del comune*, Rocca San Casciano, 1903, 29.

resse ove, in contrasto con l'evoluzione storica della nozione di servizio pubblico, si ritenga ancora valido il concetto offerto dalla dottrina alla fine del secolo scorso, per la quale era servizio pubblico qualsiasi «attività sociale» della pubblica amministrazione, così distinta dall'attività giuridica della stessa<sup>82</sup>.

Qualsiasi attività non giuridica della pubblica amministrazione potrebbe infatti venire gestita da comuni e province solo secondo le forme dell'art. 22, sicché senza eccessivi problemi si potrebbe affermare, reciprocamente, che sono servizi pubblici tutte quelle attività gestite nelle forme indicate al comma III, dell'art. 22, con conseguente ampia riduzione del significato precettivo della norma<sup>83</sup>.

In tale quadro interpretativo, mancando ogni soluzione di continuità fra attività giuridica della pubblica amministrazione ed attività «sociale» diversa dalla prima, viene meno ogni stimolo interpretativo a ricercare una nozione di servizio pubblico che correttamente si ponga come presupposto della delimitazione *ex lege* delle forme indicate al comma III dell'art. 22.

Qualora si ritenga invece di non accogliere l'indicata interpretazione i risultati della ricerca sul concetto di servizio pubblico appaiono di rilievo, in quanto divengono elemento essenziale di definizione dell'ambito di applicazione del vincolo delle cinque forme di gestione di cui può disporre l'ente locale.

Fuori dalle ipotesi di «gestione dei servizi pubblici» le forme indicate all'art. 22, comma III, della legge sull'ordina-

<sup>82</sup> V. E. ORLANDO, *Introduzione*, al *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, vol. I, Milano, Soc. Ed. Libreria, 1897, 100 e s.

<sup>83</sup> Poiché le cinque forme indicate all'art. 22, cit., invece di costituire un limite alla gestione dei servizi pubblici, divengono definizione degli stessi.

mento delle autonomie locali, non sono infatti un limite per l'attività della pubblica amministrazione, anche qualora si ritenga che la locuzione «*possono* gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme ...», indicata al comma stesso, non significhi affatto un conferimento di discrezionalità nel *quomodo*, ma unicamente che comuni e province *possono* decidere di assumere, o non assumere, un determinato servizio pubblico secondo tali forme<sup>84</sup>.

I progressi cui la dottrina è pervenuta nel corso di quasi un secolo di analisi sui servizi pubblici, ed i rilievi critici di cui si è riferito, consentono di affermare che non sia più utile identificare la nozione di servizio pubblico con l'attività non giuridica della pubblica amministrazione.

Analoghe considerazioni, seppur solo in parte, possono essere prospettate ove si ritenga di per sé sufficiente la nozione soggettiva per l'interpretazione ed applicazione dei modelli di gestione sui servizi pubblici indicati dall'art. 22 cit.<sup>85</sup>.

Richiamare la nozione soggettiva del servizio pubblico pare corretto con riferimento all'art. 22, cit., nei limiti in cui si voglia sottolineare che la legge non consente una gestione

<sup>84</sup> L'interpretazione è in dottrina ritenuta un portato naturale ed indiscusso dell'intero corpo dell'art. 22 della legge n. 142 del 1990, che perviene alla tipicità delle forme di gestione dei servizi pubblici, per tutti: G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, cit., 3170 e 3171.

<sup>85</sup> Cfr. G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali...*, cit., 3170, ove, pur precisando che «sembra preferibile ritenere che nel nostro ordinamento coesistano entrambe le nozioni, quella di servizio pubblico in senso soggettivo ed in senso oggettivo», chiarisce che: «Per comprendere il significato delle norme sui modelli di gestione dei servizi pubblici locali risulta sufficiente la concezione soggettiva». Ma vedasi peraltro 3172 e passim, nonché dello stesso autore *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. e gov. locale*, 1992, 10 e s.

del servizio pubblico se non in forme che comportino comunque un'imputazione (*rectius*: titolarità) del servizio a comuni e province, così come letteralmente dispone l'introduzione del comma I e del comma III dell'articolo stesso<sup>86</sup>.

La stessa forma della concessione a terzi infatti è ritenuta, seppure in diversa guisa, come una forma in cui non viene meno l'imputazione soggettiva alla pubblica amministrazione del servizio pubblico.

L'argomentazione che identifica il servizio pubblico locale con la concessione soggettiva, seppure comporti un radicale ritorno al passato, può trovare conforto in taluni enunciati contenuti nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Si è detto che la legge di riforma ha in più parti utilizzato l'alternativa funzioni-servizi, per individuare le attribuzioni di comuni e province, ovvero le competenze dei loro organi, presupponendo dunque che la linea di definizione del servizio pubblico sia possibile solo riferendo la relativa gestione alla pubblica amministrazione, ed ancor più inducendo a ritenere che il legislatore sia pervenuto ad utilizzare la nozione di servizio pubblico locale con estrema ampiezza, sino a delineare «una sorta di nuovo parallelismo, a tutto l'ambito delle attività comunali non qualificabili come funzioni»<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> Entrambi i commi infatti introducono affermando rispettivamente: «I comuni e le province... provvedono alla gestione dei servizi pubblici...» (c. I); «I comuni e le province possono gestire i servizi pubblici ...» (c. III).

<sup>87</sup> M. CAMMELLI, *Enti pubblici, Società e istituzioni, modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, cit., (testo della relazione consegnata al Convegno) pag. 5. L'autore pare ritrovare conforto nella definizione dell'art. 9 richiamato dall'art. 22 («i comuni e le province nell'ambito della rispettive competenze», art. 22 c. I), ma non pare che la lettera dell'art. 9 consenta di affermare che l'alternativa funzioni e servizi pubblici locali sia esaustiva delle attribuzioni dell'ente comune (oltre all'attività di im-

La stessa definizione indicata all'art. 22, comma I, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali pare concedere più di un appiglio alla nozione soggettiva di servizio pubblico.

Gli elementi caratterizzanti la definizione di servizio pubblico locale, oltre al riferimento soggettivo di comuni e province, paiono infatti riconducibili al solo enunciato «produzione di beni ed attività», il quale sicuramente esclude l'attività giuridica della pubblica amministrazione, ma che non pare apportare altri elementi utili alla definizione del servizio pubblico.

Le maggiori novità poste dall'art. 22, comma I, cit., possono essere ritrovate nella determinazione teleologica della promozione dello «sviluppo economico e civile delle comu-

presa pubblica che dai servizi pubblici si distingue, si pensi all'attività conoscitiva, di studio, di analisi, non finalizzata ad un immediato esercizio di funzioni). La rubrica dell'art. 9, infatti è espressamente dedicata alle funzioni, ma la stessa introduzione del c. I dell'art. 9 pare utilizzare la parola «funzioni» come sinonimo di attribuzioni dell'ente, le quali trovano una definizione generale («che riguardino la popolazione ed il territorio comunale»), una precisazione non esaustiva («precipuaemente nei settori organici dei servizi sociali, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico»), nonché residuale («salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze»).

In tal senso pare dunque difficile affermare che l'art. 9 determina un parallelismo *esaustivo* fra la definizione di «funzioni» e quella di servizi pubblici locali indicata all'art. 22, se non nel senso che si avrà modo di precisare *infra* nel testo.

Vero è piuttosto che il legislatore ha fatto uso della parola «servizio», o «servizi», ovvero «servizi pubblici», all'interno della disciplina della legge di riforma sulle autonomie locali, intendendo in taluni casi riferirsi a tutto quanto non sia funzione, ma non pare che dall'occasione di tale utilizzazione se ne possa desumere una regola interpretativa sempre valida, come nel caso dell'art. 9 in cui si attribuisce alla parola «funzioni» un carattere universale delle competenze comunali, che pare comprensivo anche dei servizi pubblici di cui all'art. 22.

nità locali», poiché analogamente al riferimento alle rispettive competenze di comuni e province<sup>88</sup>, si legittima un intervento nell'economia che non aveva ancora ricevuto una così chiara e generale affermazione legislativa.

Il rilievo sopra indicato non incide affatto sulla nozione di servizio pubblico, ma piuttosto sulla generale e residuale definizione dei compiti attribuiti agli enti territoriali, cui è riconosciuto il potere di perseguire ogni fine di interesse della comunità di riferimento, anche a mezzo dell'erogazione di servizi pubblici.

È possibile concludere che la definizione contenuta al comma I dell'art. 22 cit. si limiti ad affermare che i comuni e le province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono a gestire i servizi pubblici aventi ad oggetto la produzione di beni e attività volte «a realizzare fini sociali, a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali», lasciando così all'interprete la determinazione del concetto di servizi pubblici.

La definizione dei servizi pubblici locali di cui all'art. 22, comma I, cit., dipende dunque dalla nozione di «servizi pubblici» che in essa non è contenuta, ma è letteralmente presupposta.

Si è di fronte ad una di quelle norme che da tempo sono state indicate come definizione «*per relationem*» ai risultati che l'elaborazione teorica e i pratici hanno prodotto in ragione delle diverse epoche storiche di riferimento.

<sup>88</sup> Art. 2, comma II: «Il comune è ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo». Art. 2, comma III: «La provincia, ente locale intermedio fra comune e regione, cura gli interessi e promuove lo sviluppo della comunità provinciale». Art. 9, comma I, l. n. 142 del 1990, cit.: «tutte le funzioni amministrative che riguardino la popolazione ed il territorio comunale, precipuamente nei settori... dello sviluppo economico, salvo quanto sia espressamente attribuito ad altri soggetti».

È parso necessario dunque recuperare i risultati raggiunti dal dibattito iniziato sul finire del secolo scorso che ha ricevuto nuovo impulso con le recenti riforme legislative.

Si è detto che la nozione di servizio pubblico si è caratterizzata anzitutto per il suo rapporto con l'utenza<sup>89</sup> e che la qualificazione pubblica non necessariamente attiene all'imputazione, o alla titolarità, di un soggetto pubblico, ma all'individuazione dei destinatari di tale attività.

Alcuni hanno rilevato che il servizio è pubblico in quanto è «reso al pubblico»<sup>90</sup> rivisitando così, con particolare riferimento all'aspetto dei destinatari del servizio, quella dottrina meno recente che aveva ritenuto destinatari di un servizio pubblico i cittadini «*uti singuli*»<sup>91</sup> ed in seguito, con rilievo critico alla precedente, i cittadini «*uti universi*»<sup>92</sup>.

Il servizio pubblico pare infatti caratterizzato da due aspetti differenti ma reciprocamente connessi: la continuità (*rectius*: doverosità) della sua erogazione<sup>93</sup> ed il porsi come mezzo per la progressiva attuazione dei precetti costituzionali che richiedono un intervento attivo della Repubblica<sup>94</sup>.

Ciò che si afferma come peculiare alla nozione di servizio pubblico è il particolare rapporto giuridico con l'utenza che nel tempo l'ordinamento è venuto a definire.

<sup>89</sup> Cfr. E. FERRARI, *I servizi sociali...*, cit., 223.

<sup>90</sup> F. G. SCOCA, *La concessione come strumento di gestione dei servizi pubblici*, in *Atti della giornata di studio organizzata dall'Università degli Studi di Bologna e dalla Scuola di Specializzazione in Diritto Amministrativo e Scienza dell'Amministrazione* (Roma 3 dicembre 1987), *Le concessioni di servizi pubblici*, a cura di F. Roversi Monaco, Rimini, Maggioli, 1988, 34; seppure precisi che trattasi di concezione economica del servizio pubblico di cui non si può fare a meno.

<sup>91</sup> A. DE VALLES, *I servizi pubblici...*, cit., 379.

<sup>92</sup> G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1958, 18 e s.; vol. V, 1959, 345 e s.

<sup>93</sup> M. NIGRO, *L'edilizia economica popolare*, cit.

<sup>94</sup> E. FERRARI, *I servizi sociali...*, cit.

L'elevato livello di complessità sociale cui sono pervenute le democrazie contemporanee pare essere la causa principale della accresciuta importanza della nozione di servizio pubblico, con una immediata conseguenza sul piano teorico, non sempre chiaramente esplicitata.

Soprattutto nei periodi di crisi e di mutamenti sociali i bisogni della comunità sono soddisfatti dalla struttura industriale privata in quote via via decrescenti, non tanto per una diminuita capacità di essi di appagare i precedenti bisogni sociali, ma per un'accresciuta richiesta di altri e diversi che non trovano soddisfazione, perché in base alle regole del libero mercato gli operatori non hanno interesse alla relativa produzione dei beni e servizi necessari.

È noto che l'assenza di un immediato interesse dei privati è dato da uno stato ancora imprecisato della domanda economica utile a soddisfare i bisogni sociali, o da un elevato livello di rischio degli investimenti, o dall'assenza di una esperienza produttiva sufficiente a chiarire se si tratta di domanda effimera, o destinata a perdurare nel tempo. Il ritengo delle imprese private è dunque determinato da forti livelli di incertezza sulla possibilità di realizzare un utile d'impresa.

La necessità di soddisfare comunque i bisogni sociali in tali settori è stata sicuramente nel passato una delle principali cause dell'intervento dello «Stato» nell'economia, ma è stata anche storicamente la ragione dell'enuclearsi di una nozione giuridica differenziata di servizio pubblico dalla più generale definizione di attività degli enti pubblici.

La radice economico-giuridica dei servizi pubblici pare infatti riconducibile, in estrema sintesi, alla necessità di *garantire* l'erogazione di un servizio.

Inizialmente tale finalità è realizzata con la gestione in economia, o in concessione a terzi, poi il crescere della domanda, dovuta all'urbanizzazione di inizio secolo, impone che le attività a carattere industriale siano attribuite a strutture differenziate (aziende) capaci di superare i limiti della

impresa privata concessionaria, ma al tempo stesso appositamente separate dall'organizzazione degli uffici pubblici, con un proprio consiglio di amministrazione, una propria contabilità e propri criteri di gestione, che avrebbero dovuto avvicinare tali organizzazioni ai caratteri dell'impresa privata («carattere industriale»).

In tale fase proprio la contestata attribuzione di una vera e propria personalità giuridica alle aziende «municipalizzate» ha consentito di non dover approfondire troppo in sede teorica il rapporto tra il comune, cui l'ordinamento ha attribuito la titolarità del potere di assumere il servizio, e l'utenza destinataria del servizio pubblico, poiché l'azienda era pur sempre ritenuta una «gestione diretta» dell'ente territoriale.

I problemi in sede teorica sorgono con l'approfondimento dell'analisi della gestione dell'attività (impresa) di erogazione del servizio a mezzo di concessione, che nel secolo scorso di frequente poteva ancora essere confusa con l'appalto di servizi pubblici.

Non è forse un caso che in tale ordine di idee si sia ben presto<sup>95</sup> considerato con favore l'ipotesi della concessione come sostituzione dell'amministrazione, inserendosi così criticamente in quel filone dottrinale che da tempo aveva individuato un'attività amministrativa il cui esercizio era attribuito dall'ordinamento a soggetti privati<sup>96</sup>.

Pare talvolta essere sfuggito che uno dei punti forti del-

<sup>95</sup> G. MIELE, *La distinzione tra ente pubblico e privato*, in *Scritti giuridici*, cit., 422 e s., che critica la tesi dell'esercizio privato di funzioni amministrative perché fondato sul presupposto errato del carattere monopolistico dell'attività, ma già tale elaborazione aveva indicato l'idea dell'organo indiretto della pubblica amministrazione: G. ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Primo trattato completo*, cit., 661.

<sup>96</sup> G. ZANOBINI, *op. ult. loc. cit.*

l'analisi che configura la concessione di servizi come sostituzione di terzi alla pubblica amministrazione consista nell'intrinseca soluzione che viene ad offrirsi all'interprete sulla caratteristica che appare peculiare del servizio pubblico.

Fra pubblica amministrazione titolare della competenza ad assumere il servizio e soggetti destinatari del servizio (utenti) si affermava in tal guisa un rapporto giuridico che non muta in ragione della forma di gestione del servizio pubblico: sia esso gestito direttamente dagli uffici della amministrazione (in economia), sia a mezzo di azienda speciale (al tempo senza personalità giuridica), sia a mezzo di soggetto concessionario, poiché quest'ultimo pur estraneo, cioè altro rispetto alla pubblica amministrazione titolare del servizio, era configurato come suo sostituto.

Il punto appare di estremo interesse soprattutto in considerazione delle forme di erogazione del servizio pubblico previste dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali, nelle quali la soggettività è altra dalla pubblica amministrazione sia nel caso della azienda speciale, sia nel caso della società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale, sia nel caso dei consorzi, sia in quello, già noto in precedenza, della concessione a terzi.

La prospettazione indicata consente di definire unitariamente la configurazione giuridica del rapporto amministrazione-utenti con riferimento ai servizi pubblici e di tentare una ricostruzione della relazione stessa secondo le diverse forme di gestione del servizio previste dalla nuova legge delle autonomie locali.

Si è detto che il secondo carattere della nozione di servizio pubblico, che è stato indicato nella sua «continuità», o più precisamente nella necessità di provvedere comunque alla erogazione di un servizio anche in assenza di una convenienza di mercato, trova definizione sul piano giuridico come

dovere o obbligo di erogare un servizio, seppure per determinati tempi, oggetti e categorie di destinatari<sup>97</sup>.

Il dovere o obbligo<sup>98</sup> in questione tuttavia mantiene una propria identità indipendentemente dalle forme indicate dall'art. 22 comma III, poiché come vedremo le posizioni soggettive degli utenti non mutano qualora l'attività di erogazione del servizio sia svolta direttamente dalla pubblica amministrazione, o a mezzo di un soggetto che da questa si distingue, ogni qual volta si tratti di servizio pubblico.

La distinzione fra gestione in concessione di un servizio pubblico ed appalto appare infatti riconducibile, come vedremo meglio più oltre, alla circostanza che in quest'ultimo il rapporto è bilatero<sup>99</sup> fra pubblica amministrazione ed impresa la quale assume, con organizzazione di mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un servizio verso un corrispettivo in danaro (art. 1655 e 1677, cod. civ.) cui si affianca il diverso rapporto giuridico fra pubblica amministrazione ed utenti.

L'obbligo, o il dovere, di gestire il servizio per una certa quantità, per un certo tempo a favore di tutti, o di determinate categorie di utenti, i quali assumono una posizione giuridicamente rilevante alla prestazione direttamente nei confronti del soggetto che lo eroga, in ragione dell'interesse pubblico che ha determinato l'amministrazione ad assumere il servizio, appare una prima definizione, che distingue il ser-

<sup>97</sup> Per tipi di servizi, categorie i utenti e tempi determinati. Tempi limitati che non escludono che il rapporto giuridico sia rinnovato, tuttavia in base all'unica considerazione che appare rilevante sulla rivalutazione dell'interesse pubblico al mantenimento dell'assunzione del servizio.

<sup>98</sup> La scelta dipende dalla soluzione della questione teorica relativa alle posizioni soggettive degli utenti, cui sarà dedicato il terzo volume del presente lavoro.

<sup>99</sup> E non trilatero come nella concessione di pubblico servizio. Ma si veda *infra* nel testo ed *amplius* in volume II.

vizio pubblico dall'appalto e al tempo stesso dall'impresa pubblica, o privata che eroghi un servizio che pubblico non sia.

Nell'appalto manca un unico rapporto giuridico che contempli al tempo stesso utenti, amministrazione e struttura d'erogazione, con conseguente difetto della possibilità per gli utenti di far valere l'obbligo, o il dovere, di erogare il servizio direttamente nei confronti dell'appaltatore in ragione del programma di assunzione definito dall'ente titolare del pubblico servizio.

Nel caso dell'impresa, pubblica o privata, che non gestisce un servizio pubblico manca invece una posizione soggettiva degli utenti correlata all'obbligo, o al dovere, di gestire il servizio stesso con carattere di «continuità».

L'imprenditore pubblico, al pari del privato, che non gestisca un servizio pubblico può sempre scegliere di cessarne l'erogazione, ove ritenga che lo stesso non sia più attività conveniente secondo le risultanze di mercato.

Nel caso di un servizio pubblico la sua interruzione, o cessazione, è possibile solo in ragione ed in dipendenza di una valutazione dell'interesse pubblico, o più precisamente della rivalutazione dell'iniziale composizione di tutti gli interessi della comunità di riferimento operata dall'ente territoriale che si è determinato all'assunzione del servizio<sup>100</sup>.

L'obbligo, o dovere, giuridico di erogare un servizio pubblico, nonché la correlata posizione soggettiva che con-

<sup>100</sup> La differenza non è di poco momento anche in ragione della disciplina giuridica in forza della quale può essere determinato il sindacato delle valutazioni sopra indicate, poiché nel primo caso il riferimento è alle norme che disciplinano l'attività che sinteticamente e impropriamente è definita di diritto privato, mentre nel secondo si tratterà di una valutazione alla stregua della disciplina pubblica che regola il perseguimento dell'interesse pubblico con riferimento all'atto di assunzione del pubblico servizio (revoca).

sente agli utenti di pretenderne l'erogazione indipendentemente dalla forma di gestione ed in ragione dell'atto di assunzione (programma), appaiono gli elementi minimi per una definizione del pubblico servizio, cui possono accederne altri ed ulteriori a seconda dei diversi tipi di attività.

Sulla natura giuridica dell'obbligo, o dovere, di prestare il servizio pubblico, che sorge a seguito di una composizione di interessi operata dall'ente territoriale di riferimento per perseguire un fine pubblico, nonché sulle vicende giuridiche che da questo scaturiscono, si avrà modo di ritornare.

Pare ora necessario recuperare l'analisi delle norme di diritto scritto imposte dalla nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali, con particolare riferimento a quegli aspetti normativi che contribuiscono a definire la nozione di servizio pubblico locale.

Si è detto che l'art. 22, comma I, della legge n. 142 del 1990, cit., più che pervenire ad una vera e propria definizione del concetto di servizio pubblico questo pare presupporla e dunque recepirla.

L'affermazione è possibile per gli elementi essenziali che valgono ad individuare e distinguere i servizi pubblici dalla impresa pubblica, o dall'appalto, ma non necessariamente si perviene ad eguale conclusione per altri profili particolari che accedono alla nozione essenziale di servizio pubblico e che l'art. 22 cit. determina espressamente.

Fatta salva l'imputazione soggettiva a comuni e province, la disposizione di cui all'art. 22, cit., non si distingue molto «dall'attività diretta alla produzione di utilità non giuridiche» che taluna dottrina aveva indicato come nozione di pubblico servizio<sup>101</sup>.

La disposizione in esame infatti accoglie una definizione secondo la quale il servizio pubblico è anzitutto «attività di

<sup>101</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 209 e s.

per sé rilevante per l'ordinamento» indipendentemente dai singoli atti in cui la stessa possa trovare concretezza<sup>102</sup>, con espresso riferimento a quel concetto di «attività» che assume rilievo giuridico indipendentemente dai singoli atti, che da tempo l'elaborazione teorica aveva avuto modo di precisare<sup>103</sup>.

L'enunciato non può che riferirsi a quell'attività della pubblica amministrazione che non necessariamente ha come scopo l'emanazione di atti giuridici, ma che è presa in considerazione dall'ordinamento perché «rivolta a realizzare fini sociali», cioè come «produzione di utilità non giuridiche»<sup>104</sup>, che la legge riconosce in quanto volte «a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali»<sup>105</sup>.

Non pare revocabile in dubbio che relativamente ai servizi pubblici locali sussistano poteri (pubblici) di determinazione della «misura dell'attività», nonché di direttiva e di controllo sull'erogazione dello stesso, che sono tutti caratteri considerati essenziali per l'indicata nozione di pubblico servizio<sup>106</sup>.

Altro e diverso problema è se la definizione di attività volta alla produzione di utilità non giuridiche e dirette a realizzare fini sociali coincida esattamente con l'attività economica di cui all'art. 41, comma III, Costituzione.

Le critiche avanzate contro tale conclusione hanno aperto l'ulteriore questione del referente costituzionale dell'art. 41 della Costituzione anche per la nozione di servizio pubblico.

<sup>102</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 188 e s.

<sup>103</sup> Si veda *supra*, al paragrafo che precede, il riferimento a C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Padova, Cedam, 1934, 352, e ad altri *ivi* indicati.

<sup>104</sup> U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 211, 223

<sup>105</sup> Art. 22, comma I, cit.

<sup>106</sup> U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 251 e s., 287, 295.

L'alternativa è stata posta fra l'individuazione nell'art. 41 Cost. di una determinazione di *genus*, di cui le altre disposizioni costituzionali relative a particolari servizi pubblici (sociali ad es. art. 38, 32, 33, ecc.) verrebbero a costituire una *species*, ovvero ritenere i servizi sociali come tipologia a se stante, che si distingue dai servizi a rilevanza economica<sup>107</sup>, con conseguente differente fondamento della relativa garanzia costituzionale.

Molto pare infatti dipendere dall'accezione che si ritenga di dovere accogliere dell'aggettivazione «economica» dell'attività, fermo restando che per l'indicata concezione nel pubblico servizio è ricompresa ogni attività pubblica e privata di cui la legge può determinare programmi e controlli «in ragione dei valori costituzionali che si ritengono prevalenti».

Anche in tal caso dunque, seppure con efficacia descrittiva di minore immediatezza, il fondamento della nozione di servizio pubblico posto nell'articolo 41, comma III, impone una ponderazione di tutti gli interessi costituzionalmente tutelati, aprendo inevitabilmente anche alle norme costituzionali di specie, che sono dedicate ai «servizi sociali», di cui si rivendica un'autonoma rilevanza.

Pare trascurata piuttosto la questione se la «riserva di legge» di cui all'art. 41 Cost., relativa ai programmi e controlli che l'ordinamento può imporre per fini sociali a qualsiasi attività economica (pubblica o privata), pervada anche il rapporto fra ente titolare del servizio pubblico e gestore dello stesso che dal primo si distingue (azienda pubblica, concessionario, ecc.).

<sup>107</sup> In tale ultimo senso E. FERRARI, *I servizi sociali*, cit., 92, 193 e s., spec. 175; nonché cfr. dello stesso autore: *Diritto alla salute e prestazioni sanitarie tra bilanciamento e gradualità* (Nota a Corte cost., 16 ottobre 1990, n. 455, *Com. Trento c. Prov. auton. Trento*), in *Le Regioni*, 1991, 1513.

I programmi e i controlli che comuni e province stabiliscono, o esercitano, nei confronti dei servizi pubblici scaturiscono da un rapporto giuridico peculiare che si distingue, non importa ora accertare se in tutto in parte, da quello sottoposto a riserva di legge dall'art. 41 Cost.

Trattasi infatti di poteri (programmi e controlli) che sono esercitati dall'ente titolare del servizio in virtù dell'atto di assunzione, con definizione del contenuto necessario alla soddisfazione di un determinato fine sociale (programma del servizio) e con verifica della sua concreta realizzazione (controllo), nell'ambito di una propria sfera giuridica riconosciuta dall'ordinamento in cui pare assente la possibilità di individuare una «prestazione imposta».

Tali poteri non sono riconosciuti infatti nei confronti di qualsiasi gestore di attività economica pubblica o privata, ma unicamente verso coloro che *ex lege*, o in forza di un atto amministrativo, sono scelti dalla pubblica amministrazione per erogare un servizio pubblico di cui la stessa è titolare.

I programmi e i controlli di comuni e province in ordine ai servizi pubblici dagli stessi istituiti sono dunque i mezzi giuridici previsti dall'ordinamento per attuare in concreto la «gestione» dei servizi pubblici, sono cioè gli elementi essenziali di definizione della gestione stessa.

Sotto altro profilo l'analisi particolare dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale rivela che fra la definizione di attività di cui agli articoli 2082 e 2195 del cod. civ. e quella posta all'art. 22, comma I, della legge di riforma vi sono alcune differenze di rilievo.

Quest'ultimo, definendo l'oggetto dei servizi pubblici locali nella «produzione di beni e attività», letteralmente esclude l'«attività intermediaria nella circolazione dei beni» (n. 2) e, anche in forza delle disposizioni di settore, l'«attività bancaria o assicurativa» (n. 5).

Con riferimento alla determinazione teleologica indicata dall'art. 22, comma I, della legge n. 142 del 1990, cit., oc-

corre rilevare che i «fini sociali» erano già stati indicati come presupposto funzionale della nozione oggettiva di pubblico servizio, poiché per la fattispecie di cui all'art. 41 Cost. è rilevante che un'attività economica possa essere ricondotta a finalità non meramente private<sup>108</sup>.

Si era detto che ove l'ordinamento pervenga ad indicare «in modo vincolante per l'operatore privato anche gli obiettivi che questi dovrà raggiungere svolgendo l'attività» si ha un'ipotesi di delimitazione della «libera disponibilità e dei fini dell'attività» privata, con la conseguenza che un fine di interesse per il soggetto privato è al tempo stesso considerato dall'ordinamento per la sua rilevanza sociale<sup>109</sup>.

La delimitazione ai «fini sociali» tuttavia pur rifuggendo dalla considerazione degli interesse individuali, non si identifica con l'interesse pubblico che caratterizza i relativi servizi, ben potendo esservi fini sociali di istituzioni private ed anche di privati individui, sicché non può dirsi che quest'ultimi siano necessariamente propri (fini istituzionali) di un determinato ente pubblico<sup>110</sup>.

Vero è piuttosto che la collocazione di cui all'art. 41, comma III, ha sempre portato a contrapporre fini sociali ad interessi privati, in considerazione dell'aggettivo economico in essa contenuto<sup>111</sup>.

Si è cercato di superare il problema considerando la norma come un momento di convergenza fra interesse privato (o di altri enti pubblici) e finalità di ordine generale, ov-

<sup>108</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 102 e s., 223 e s. 420 e s.

<sup>109</sup> Op. cit., 225.

<sup>110</sup> Di recente di nuovo in tal senso: U. POTOTSCHNIG, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, I, 273.

<sup>111</sup> Peraltro riferito anche all'attività pubblica, cui si è sempre negata la necessità del rilievo giuridico del fine di lucro (economicità) riconosciuto normalmente per i privati.

vero come semplice coincidenza fra gli stessi il cui permanere è determinato da leggi che impongono limitazioni, o disposizioni di favore per gli operatori privati.

Il concetto di fini sociali dunque è stato ricondotto alla limitazione della libera disponibilità dei fini che normalmente presiedono all'esercizio di una determinata attività economica privata e per quanto attiene alla attività economica pubblica il discorso non giunge a conclusioni molto dissimili pur partendo da presupposti teorici alquanto differenti.

Si è ritenuto infatti che<sup>112</sup> l'attività degli enti pubblici, ivi compresa quella economica, trovi sicuramente un limite nella propria natura pubblica, ma tale ipotesi è distinta da quella in cui l'ordinamento espressamente determina positivamente dei fini che debbono presiedere all'attività di un ente pubblico.

Tali determinazioni infatti «sopravanzano la qualificazione stessa del soggetto che esplica l'attività e a ragione pertanto possono chiamarsi (fini) sociali, in quanto fissati dall'ordinamento con riguardo non all'ente pubblico che svolge l'attività, ma agli interessi generali che hanno suggerito di assicurarne il perseguimento»<sup>113</sup>.

Per tali ragioni è stato possibile concludere che il riconoscimento dei fini sociali dell'attività economica pubblica non si distingue sostanzialmente dai criteri utilizzati con riferimento all'attività economica privata.

Sia nell'una che nell'altra ipotesi i fini sociali sono presenti e si possono individuare ove l'ordinamento sottragga ai titolari la loro libera disponibilità dei fini, stabilendo positivamente per la loro azione obiettivi determinati<sup>114</sup>.

<sup>112</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 231-234.

<sup>113</sup> U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 232.

<sup>114</sup> In verità U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit. 223, ritiene che la determinazione positiva debba indicare obiettivi che «superino l'ambito degli interessi che istituzionalmente fanno capo a ciascuna; con la

Senonché la delimitazione teleologica contenuta all'art. 22, comma I, della legge n. 142 del 1990, cit., proprio perché di genere non assolve al requisito indicato, perché la stessa non parrebbe definire quali fini sociali delimitino con riferimento ai singoli servizi pubblici l'attività di comuni e province.

In verità la rilevanza giuridica della locuzione teleologica di cui all'art. 22, comma I, cit., deve essere intesa con riferimento all'art. 2 della stessa legge sull'ordinamento delle autonomie locali come recezione legislativa di quanto da tempo dottrina e giurisprudenza hanno affermato come carattere relativo all'attività (*rectius*: funzione) degli enti pubblici territoriali minori.

Si è detto che il richiamo alla nozione dell'«esponenzialità» di comuni e province (art. 2, comma II e III) in forza della quale gli stessi enti possono considerare legittimo fine della propria attività gli interessi della popolazione, che di essi è elemento costitutivo (territorialità), è affermato dalla legge anche per i servizi pubblici, con il riferimento alla realizzazione «dei fini sociali» e alla promozione «dello sviluppo economico e civile delle comunità locali».

La teoria dell'«esponenzialità», che non poco ha contribuito all'affermazione dell'autonomia degli enti locali, sinora indiscussa con riferimento alle funzioni, non può ora essere negata anche con riferimento ai servizi pubblici, ricomponendo così quell'unità dell'attività amministrativa di comuni e province che da più parti era stata auspicata.

Riconoscere come legittima finalità della produzione di beni ed attività (servizi) volti a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità lo-

sola avvertenza che nel caso degli operatori pubblici ciò è da intendersi nel senso precisato poc'anzi e non nel significato che si riconnette nell'affermazione corrente secondo cui l'ente pubblico non è mai libero nel fine».

cali, significa in altri termini consentire la realizzazione di qualsiasi interesse della comunità di riferimento anche attraverso i servizi pubblici, poiché sul piano giuridico si ha *ex lege* un vero e proprio riconoscimento dell'interesse della popolazione come legittima finalità dell'erogazione di un servizio pubblico locale<sup>115</sup>.

La delimitazione ai fini sociali posta dall'art. 22 cit. si precisa con riferimento ad ogni assunzione di servizio pubblico da parte di comuni e province in quell'atto di autonomia che determina l'oggetto, i tempi, le categorie di destinatari e (appunto) i fini sociali.

In altre parole l'enunciazione di genere sui fini sociali contenuta nella legge trova specificazione nel «programma» di erogazione di un determinato servizio pubblico in ragione degli interessi di una determinata comunità di riferimento.

Si conferma così quanto si è detto sulla peculiarità del rapporto che si instaura fra ente territoriale, utenti ed eventuale gestore che dal primo si distingue, che non pare riconducibile alla riserva di legge indicata all'art. 41 Cost., ma al tempo stesso dall'impostazione prescelta discende un corol-

<sup>115</sup> La conclusione non pare infirmata dall'altro limite dettato dall'art. 22, comma I, cit., per il quale comuni e province possono provvedere alla erogazione di servizi pubblici «nell'ambito delle rispettive competenze». Il riferimento è letteralmente posto alle competenze e non alle finalità degli enti. Anche per le province, che non sono enti a competenza generale ai sensi dell'art. 14 della l. n. 142 del 1990, non è dubbio che sono enti esponenziali ai sensi dell'art. 2, comma III, della legge stessa. La distinzione fra la gestione dei servizi attribuita alle province, con riferimento alle competenze indicate all'art. 14 della legge, a differenza di quanto è attribuito ai comuni in materia di servizi, è del tutto conforme al diverso ruolo che la legge stessa individua per l'uno e per l'altro ente locale. Il comune è l'ente locale che rappresenta la propria comunità, ne cura gli interessi e ne promuove lo sviluppo (art. 2, comma II), mentre la provincia è individuata come ente locale intermedio (art. 2, comma III).

lario di non lieve importanza, cui è possibile tuttavia dedicare per il momento solo un breve cenno.

La precisazione da parte della pubblica amministrazione del fine di interesse pubblico che intende perseguire apre al sindacato giurisdizionale (e non) del mezzo prescelto per conseguirlo, secondo quel giudizio di congruità e di logicità che da tempo è noto nel nostro ordinamento.

L'atto programma trova dunque un primo momento di sindacabilità con riferimento alle forme di gestione prescelte per un determinato servizio pubblico, come giudizio di logicità intrinseca dell'atto che di norma è ricondotto per gli atti amministrativi al vizio di eccesso di potere, ma che in tale configurazione relativa ad un atto generale (programma) si confonde maggiormente per taluni aspetti con il sindacato di ragionevolezza operato con riferimento agli atti legislativi, perché sono, come è noto, generali e astratti<sup>116</sup>.

Il programma infine determinando il contenuto del dovere dell'amministrazione con riferimento ad un determinato servizio pubblico, definisce la giuridica rilevanza delle pretese degli utenti che sono legittimati a chiedere di quel programma la puntuale osservanza, sia in via diretta (azione giurisdizionale), sia promuovendo l'attivazione dei poteri di controllo attribuiti dall'ordinamento all'amministrazione titolare del servizio pubblico nei confronti dei soggetti prescelti per la sua erogazione.

La prospettiva indicata trova una maggiore esplicitazione solo ove si pervenga ad un più preciso inquadramento dell'atto programma e ad una definizione dei rapporti che in

<sup>116</sup> Sul punto si veda G. ZAGREBELSKY, voce *Processo costituzionale* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXVI, Milano, Giuffrè, 1987, 555 e s. Sotto altro profilo qualsiasi genericità del programma potrebbe essere sindacato per incongruità dello stesso a determinare una disciplina idonea a garantire il conseguimento del fine sociale che l'amministrazione intende perseguire con l'assunzione del servizio.

base allo stesso intercorrono fra pubblica amministrazione titolare del servizio pubblico e categorie di utenti interessate.

4. *La teoria della continuità dei servizi pubblici. Differenze. La fonte del dovere di assunzione. L'assunzione della gestione del servizio è atto che si rivolge ad una generalità indistinta di destinatari. Legge od atto amministrativo e possibilità giuridica di determinare un obbligo o un dovere a favore di tutti. L'efficacia inter partes dei contratti. La determinazione imposta ex lege e quella lasciata all'autonomia pubblica.*

È stato detto che i servizi pubblici sono caratterizzati dalla «continuità nel tempo e dalla sistematicità nell'offerta delle prestazioni»<sup>117</sup>.

Si è tuttavia rilevato che ogni servizio pubblico ha una sua propria «misura» che è ad esso peculiare<sup>118</sup>, sicché non parrebbe possibile individuare la stessa consistenza di continuità in un servizio di trasporto urbano rispetto ad un istituto di previdenza.

La conseguenza critica è che occorre escludere un dovere di continuità diverso da quanto è stabilito dal «programma» di un determinato servizio, poiché sono i «ritmi» dettati in quest'ultimo a poter essere violati, o più precisa-

<sup>117</sup> R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milano, Giuffrè, 1956, 17-18; M. NIGRO, *L'edilizia popolare...*, cit., 495; contrario, ma per ragioni particolari: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 291; A. BUTTENBACH, *Théorie générale des modes de gestion des services publics en Belgique*, Bruxelles, 1952, 78 e s., 423 e s., secondo il quale «la loi de continuité et de régularité du service public est un corollaire de sa définition même»; nonché G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 1980, 1025; cfr. A. de LAUBADERE, *Traité de droit administratif*, L. G. D. J., 1984, 643 e s.

<sup>118</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 292-293.

mente ogni violazione della continuità è giuridicamente rilevante solo ove sia violazione di questo «ritmo»<sup>119</sup>.

Il «programma» è in tale critica la disciplina specifica del pubblico servizio, con conseguente frammentazione del preteso dovere di continuità e sistematicità in ragione di tale atto di limitazione dell'autonomia pubblica e privata.

Più di recente si è cercato di superare il rilievo critico con la tesi della «doverosità di erogazione del servizio», la quale si distinguerebbe dagli eventuali «obblighi e diritti» cui sono sottoposti per legge il soggetto gestore del servizio e l'utente, perché aspetti particolari e diversi per ogni servizio pubblico, mentre permarrebbe come carattere comune la «doverosità» di assicurare un determinato servizio<sup>120</sup>.

L'analisi considera la «doverosità» come carattere essenziale della nozione di servizio pubblico ed in particolare del contenuto dell'atto di assunzione dello stesso con la conseguenza che l'attenzione è rivolta al fondamento giuridico del servizio pubblico, cioè a quali atti formali assurgono a fonti dello stesso nel nostro ordinamento.

Fra le «fonti» (titolo giuridico) del servizio pubblico sono indicate la legge (ad es. per i servizi pubblici a rilevanza nazionale), nonché l'autonomia pubblica degli enti territoriali minori, escludendosi invece di norma che l'autonomia privata possa costituire il fondamento giuridico dei servizi pubblici<sup>121</sup>.

Su quest'ultimo punto ci si soffermerà fra breve, preme ora rilevare che il «dovere» di erogazione definito come carattere essenziale del servizio pubblico pare efficacemente sintetizzare il concetto critico che si è voluto anticipare nel paragrafo che precede per l'individuazione di una nozione di servizio pubblico nel nostro ordinamento.

<sup>119</sup> U. POTOTSCHNIG, *Op. loc. cit.*

<sup>120</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici...*, cit., 117, 161, e sp. nt. 247.

<sup>121</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici, ...*, cit., 165, 172, 175, 176, 187.

In esso infatti, nel senso sopra precisato, è possibile in parte comprendere le ragioni economiche e giuridiche del connotato della «pubblicità» di un servizio, utili a distinguere il medesimo da quelli erogati per fini che tale qualificazione non possiedono, ma al tempo stesso contiene una definizione unitaria del rapporto giuridico che si instaura con l'utenza destinataria di un servizio pubblico.

Assunto il servizio pubblico sorge in capo all'ente, che si è in tal senso determinato, un «dovere» di erogare il servizio stesso a favore degli utenti della comunità di riferimento.

Il punto è di interesse poiché consente di portare alla luce un fenomeno giuridico di cui non si è sempre offerta esauriente spiegazione: ci si riferisce alla indiscussa esistenza di una regola giuridica di disciplina dei servizi pubblici che impone agli enti di erogare la relativa prestazione a qualsiasi utente la richieda osservando parità di trattamento, talvolta affermato espressamente dal legislatore solo con riferimento a categorie particolari di servizi pubblici (art. 1679 cod. civ.).

Il fondamento normativo per i servizi pubblici non pare potersi ricondurre all'art. 2597 del cod. civ., poiché la relativa disciplina si applica alle sole imprese esercitate in condizione di monopolio legale ed è noto che non tutti i servizi pubblici sono soggetti a tale regime, che un tempo era denominato di «privativa» legale, o secondo una più recente definizione «riservati in via esclusiva» alla pubblica amministrazione<sup>122</sup>.

La tesi della «doverosità» incentrando la scelta dell'assunzione del servizio pubblico nella legge, o in un atto di autonomia degli enti territoriali, induce a risolvere in tale alveo anche il fondamento giuridico della regola indicata.

Il dovere di imparzialità, e il conseguente obbligo a con-

<sup>122</sup> Art. 22, comma II, l. n. 142 del 1990, cit.

trarre con qualsiasi utente, è sancito infatti nel nostro ordinamento in via generale per la pubblica amministrazione all'art. 97 Cost., risolvendo unitariamente la questione relativa.

La gestione in economia, l'istituzione e la stessa azienda speciale, che secondo alcuni è tutt'ora da classificarsi come assunzione diretta<sup>123</sup>, sono tutti indubbiamente enti pubblici, mentre per la concessione a terzi potrebbe soccorrere ancora una volta l'utile teoria che individua in essa un'ipotesi di sostituzione alla pubblica amministrazione.

Permarrebbe la gestione del servizio a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, con riferimento alle quali le evoluzioni dottrinali in materia di enti pubblici<sup>124</sup> porterebbero ad una inclusione delle stesse società fra quest'ultimi, seppure con distinguo e precisazioni.

Giunti al termine di tali possibili argomentazioni ci si avvede tuttavia che il principio posto all'art. 97, comma I, è letteralmente riferito ai «pubblici uffici», fra i quali è dubbio

<sup>123</sup> A. ROMANO-TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, 83.

<sup>124</sup> Cfr. G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, Il Mulino, 1991, 170 e s., spec. 181 ove si afferma: «Rientrano in queste figure dall'incerta natura giuridica gran parte delle società per azioni istituite per la gestione di servizi pubblici». «Per le figure analoghe, anteriori alla legge 142, la giurisprudenza, come si è visto, si è orientata per il diritto privato. Una tesi diversa è, però, ora sostenibile e sembra più convincente, tenendo conto del fatto che i comuni e province possono affidare a tali società l'esercizio di servizi pubblici con il vincolo di mantenere la maggioranza del pacchetto azionario e senza adottare un atto di concessione». Per l'analisi degli indirizzi giurisprudenziali in punto di s.p.a. pubbliche si vedano: F. ROVERSI MONACO, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. e società*, 1973, 789 e s.; V. OTTAVIANO, *Sull'impiego a fini pubblici delle società per azioni*, in *Riv. delle società*, 1960, 1013 e s.; G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, Longanesi & c., 1979.

che possano comprendersi gli enti pubblici economici, o le società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

Nonostante la consolidata libertà nell'interpretazione dei testi costituzionali l'incertezza persiste proprio con riferimento alle soggettività costituite dall'ente pubblico secondo le forme di diritto privato.

Qualora al contrario si affermasse l'indicata interpretazione costituzionale di sottoporre le società per azioni ai precetti dell'art. 97 Cost., si dovrebbe riconoscere che storicamente si è affermato nel nostro ordinamento un principio in forza del quale la pubblica amministrazione trasforma inevitabilmente in pubblico tutto quanto entra nella sua disponibilità, con affermazione critica verso tutti quei tentativi che hanno sempre cercato, prima con gli enti pubblici economici e poi con le società in mano pubblica, di liberare l'amministrazione dai principi che disciplinano l'azione degli enti pubblici nel nostro ordinamento.

Il punto, di notevole interesse teorico, non ha al momento trovato ancora soluzione, sicché al momento pare necessario procedere secondo altre e meno incerte ipotesi di ricerca.

Una prima direttrice interpretativa può essere ricavata seguendo l'altra soluzione che tradizionalmente è stata offerta anteriormente alla legge n. 142 del 1990.

Invece di cercare di ricondurre la società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale entro i caratteri che definiscono gli enti pubblici, si potrebbe affermare la necessità del «sistema generale della concessione» per ogni soggettività che non possa contenere i caratteri pubblici<sup>125</sup>.

<sup>125</sup> L'art. 25 del disegno di legge governativo nella sua ultima versione costituita dagli emendamenti proposti dal governo (I Commissione, 4 dicembre 1991) oltre a consentire a comuni e province la costituzione di società per azioni e di società a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale, prevede che in entrambi i casi all'affida-

Una seconda direzione interpretativa appartiene ad un diverso quadro interpretativo attraverso il quale si può giungere ad uguale conclusione, ma prescindendo totalmente dalla natura delle soggettività chiamate a gestire un servizio pubblico.

Il tentativo è di interesse poiché può consentire di raggiungere il fondamento dell'imparzialità dei servizi pubblici senza le incertezze che tutt'ora permangono in ordine all'applicazione dell'art. 97 Cost. a qualsiasi soggettività in mano pubblica<sup>126</sup>.

Pare possibile prescindere dalla natura giuridica del soggetto gestore del servizio pubblico ove si ritenga più semplicemente che il principio di imparzialità sia contenuto intrinseco del dovere, od obbligo, di gestione di qualsivoglia servizio pubblico.

Il riferimento all'art. 3 della Costituzione assume rilievo ove si ritenga di avvalersi della versione del principio che risulta dalla lettera del suo comma II, cioè al significato immediato che si distingue dalla tradizionale interpretazione che con prevalenza si è rivolta agli atti giuridici ed in particolare a quelli normativi degli enti pubblici.

Il servizio pubblico è infatti uno dei modi attraverso il quale la «Repubblica» ha storicamente assolto al «compito» di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva

mento del servizio pubblico si proceda mediante «il sistema generale della concessione». Permarrebbe il problema dell'azienda pubblica verso la quale il disegno di legge non prevede affatto eguale disciplina.

<sup>126</sup> Tali incertezze permangono infatti anche volendo accogliere la tesi che identifica la concessione con la sostituzione, poiché comunque l'azienda pubblica ad essa permane estranea e a rigore non è classificabile nell'interpretazione tradizionale come un «pubblico ufficio», mettendo per ora in forse il fondamento dell'imparzialità dei servizi pubblici nell'art. 97, comma I, Costituzione.

partecipazione di tutti i lavoratori alla organizzazione politica, economica e sociale del paese».

La soluzione normativa pare conformarsi a quelle interpretazioni del principio di uguaglianza sostanziale nelle quali si è individuato un dovere di porre in essere non solo attività giuridica (leggi, regolamenti, ecc.), ma anche veri e propri comportamenti positivi volti al superamento delle disuguaglianze sociali<sup>127</sup>.

Nonostante che nell'art. 3 Cost. manchi ogni espresso riferimento ai servizi pubblici, non può dubitarsi che l'attività positiva della Repubblica, volta a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che si frappongono al pieno sviluppo della persona umana, sia tutt'ora riferimento giuridico forte ed attuale che involge quell'attività della pubblica amministrazione che nel nostro ordinamento è da tempo volta ad una organizzazione degli assetti sociali in cui abbiano minor peso le disuguaglianze storicamente prodotte dal «libero mercato».

Tale attività dello Stato (*rectius*: della Repubblica) ha assunto, quanto meno dall'inizio del secolo, la denominazione di «servizio pubblico».

Il principio di uguaglianza sostanziale ha ricevuto in prevalenza interpretazioni ed analisi che sono valse a diffondere ciò che la Corte Costituzionale ha individuato come la *regula juris* del principio stesso: «situazioni eguali debbono ricevere un trattamento (normativo) eguale, mentre situazioni diseguali debbono ricevere una differente disciplina».

Meno frequente invece è vedere affermato<sup>128</sup> che l'art.

<sup>127</sup> In tal senso emblematica è stata la configurazione di tutta l'edilizia economico-popolare come servizio pubblico. Così M. NIGRO, *L'edilizia popolare ed economica*, cit., 496.

<sup>128</sup> Così parrebbe invece l'opinione di U. POTOTSCHNIG, *Poteri pubblici ed attività produttive*, in *Dir. dell'economia*, 1990, 37-38; nonché spunti in tal senso si possono trovare in G. CORASANITI, *Eguaglianza sostanziale e servizi pubblici essenziali*, in *Giust. civ.*, 1980, 2539.

3, comma II, Cost. sia il fondamento della disciplina giuridica dei servizi pubblici, poiché i «compiti», cui all'articolo stesso, sono anzitutto le attività (materiali) di erogazione dei servizi pubblici con rilevanza generale del precetto che è indipendente dalla natura giuridica (azienda, società per azioni, ecc.) del soggetto che provvede alla erogazione di essi.

Il principio di imparzialità nell'attività di erogazione dei servizi pubblici è dunque assorbito dal più generale dovere della Repubblica di 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 l'*effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale* del paese.

Il dovere di gestire il servizio pubblico assume conseguentemente il carattere giuridico dell'imparzialità nel senso sopra precisato, poiché intrinseco contenuto di derivazione del compito di dare attuazione al precetto di cui all'art. 3, comma II, della Costituzione.

In tale ordine di idee è possibile affermare che il preteso fine pubblico, che caratterizza il servizio rispetto a quelli che pubblici non sono, pare trovare precisazione nella finalità posta dall'art. 3, comma II, della Costituzione, definendo così più propriamente il fine sociale del pubblico servizio di cui all'art. 22, comma I, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Non qualsiasi interesse pubblico (o collettivo) caratterizza la qualificazione pubblica di un servizio, ma unicamente quello volto a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti all'organizzazione sociale del paese.

In tal guisa inteso il dovere di erogazione di un servizio pubblico trova consistenza giuridica come compito della Re-

pubblica e basta a fondare il dovere degli enti pubblici cui la legge ha attribuito tale competenza.

La decisione di assumere, ovvero di cessare, l'erogazione di un servizio pubblico ha come parametro di valutazione tale interesse sociale, indicato fra i principi fondamentali della massima fonte del nostro ordinamento giuridico.

L'atto di assunzione determina la misura del servizio pubblico e conseguentemente in ragione di essa la sua continuità sino al momento in cui pare opportuno, in ragione dell'interesse pubblico indicato, addivenire alla sua cessazione.

Assunzione del servizio come compito fondamentale per la soddisfazione di tale interesse pubblico e conseguente dovere di gestione del servizio come mezzo necessario a raggiungere lo scopo.

Il superamento degli ostacoli che di fatto limitano la libertà e l'uguaglianza, impedendo il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti all'organizzazione sociale del paese, caratterizza la «funzione» o più propriamente la *ratio giuridica* del servizio pubblico, perché è il fondamento (parametro di giudizio) che determina nei singoli casi la sua assunzione e la sua cessazione, il suo sorgere come il suo venire meno.

In tal senso ed entro tali limiti pare corretto parlare di «funzionalizzazione del servizio pubblico», senza perciò dimenticare che tale carattere si puntualizza giuridicamente nell'atto amministrativo di assunzione, o dimissione, del servizio da parte dell'ente territoriale titolare dello stesso.

Precisato il carattere del servizio pubblico come obbligo, o dovere<sup>129</sup>, di gestire un servizio (attività), perché mezzo utile ad assolvere ai compiti di cui all'art. 3, comma II, Cost., pare corretto ritenere, in osservanza del principio

<sup>129</sup> Non possibile ora prendere posizione, poiché è necessario procedere all'analisi delle posizioni soggettive degli utenti di un servizio pubblico, su cui *infra* volume III.

indicato, che tale servizio debba essere erogato secondo un determinato programma, per un certo tempo e nei confronti della generalità, o di determinate categorie di utenti.

Tutti gli elementi indicati saranno determinati in ragione del fine di interesse pubblico che è peculiare del servizio preso in considerazione, di cui l'art. 3, comma II, Cost. è definizione di principio.

La delimitazione del periodo di erogazione del servizio pare discendere dalla necessità di procedere nel tempo ad una rivalutazione dell'interesse pubblico al mantenimento, o alla cessazione, del servizio pubblico in ragione dello specifico fine sociale sopra indicato.

In ciò è possibile trovare un'ulteriore conferma alla critica che definisce la continuità dei servizi pubblici solo in ragione della «misura», o «ritmo», che l'atto di assunzione ha determinato per ciascuno di essi<sup>130</sup>.

Il contenuto dell'atto di assunzione del servizio trova diretta legittimazione nella lettera di una norma costituzionale (art. 3, comma II), ma l'atto stesso da tale norma se ne distingue, secondo le più recenti analisi, come atto formale di legge ordinaria, ovvero come atto «degli enti dotati di autonomia (politica)»<sup>131</sup>.

La riserva agli enti territoriali del potere di disporre l'assunzione di un servizio pubblico pare strettamente correlata al carattere dei primi di rappresentare la popolazione di riferimento e conseguentemente di essere titolari del «governo degli interessi» che alle stesse fanno capo.

La titolarità della cura degli interessi delle popolazioni di riferimento pare dunque consentire la valutazione dell'assunzione di un pubblico servizio, proprio perché si ritiene che l'assunzione debba involgere necessariamente la valutazione degli interessi pubblici utili al superamento degli osta-

<sup>130</sup> U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, cit., 293.

<sup>131</sup> I. MARINO, *Servizi pubblici...*, cit., 163 e s.

coli che di fatto impediscono la libertà e l'uguaglianza, impedendo così il pieno sviluppo della persona umana delle popolazioni di riferimento.

La scelta di quale servizio, cioè quali ostacoli occorre superare, è il risultato della valutazione di tutti gli interessi di una comunità di riferimento, scelta di sintesi dagli interessi stessi, scelta di politica amministrativa con cui si intende caratterizzare la vita sociale di una determinata comunità (autonomia).

Sotto altro profilo sussiste un'altra ragione di ordine teorico che sostiene la necessità di circoscrivere l'atto di assunzione ad una legge (formale), o ad un atto di autonomia degli enti territoriali.

Si è chiarito da tempo che la legge possiede efficacia giuridica *erga omnes*, o più precisamente solo la legge e gli altri atti cui la legge «comunica» tale efficacia<sup>132</sup>.

L'atto di assunzione, ponendosi come sintesi degli interessi di una comunità di riferimento, deve poter esprimere tale sintesi con efficacia *erga omnes*, cioè nei confronti di tutti i soggetti di tale comunità.

Tale particolare efficacia giuridica appare necessaria anche perché richiesta dalla considerazione in precedenza indicata, secondo cui il servizio pubblico si caratterizza per l'idoneità a rivolgersi alla generalità di una determinata categoria di utenti, cui consegue (efficacia *erga omnes*) la loro diretta legittimazione a pretendere l'erogazione del servizio stesso in ragione del suo programma d'assunzione.

Tale peculiarità dipende dal carattere generale che è proprio della legge e degli atti amministrativi che hanno tale qualità.

Non è qui di rilievo l'astrattezza, che costituisce, come è

<sup>132</sup> SANTI ROMANO, *Osservazioni sull'efficacia della legge*, in *Riv. it. scienze giur.*, n. s., vol. I, 1947, 64 e s., poi in *Scritti Minori*, Milano, Giuffrè, (rist.) 1990, 483 e s.

noto, carattere autonomo e proprio dei soli atti normativi<sup>133</sup>, ma appunto la generalità che è, a differenza del primo, della legge e degli atti generali.

La configurazione dell'atto di assunzione come atto generale discende dalla necessità di configurare nello stesso la misura («programma») dei successivi atti di erogazione che costituiscono il servizio («attività»), cioè l'atto di assunzione definisce con il suo programma gli elementi essenziali di individuazione del servizio pubblico (oggetto, periodicità, tipologia della prestazione, ecc.).

La natura generale dell'atto di assunzione consente dunque alla generalità degli utenti di far valere le loro posizioni soggettive all'erogazione dello stesso in conformità dell'atto di assunzione, che ne è la sua «misura», o «programma».

Le ragioni indicate escludono che il contratto di diritto privato possa divenire «fonte del servizio pubblico»<sup>134</sup>, poiché il contratto ha sì «forza di legge», ma solo «tra le parti», così come espressamente dispone la legge<sup>135</sup>.

Tale delimitazione di efficacia di esclusione dei terzi appare precludere che l'atto di assunzione di un servizio pub-

<sup>133</sup> SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, II ed. 1946, 82: «Negli Stati moderni la legge è, il più delle volte, un atto di volontà emanato da quei soggetti, o da quegli organi, cui è affidata la funzione che si dice per l'appunto legislativa. Essa non è però una volizione in senso stretto, cioè una volizione-azione, concreta in atto: è una volizione preliminare che precede e regola una futura volizione concreta. Perciò la legge è sempre più o meno astratta: non perché debba essere, come afferma un'opinione molto diffusa, generale, cioè contemplare una classe o serie di fatti, azioni, individui, rapporti, ma perché precede il fatto giuridico e non ha la concretezza immediata di quest'ultimo».

<sup>134</sup> Cfr. I. MARINO, *Servizi pubblici*, 179 e s., 186 e s. 204 e s.

<sup>135</sup> Art. 1372, c. II: «non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge». Una di questi casi è dato dalla disciplina del contratto a favore di terzi di cui all'art. 1411-1413 del cod. civ., ma non pochi problemi sorgono ove si tenti di ricostruire il fondamento del servizio pubblico in base a tale disciplina.

blico possa trovare fondamento in un contratto di diritto privato.

Analoghe considerazioni possono essere svolte in ordine agli atti unilaterali di diritto privato, poiché normalmente la legge non prevede per tali tipologie una efficacia *erga omnes*, confermando così la disposizione di cui all'art. 1324 cod. civ., secondo la quale «salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, negli atti patrimoniali tra vivi, aventi contenuto patrimoniale».

Non è qui possibile procedere alla disamina delle eccezioni<sup>136</sup>, ma è sufficiente ricordare che l'efficacia *erga omnes* è pur sempre una condizione formale utile a consentire al contenuto di un atto di esplicare effetti nei confronti della generalità di una comunità di riferimento.

Vero è che nei casi previsti dalla legge un atto di autonomia privata può anche possedere tale efficacia, ma difetterebbe comunque la possibilità di configurare il servizio erogato da un ente privato come determinazione di sintesi di tutti gli interessi di una comunità di riferimento e conseguentemente definire l'assunzione, o la cessazione, del servizio in ragione della composizione degli interessi che a tale comunità si riferiscono.

Nessuna associazione o istituzione, pubblica o privata, per quanto ampia essa sia non potrà mai assumere su di sé la totalità degli interessi di una comunità di riferimento, poiché giuridicamente tale peculiarità è per definizione riservata nel nostro ordinamento solo agli enti pubblici territoriali<sup>137</sup>.

<sup>136</sup> Oltre all'ipotesi indicata alla nota che precede, altra eccezione potrebbe trovarsi ricercando il fondamento possibile del servizio pubblico nell'art. 1336 (offerta al pubblico), o nell'art. 1988, cod. civ. (promessa al pubblico), ove si ritenga che un atto costitutivo di associazione contenga gli elementi essenziali di una offerta, ovvero di una promessa al pubblico di erogazione di un determinato servizio.

<sup>137</sup> Ai sensi dell'art. 16 cod. civ. l'atto costitutivo e lo statuto di as-

In particolare la stessa disciplina che determina le cause di estinzione delle associazioni, o fondazioni, pare impedire giuridicamente di assumere un dovere di erogazione del servizio in ragione dei bisogni sociali della comunità di riferimento.

Le associazioni si estinguono per raggiungimento o impossibilità dello scopo sociale e quando tutti gli associati sono venuti meno, mentre le fondazioni sono soggette a trasformazione nel caso in cui il patrimonio è divenuto insufficiente<sup>138</sup>.

Le ragioni che consentono di escludere che possa qualificarsi pubblico un servizio ove l'atto di assunzione non sia riconducibile alla volontà di un ente territoriale, non negano che lo stesso possa essere attribuito ad un soggetto privato, o pubblico non territoriale.

Legge, o atto di autonomia di un ente territoriale, ben possono attribuire ad un soggetto privato, o pubblico non territoriale, l'erogazione di un servizio pubblico.

Verso tali soggetti l'imputazione può avvenire con legge ordinaria<sup>139</sup>, anzi in taluni casi la stessa è giuridicamente necessaria: o perché si tratta di servizio pubblico imposto ad un ente già esistente o all'uopo costituito (art. 23, Cost.), o perché atto costitutivo di una soggettività giuridica *speciale* le cui finalità statutarie prevedono l'erogazione di un servizio pubblico (es. enti pubblici).

Negli altri casi l'attribuzione del servizio pubblico può

sociazioni e fondazioni deve contenere «l'indicazione dello scopo...», che è esattamente la soluzione giuridica contraria a quella adottata per gli enti pubblici territoriali i quali come è noto sono esponenziali degli interessi della comunità di riferimento.

<sup>138</sup> Art. 27, c. II, e 28, c. I cod. civ.

<sup>139</sup> Si pensi alla disciplina dell'edilizia residenziale pubblica (ex economica e popolare) e al ruolo in essa prevista a favore delle cooperative, o a tutta la disciplina in materia previdenziale che è attribuita a enti pubblici non territoriali.

anche essere determinata semplicemente con atto amministrativo dell'ente territoriale: sia quest'ultimo l'amministrazione statale, regionale, provinciale, o comunale, che contenga gli elementi essenziali del «programma» di erogazione del servizio pubblico.

Verso soggetti privati tale atti di autonomia pubblica si sono storicamente manifestati, ed entro certi limiti confusi, con la concessione di servizio pubblico, per le utilità che la teoria relativa consentiva in ordine ai poteri di indirizzo e di controllo sulla sfera giuridica del privato.

Senonché teoricamente è possibile distinguere l'atto di assunzione dell'ente territoriale come determinazione di sintesi dei bisogni sociali della comunità di riferimento e l'atto di concessione vero e proprio come mezzo di gestione del servizio stesso, il cui relativo potere concessorio può essere attribuito dalla legge anche ad enti non territoriali, scindendo così titolarità, controllo ed erogazione del servizio pubblico.

Le ragioni sopra indicate impongono dunque di delimitare la «fonte del servizio pubblico» a quegli atti di assunzione di un servizio disposti con legge o con atto di autonomia pubblica di un ente territoriale<sup>140</sup>.

Solo in tali casi l'atto di assunzione conclude un procedimento amministrativo la cui competenza è attribuita ad una istituzione preposta alla cura degli interessi della comunità di riferimento, perciò ad essa è attribuito il potere di procedere alla ponderazione di tutti gli interessi pubblici e privati che pertengono alla comunità stessa<sup>141</sup> esprimendo la sintesi della relativa complessità.

<sup>140</sup> In tal senso I. MARINO, *Servizi pubblici...*, cit., 163 e s. 190.

<sup>141</sup> Così art. 2, della l. 142 del 1990, cit. che afferma essere il comune l'ente che cura gli interessi e promuove lo sviluppo della propria comunità analogamente alla province che pur essendo configurato come ente territoriale intermedio tra comune e regione è pur sempre titolare della cura degli interessi e della promozione dello sviluppo della comunità provinciale (rispettivamente art. 2, c. II e III).

Si è detto delle differenze che sussistono fra le ipotesi di assunzione del servizio imposto con legge dalle ipotesi in cui tale assunzione sia il frutto di un atto di autonomia dell'ente territoriale cui la legge abbia attribuito la titolarità.

La legge sull'ordinamento delle autonomie locali stabilisce che i «trasferimenti erariali devono garantire i servizi locali indispensabili e sono ripartiti in base a criteri obiettivi che tengano conto della popolazione, del territorio, e delle condizioni socio-economiche, nonché in base ad una perequata distribuzione delle risorse che tenga conto degli squilibri di fiscalità locale»<sup>142</sup>.

«Le entrate fiscali finanziano i servizi pubblici ritenuti necessari per lo sviluppo della comunità ed integrano la contribuzione erariale per l'erogazione dei servizi pubblici indispensabili»<sup>143</sup>.

«Lo stato e le regioni, qualora prevedano per legge casi di gratuità nei servizi di competenza dei comuni e delle province ovvero fissino prezzi e tariffe inferiori alla prestazione, debbono garantire agli enti locali risorse finanziarie compensative.»<sup>144</sup>

«A ciascun ente locale spettano le tasse, i diritti, le tariffe e i corrispettivi sui servizi di propria competenza». «Gli enti locali determinano per i servizi pubblici tariffe o corrispettivi a carico degli utenti, anche in modo non generalizzato»<sup>145</sup>.

Gli enunciati legislativi indicati si pongono come attuazione dei principi costituzionali in materia di autonomie locali (art. 5, 115, 119, 128 Cost.) e della fondamentale disposizione posta all'art. 23 della Costituzione, in forza della

<sup>142</sup> Art. 54, comma V.

<sup>143</sup> Art. 54, comma VII.

<sup>144</sup> Art. 54, comma VIII.

<sup>145</sup> Art. e comma ult. cit.

quale: «Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge».

L'art. 23 Cost. è stato interpretato dalla Corte Costituzionale secondo un duplice enunciato normativo<sup>146</sup>.

Il primo stabilisce una riserva di legge relativa secondo la quale la prestazione personale, o patrimoniale, può essere imposta solo ove soggetto attivo, oggetto, e soggetto passivo, siano determinati in legge e sempre che di tale imposizione risultino principi e criteri direttivi idonei a delimitare l'esercizio del relativo potere pubblico.

Il secondo enunciato è affermato dalla Corte con il principio del congruo indennizzo<sup>147</sup> ogni qual volta la prestazione ha comportato un'ablazione del diritto di proprietà o di iniziativa economica privata del soggetto che ne era titolare.

È noto che non ogni delimitazione di un diritto soggettivo determina l'obbligo di corresponsione dell'indennizzo, ma solo quelle imposizioni che sottraggano facoltà che l'ordinamento afferma comprese nella definizione generale e astratta di un determinato diritto soggettivo.

Nei confronti dell'autonomia degli enti territoriali minori il principio si è precisato come necessità di un congruo finanziamento ogni qual volta il legislatore, comprimendo l'autonomia, imponga lo svolgimento obbligatorio di determinate funzioni, o servizi, con rilevanza costituzionale di quanto stabilito dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali a garanzia della loro autonomia pubblica.

<sup>146</sup> Per tutti A. FEDELE, *Rapporti civili (art. 23)*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma, 1978, 99-105, spec. nt. 16 e s.; E. TOSATO, *Prestazioni patrimoniali imposte e riserva di legge*, in *Scritti in onore di G. Ambrosini*, vol. III, Giuffrè, Milano, 1970, 2130 e s.

<sup>147</sup> Espressamente disposto dall'art. 42, comma III, e 43 Costituzione, ma considerato principio generale per i provvedimenti ablatori.

È noto che in tal senso si è più volte espressa la Corte Costituzionale con riferimento agli atti legislativi che hanno realizzato il trasferimento ed il decentramento delle funzioni statali divenendo una norma che ha accompagnato la legislazione di decentramento amministrativo dallo Stato e dalle Regioni verso gli enti locali minori.

L'art. 54 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali si inserisce dunque in tale quadro legislativo, correttamente differenziando le ipotesi di finanziamento dei servizi pubblici che la legge impone alle autonomie locali, rispetto alla disciplina prevista per i servizi pubblici lasciati all'autonomia degli enti territoriali.

L'ipotesi sopra indicata può accompagnarsi alla scelta del legislatore nazionale di prevedere l'istituzione di un ente non territoriale cui affidare la gestione del servizio pubblico.

La tipicità delle forme di gestione indicate all'art. 22, comma III, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali non pare superabile in forza di un atto amministrativo degli enti locali minori, ma con leggi speciali è possibile prevedere altre forme di erogazione dei servizi pubblici, con conseguente possibilità per il legislatore nazionale di stabilire direttamente l'assunzione di un servizio locale con attribuzione della relativa gestione ad un ente pubblico non territoriale, o a soggetti privati, diversi da quelli indicati dalle legge n. 142 del 1990.

In tal caso la scelta d'autonomia è contenuta direttamente nella legge e non è demandata all'ente pubblico non territoriale<sup>148</sup>.

<sup>148</sup> Ad esempio il servizio dell'edilizia residenziale pubblica, sinora considerato nazionale potrebbe, senza infirmare quanto sinora detto, essere riqualificato come servizio a rilevanza locale, pur mantenendo le attuali attribuzioni a soggetti diversi da quelli indicati all'art. 22, comma III, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali (ad es. cooperative).

## CAPITOLO TERZO

### TITOLARITÀ E CONTROLLO DEI SERVIZI PUBBLICI ED EROGAZIONE DA PARTE DELLA STESSA AMMINISTRAZIONE TERRITORIALE

SOMMARIO: 1. Atto di assunzione e titolarità del servizio pubblico. Titolarietà e controllo del servizio pubblico. La definizione dell'«influenza dominante» nella normativa comunitaria e nazionale e la tipicità del controllo di comuni e province sulle forme di erogazione del servizio pubblico. Correlazione fra controllo e forme di erogazione del servizio pubblico. La natura giuridica delle norme che disciplinano il controllo e l'erogazione del servizio pubblico. La deroga del potere di necessità ed urgenza. — 2. I servizi pubblici erogati in regime di monopolio e l'art 43 Costituzione. Le forme di gestione dei servizi in regime di monopolio e le comunità di lavoratori e di utenti. — 3. L'ambito di applicazione della disciplina sulla gestione di un servizio pubblico da parte di comuni e province. La partecipazione alla gestione di un servizio pubblico. La convenzione, la società per azioni e il consorzio come forme limite di gestione (rinvio). La gestione di un servizio non pubblico. I limiti alle forme di partecipazione e di gestione di un servizio non pubblico (rinvio). — 4. L'erogazione del servizio in economia per le modeste dimensioni, o per le caratteristiche del servizio. L'atto di assunzione e il controllo del servizio pubblico: le competenze del consiglio comunale. L'erogazione del servizio pubblico in economia: potere di «sovrintendenza» del sindaco e potere di gestione dei dirigenti. — 5. La gestione dei servizi di base da parte delle circoscrizioni di decentramento e dei municipi. «Servizi di base» e servizi pubblici: riserva di attribuzione nel caso di gestione in economia. La delega delle funzioni di controllo a municipi e circoscrizioni. Decentramento e partecipazione alla gestione dei servizi pubblici.

1. *Atto di assunzione e titolarità del servizio pubblico. Titolarietà e controllo del servizio pubblico. La definizione dell'«influenza dominante» nella normativa comunitaria e nazionale e la tipicità del controllo di comuni e province sulle forme di erogazione del servizio pubblico. Correlazione fra controllo e forme di erogazione del servizio pubblico. La natura giuridica delle norme che disciplinano il controllo e l'erogazione del servizio pubblico. La deroga del potere di necessità ed urgenza.*

L'art. 22 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali stabilisce al comma I che comuni e province «provvedono alla gestione dei servizi pubblici» e al comma III che «possono gestire» gli stessi nelle seguenti forme: a) in economia, b) in concessione a terzi, c) a mezzo di azienda speciale, d) a mezzo di istituzione, e) a mezzo di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale<sup>1</sup>.

Il successivo art. 32, comma II, attribuisce al consiglio comunale, o provinciale, la competenza a determinare «l'assunzione diretta dei pubblici servizi, la costituzione di istituzioni e di aziende speciali, la concessione dei pubblici servizi, la partecipazione dell'ente locale a società di capitali, l'affidamento di attività o servizi mediante convenzione» (lett. f), nonché «le convenzioni tra i comuni e quelle tra comuni e provincia, la costituzione e modificazioni di forme associative» (lett. d).

Nella prima ipotesi (lett. f) si definisce un potere amministrativo, attribuito alla competenza del consiglio di determinazione della forma di gestione dei pubblici servizi, che

<sup>1</sup> Nella more di stampa del presente lavoro è stata emanata la legge 23 dicembre 1992, n. 498 che all'art. 12 consente, in deroga all'art. 22, c. III, lett. e), cit., la costituzione di società per azioni senza prevalente capitale pubblico locale. Sull'efficacia di tale norma in deroga e sui limiti di essa si rinvia al secondo volume del presente lavoro.

ancor prima individua il potere di assunzione<sup>2</sup> degli enti territoriali dell'attività stessa che sarà oggetto della relativa gestione.

Nella seconda ipotesi (lett. d) il riferimento alle convenzioni e alla costituzione e modificazione di forme associative include nella definizione gli atti che individuano l'assunzione del servizio pubblico con affidamento in convenzione (art. 24, comma I) o per la gestione di essi in forma consortile (art. 25, comma II)<sup>3</sup>.

L'assunzione è quell'atto di autonomia del comune e della provincia con il quale si perviene a istituire un servizio pubblico, cioè quell'atto amministrativo da cui sorge il dovere di gestione del servizio pubblico di cui si è riferito al capitolo precedente.

L'atto di assunzione non può mancare anche nel caso di servizio pubblico obbligatorio che la legge impone ai comuni e alle province, poiché, pure costituendo tale ipotesi un caso di attività vincolata nell'*an* e tipicamente delimitata nelle forme alternative di gestione (*quomodo*), l'atto stesso anche nella forma della legge provvedimento è necessario per istituire in concreto il servizio, definire il suo oggetto, la sua quantità, ed in generale lo «statuto degli utenti» (*rectius*: programma) con riferimento a un determinato servizio pubblico.

L'assunzione è atto amministrativo essenziale del procedimento diretto a fornire un servizio pubblico agli utenti, il

<sup>2</sup> Non pare decisiva la lettera della legge che utilizza la parola assunzione solo per il caso della gestione diretta dei pubblici servizi: la costituzione di aziende e istituzioni infatti è prevista dalla legge solo per l'assunzione di un pubblico servizio.

<sup>3</sup> Cui si deve aggiungere, per chi ritenga che nei «servizi di base» di cui all'art. 12 e 13 della legge di riforma rientrano i servizi pubblici, la competenza del consiglio comunale e provinciale anche per la costituzione, la determinazione dei compiti e le norme sul funzionamento degli organismi di decentramento (municipi e circoscrizioni).

primo atto di comuni e province a rilevanza esterna<sup>4</sup>, perché determina la volontà dell'ente di istituire un servizio pubblico e perché definisce il «programma» e la «misura» (atto generale) dell'attività di erogazione del servizio stesso.

L'atto di assunzione si distingue dalla attività di erogazione di un servizio pubblico, poiché quest'ultima è conseguente non solo sul piano logico, ma anche perché l'ordinamento giuridico vuole che la gestione del servizio sia conforme al «programma» e alla «misura» indicata dall'amministrazione pubblica.

L'atto di assunzione rivela la titolarità del servizio pubblico e più precisamente, ove trattasi di enti pubblici territoriali come nel caso in esame, della funzione a esso relativa, non confondendosi<sup>5</sup> dunque con l'attività di erogazione che attiene più propriamente all'esercizio che consegue alla decisione in tal senso del titolare.

È nozione di diritto comune che il gestore può essere titolare dell'attività ed in tal caso nel diritto commerciale si fa riferimento all'imprenditore, mentre ove la titolarità manchi si introduce la figura del dell'istitutore<sup>6</sup>, del genitore o

<sup>4</sup> In tal senso Cons. di Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro it.*, 1991, III, 270, che considera la deliberazione di assunzione del servizio e la scelta della forma di gestione (nel caso s.p.a.) già lesiva dell'interesse legittimo degli imprenditori che operano nel settore. Sul punto M. MAZZARELLI, *Note sull'utilizzazioni di s.p.a. controllate da parte di enti locali territoriali per la gestione dei pubblici servizi: l'art. 22, lett. e) l. 142/1990 e la normativa CEE*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1991, 768.

<sup>5</sup> Inoltre la gestione del servizio pubblico non si esaurisce in un unico atto come l'atto di assunzione, ma si riferisce ad un'attività esercitata da un soggetto con poteri decisionali in ordine a un determinato settore di attività (servizio).

<sup>6</sup> Da ultimo: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III, tomo I, Padova, Cedam, 1990, 110 e s., ove a pag. 116 e 117 si precisa che imprenditore è pur sempre il sostituito incapace, cui vengono impu-

del tutore dell'incapace (2203, 320, 357 cod. civ.)<sup>7</sup>.

È da tempo noto il fenomeno della scissione fra titolarità e gestione dell'impresa che si è imposto con la figura del *manager*, cioè dell'amministratore che non è titolare del pacchetto azionario di controllo<sup>8</sup>.

Le due ipotesi tuttavia non sono affatto assimilabili, poiché nonostante che l'istitutore, o genitore, o tutore, da un lato e l'amministratore di società per azioni dall'altro, instaurino un rapporto con il titolare dell'impresa che è definito dal codice come rappresentanza<sup>9</sup>, nel primo caso la scissione fra titolarità e gestione dell'impresa è correlata a una duplice soggettività: quella dell'imprenditore e quella dell'istitutore.

Nel caso dell'amministratore di società per azioni il rapporto di rappresentanza<sup>10</sup> si instaura fra l'amministratore

tati gli effetti dell'attività (impresa) esercitata dal sostituto, ma critica l'equiparazione a tali casi della figura dell'istitutore nei confronti della quale non sarebbe possibile parlare di scissione fra titolarità ed esercizio dell'impresa poiché permarrebbe comunque la posizione di «capo dell'impresa» del titolare. Per quanto affermato in testo non è dubbio che l'istitutore non è il titolare dell'impresa, ma è il suo gestore, senza perciò negare che anche l'imprenditore mantenga in ogni tempo, oltre alla titolarità dell'impresa, anche i poteri di esercizio di essa, poteri che, a differenza del minore e dell'incapace, può o non può in concreto esercitare.

<sup>7</sup> Sia esso poi soggetto estraneo all'assetto proprietario delle azioni o quote della società (non socio), o socio di minoranza, che assume un rapporto di lavoro subordinato con la stessa.

<sup>8</sup> Si veda l'ampio studio di A. A. BERLE jr., G. C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, The Macmillan Company, New York, 1932, tr. it. di G. M. Ughi, *Società per azioni e proprietà privata*, Torino, Einaudi, 1966.

<sup>9</sup> Art. 2206, 320 del cod. civ., nonché art. 2328, n. 9; 1384, 2384 bis, del cod. civ. In tal senso: F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale...*, cit., vol. III, tomo II., 117 il quale ritiene che tali ipotesi di rappresentanza legale non siano vera rappresentanza; cfr. S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, Giuffrè, 1965.

<sup>10</sup> La cui configurazione è stata sottoposta a critiche: G. MINER-

stesso e la persona giuridica società per azioni e la separazione parrebbe interna all'ente, cioè fra amministrazione e titolarità del pacchetto azionario di controllo.

Nel caso del *manager* è possibile seppure impropriamente parlare di scissione fra titolarità e gestione di una impresa commerciale, purché sia chiaro che la titolarità dell'impresa è pur sempre della persona giuridica (società) e non delle persone fisiche proprietarie del pacchetto azionario di controllo (in assemblea).

Più semplicemente è possibile affermare che con la figura del *manager* l'amministratore (organo della società)<sup>11</sup> non si identifica con la persona, o le persone, che hanno i poteri di controllo dell'impresa in assemblea (organo della società).

Il quadro è più chiaro nel caso di persona giuridica pubblica, per la quale, come è noto, è stata da tempo accolta la teoria del rapporto organico, con tratto ricostruttivo che ha inteso superare definitivamente l'applicazione della disciplina giuridica della rappresentanza dettata dal codice civile.

La scelta ha inteso negare una doppia personalità nel rapporto tra amministratore (organo) ed ente pubblico di riferimento, con immediata esclusione di ogni uso improprio dell'asserita scissione fra titolarità e gestione con riferimento alla distinzione amministratore-ente pubblico, riservando la stessa solo ai casi in cui soccorrano altre ragioni che definiscano sul piano giuridico una doppia soggettività.

L'ipotesi potrebbe essere offerta proprio dalla legge all'art. 22, comma III, cit., ove si riconosce una personalità

VINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956, 71; F. GALGANO, *Diritto civile...*, cit., vol. III, tomo II, 225, ed ivi riferimenti; nonché Cass. 11 aprile 1983, n. 2542, in *Foro it.*, 1983, I, 1244, che assimila l'attività degli amministratori a quella imprenditoriale.

<sup>11</sup> Così denominato dal codice civile: «Degli organi sociali» sez. VI, capo V, libro V, del cod. civ. (art. 2363 e s.).

giuridica, e secondo altri solo un «centro di imputazione di rapporti giuridici», a coloro che esercitano il servizio pubblico (gestore).

La scissione si evidenzia in tale ipotesi fra l'ente titolare che assume il servizio pubblico (comuni e province) e «soggettività» dell'organizzazione chiamata ad erogarlo.

Il sostantivo gestione è normalmente, nel linguaggio comune come in quello giuridico, sinonimo di amministrazione, al pari del verbo gestire che equivale, nell'accezione più in uso, ad amministrare, ma in entrambi i casi le parole non chiariscono se l'attività sia svolta dal titolare, ovvero da altri per conto di questi.

Al contrario nel linguaggio, giuridico e comune, il "gestore" (senz'altra precisazione alcuna) non è quasi mai titolare della relativa attività, poiché con tale termine si individua normalmente chi amministra per conto altrui ed ove sussista la rappresentanza anche in nome di questi.

Correttamente dunque si può affermare che può esservi gestione con titolarità propria e gestione con titolarità in capo ad altri, ma nel linguaggio usato dal legislatore all'art. 22 comma III della legge sull'ordinamento delle autonomie locali la parola non pare assumere un significato di uguale rigore.

La disposizione afferma che i «comuni e le province possono gestire i servizi pubblici nelle seguenti forme», accorpando in un'unica definizione di gestione ciò che immediatamente dopo è distinto in cinque forme differenti: la gestione in economia (lett. a), in concessione a terzi (lett. c), «a mezzo di» azienda speciale (lett. b), a mezzo «di istituzione» (lett. d), a mezzo di «società per azioni a prevalente capitale pubblico locale» (lett. e).

Anche prescindendo per un momento dai due opposti costituiti dalla gestione in economia e dalla concessione a terzi, permangono letteralmente accomunate realtà non omogenee nella «gestione a mezzo di» istituzione, azienda spe-

ziale e società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

Nel raggruppamento infatti coesisterebbero tre discipline giuridiche affatto differenti: l'istituzione pur essendo «organismo strumentale dell'ente locale»<sup>12</sup> non ha personalità giuridica, mentre la legge riconosce tale qualità all'azienda speciale<sup>13</sup> e alle società per azioni<sup>14</sup>, ma se l'azienda è qualificata come ente strumentale dell'ente locale (persona giuridica pubblica) alla società per azioni «in mano pubblica» pare applicabile la disciplina del codice civile (persona giuridica privata).

Nel caso di gestione in economia gli atti e i comportamenti che costituiscono l'attività di erogazione del servizio sono compiuti dagli organi dell'ente locale di riferimento con imputazione dei relativi rapporti giuridici all'ente stesso.

Dubbi sorgono invece in ordine all'istituzione che ha organi propri (art. 23, comma III, l. n. 142 del 1990, cit.), ma che, non essendo dotata di personalità giuridica lascia aperta l'alternativa dell'imputazione degli atti (servizio pubblico) direttamente all'ente locale di riferimento, ovvero, in capo «all'organismo strumentale dell'ente locale» istituzione (art. 23 comma II, cit.) per chi riconosca rilevanza anche solo ad «un centro di imputazione di rapporti giuridici (soggettività)».

Tale seconda impostazione ha il pregio di offrire una spiegazione dell'accorpamento di fenomeni giuridici diversi sotto una comune locuzione («gestione a mezzo di») che compare per l'azienda speciale, per la società per azioni a prevalente capitale pubblico locale e per l'istituzione.

Alternativamente è tuttavia possibile affermare che l'ac-

<sup>12</sup> Art. 23, comma II, della l. n. 142 del 1990, cit.

<sup>13</sup> Art. 23, comma I, l. n. 142 del 1990, cit.

<sup>14</sup> Art. 22, comma III, lett. e, l. n. 142 del 1990, cit., nonché art. 2325 cod. civ.

corpamento legislativo è dato in ragione dell'attribuzione di una «autonomia gestionale» che è espressamente affermata dalla legge per l'istituzione<sup>15</sup>, non pare in dubbio per l'azienda speciale che è dotata di «autonomia imprenditoriale», né per la società per azioni a prevalente capitale pubblico locale in forza delle disposizioni del codice civile che attribuiscono agli amministratori la gestione dell'ente societario (art. 2380 e s.) e conferiscono alla società la personalità giuridica, o secondo altre precisazioni l'«autonomia patrimoniale perfetta» (art. 2325, comma I).

Se l'assenza di personalità giuridica e la riconosciuta «autonomia gestionale» dell'istituzione consentono di affermare la distinzione fra titolarità del servizio in capo all'ente territoriale e attività di gestione dello stesso in capo agli organi dell'istituzione, lo stesso procedimento logico pare incontrare difficoltà in presenza di una riconosciuta personalità giuridica (di diritto pubblico, o di diritto privato).

L'attività svolta dagli amministratori dell'azienda speciale, o della società per azioni, trova infatti imputazione nella personalità giuridica di cui essi sono riferimento, con conseguente difficoltà ad affermare la titolarità della stessa attività di gestione del servizio in capo all'azienda, o alla società, e al tempo stesso anche all'ente territoriale (comune e provincia), per il conseguente pericolo di pervenire a svuotare, con tale doppia imputazione, la *ratio* innovativa del conferimento della personalità giuridica, a tali forme di erogazione del servizio pubblico.

Il conflitto può trovare soluzione secondo due direzioni interpretative non necessariamente alternative, ma che si configurano di per sé come autonomi argomenti.

La doppia imputazione della titolarità del servizio può essere superata indipendentemente dalla personalità giuridica

<sup>15</sup> Art. 23, comma II, l. n. 142 del 1990.

ritenendo gli enti deputati ad erogare il servizio pubblico come organi dell'ente territoriale (comune o provincia), poiché da tempo si è chiarito che organi di un ente pubblico possono essere anche persone giuridiche<sup>16</sup> ed *a fortiori* le organizzazioni che non assurgono a tale soggettività.

Gli organi (per così dire di primo grado) "dell'ente-organo" divengono, attraverso l'organizzazione (di secondo grado) della pubblica amministrazione, organi del comune e della provincia, con competenza circoscritta all'attività di erogazione dei servizi pubblici.

La titolarità del servizio pubblico troverebbe in tal caso imputazione nell'ente territoriale e la relativa gestione diverrebbe di competenza dell'ente-organo istituzione, azienda speciale, o società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

La seconda soluzione, non incompatibile con la prima, è di minore eleganza teorica, ma accondiscende maggiormente alla lettera dell'art. 22, comma III, cit., poiché constata l'esistenza di diverse accezioni della parola gestione e mira ad individuare quella prescelta dal legislatore.

Con la parola gestione, seppure impropriamente, si può indicare anche il controllo di una determinata persona giuri-

<sup>16</sup> Santi ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Organi*, 1947, poi rist. (a cura di A. Romano), Milano, Giuffrè, 1983, 161, ove si chiarisce che «Quel che conta per la qualità di organi non è la personalità, ma l'idoneità fisica e psichica di volere agire». «Per l'ipotesi poi che un ente abbia come organi, non individui, ma persone giuridiche, è da notarsi che idoneità analoga a quella testè rilevata per gli individui possono avere le persone giuridiche per mezzo dei loro organi particolari, nel qual caso la capacità di agire che in virtù di esse ha l'ente di cui sono organi si acquista in conseguenza di una duplice organizzazione: quella della persona giuridica — organo di primo grado, se così può dirsi —, e in seguito, cioè in secondo grado, quella dell'ente di cui la prima è organo».

dica e conseguentemente l'attività da questa compiuta (gestione in senso proprio).

L'interpretazione troverebbe conforto in altra parte della lettera del legislatore ove si contraddistingue la gestione del servizio pubblico con la locuzione («a mezzo di») per l'istituzione, l'azienda speciale e la società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

Il legislatore con l'enunciato «possono gestire i servizi pubblici... a mezzo di» pare infatti indicare espressamente per tali casi ciò che più propriamente può essere denominata "attività di controllo della gestione di un servizio pubblico" di cui è titolare l'ente territoriale.

Non è dubbio infatti che la disciplina stabilita dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali, nonostante alcune diversità<sup>17</sup>, pone norme comuni sia all'azienda, sia all'istituzione<sup>18</sup>, che caratterizzano il controllo dell'ente territoriale in modo non molto dissimile a quello previsto dalla disciplina per le società per azioni e relativa al controllo di una persona giuridica da parte di una altra<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> In particolare si veda nell'art. 23, la potestà statutaria, la disciplina relativa all'organo di revisione contabile, alla personalità giuridica e al carattere dell'attività (imprenditoriale o no).

<sup>18</sup> Le modalità di nomina e revoca degli amministratori sono stabilite dallo statuto dell'ente locale (art. 23 comma III, cit.), ad entrambi l'ente locale conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali, esercita la vigilanza, verifica i risultati della gestione, provvede alla copertura degli eventuali costi sociali (art. 23, comma VI, cit.).

<sup>19</sup> Si vedano nel senso dell'equiparazione le recenti leggi di riforma: l. 30 luglio 1990, n. 218 sugli enti pubblici di credito; d. l. 11 luglio 1992, n. 333, conv. in l. 8 agosto 1992, n. 359, sulla trasformazione in s. p. a. degli enti pubblici economici; l. 10 ottobre 1990, n. 287, *antitrust*; l. 6 agosto 1990, n. 223 sui limiti di concentrazione della stampa e radiotelevisione.

L'art. 2359 del codice civile prevede che sono considerate società controllate:

1) le società in cui un'altra società in virtù delle azioni o quote possedute dispone della maggioranza richiesta per le deliberazioni dell'assemblea ordinaria;

2) le società che sono sotto l'influenza dominante di un'altra società in virtù delle azioni o quote da questa possedute o di particolari vincoli contrattuali con essa;

3) le società controllate da un'altra società mediante le azioni o quote possedute da società controllate da questa».

Il concetto di «influenza dominante» utilizzato dall'art. 2359, comma I, n. 2, è stato ripreso dalla normativa comunitaria al fine di definire l'ambito di applicazione dell'art. 90 pr. I, del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (reso esecutivo con l. 14 ottobre 1957, n. 1203, integrato dall'Atto unico europeo recepito nel nostro ordinamento con l. 23 dicembre 1986, n. 909).

In particolare la direttiva della Commissione C.E.E. del 25 giugno 1980, n. 80/723 (modificata in parte dalla successiva direttiva della commissione C.E.E. 24 luglio 1985, n. 85/413), ha precisato all'art. 2 che sono «poteri pubblici lo Stato e gli altri enti territoriali», mentre è *impresa pubblica* «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, una influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria, o della normativa che la disciplina».

L'art. 2 stesso precisa che tale «influenza dominante» è presunta quando i poteri pubblici, direttamente o indirettamente: «a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa, oppure b) dispongono della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa, ovvero c) possano designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

È di interesse notare che la definizione di controllo di cui all'art. 2359 cod. civ. abbia non pochi punti di convergenza con la normativa comunitaria che disciplina l'influenza degli enti territoriali sulle organizzazioni d'impresa pubblica.

La constatazione lascia impregiudicata l'interessante questione teorica se nella classificazione degli enti pubblici, utile per il nostro ordinamento, si debba d'ora in poi includere le imprese pubbliche che rientrano nell'ampia definizione stabilita dall'ordinamento comunitario, con la conseguenza di dovere ritenere ente pubblico qualsiasi persona giuridica sottoposta all'influenza dominante di un ente pubblico territoriale, indipendentemente dalla forma giuridica del primo, cioè sia esso costituito in conformità alla disciplina di diritto pubblico, o di diritto privato<sup>20</sup>.

È sufficiente ora avere chiarito che secondo l'indicata disciplina comunitaria una determinata *attività* (impresa) è considerata pubblica qualora il controllo della stessa sia attuato dagli enti pubblici territoriali secondo linee presuntive dettate dalla normativa stessa.

L'art. 2359, comma I, n. 2, laddove si riferisce all'influenza dominante, prospetta due ipotesi alternative: «in virtù delle azioni o quote possedute», ovvero «di particolari vincoli contrattuali», ove la direttiva della Commissione C.E.E. n. 80/723, cit., introduce una tripartizione («ragioni di proprietà, o di partecipazione finanziaria, o della normativa che la disciplina»), che rivela una normativa più analitica, che segna un'evoluzione e non contraddice la disciplina nazionale.

<sup>20</sup> Cfr. G. Rossi, *Gli enti pubblici*, cit., 181 e 103 spec. nt. 193, ove si riferisce la giurisprudenza che considera pubblico l'ente controllato dall'autorità amministrativa. D. SORACE, *L'ente pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale*, relazione al Convegno di studi *Ente pubblico ed enti pubblici*, (Firenze 25-26 ottobre 1991) cit., sp. 21 del testo distribuito al Convegno (poi in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1992, 357 e s).

L'attività svolta da aziende, istituzioni e società per azioni a prevalente capitale pubblico locale sono alla stregua della normativa comunitaria sotto il controllo dominante di comuni e province.

Anche l'impresa concessionaria di un servizio pubblico può essere considerata sotto l'«influenza dominante» del comune, o della provincia, in virtù dei «particolari vincoli contrattuali» (art. 2359, comma I, n. 2), ovvero in ragione della disciplina che ne regola l'attività (art. 2, direttiva Commissione C.E.E. n. 80/723, cit.).

Un'attenta lettura delle norme comunitarie può consentire di affermare che il verbo «gestire», utilizzato dall'art. 22, comma III, cit., significa in verità controllo, non tanto delle organizzazioni che provvedono alla produzione e distribuzione del servizio pubblico, ma più propriamente dell'attività di erogazione del servizio stesso, anche in forza di un determinato assetto proprietario, o delle discipline (o dei particolari vincoli contrattuali) che delimitano lo svolgimento della relativa attività.

La soluzione, si è detto, non è in contrasto con la disciplina posta dal codice civile per il nostro ordinamento.

La direttiva della Commissione C.E.E. n. 80/723 definisce impresa pubblica ogni «impresa nei confronti della quale i poteri pubblici hanno un'influenza dominante» e nel nostro ordinamento, anche per gli enti pubblici<sup>21</sup>, la parola impresa indica a rigore un'attività (cfr. art. 2082 cod. civ.) anche se talvolta la stessa denominazione si vede utilizzata impropriamente<sup>22</sup> per indicare una persona giuridica pubblica.

Il controllo (influenza dominante) è relativo all'attività (servizio pubblico) reso possibile in forza di una disciplina

<sup>21</sup> In tal senso si veda l'art. 2093, comma II, cod. civ. il quale stabilisce che agli enti pubblici non inquadrati si applicano le disposizioni del libro V, limitatamente alle imprese da essi esercitate.

<sup>22</sup> Soprattutto con riferimento agli enti pubblici.

particolare di essa, ovvero indirettamente attraverso il controllo (maggioranza delle azioni, degli amministratori, ecc.) della struttura prescelta per l'erogazione del servizio.

L'equivoco si è detto sorge soprattutto in considerazione del significato polisenso che normalmente è attribuito alla parola impresa pubblica, ma chiarito che il riferimento è all'attività pare più agevole comprendere perché l'art. 22, comma III, cit., accomuni nella locuzione «gestione dei servizi pubblici» cinque forme affatto diverse.

La legge considera unitariamente sia organizzazioni dotate di personalità giuridica, sia altre che sono riconosciute come semplice centro autonomo di amministrazione (istituzione), sia ipotesi (concessionario) in cui l'influenza dominante (controllo) dell'ente territoriale prescinde da ogni titolarità "dell'assetto proprietario" (di quote azioni, ecc.), o dalla disponibilità dei poteri normalmente ad esso relativi (maggioranza dei voti in assemblea), con diretto riferimento invece all'attività di erogazione del servizio, che è soggetta ad una particolare disciplina pubblica.

In tutti i casi l'elemento comune della gestione del servizio pubblico di cui all'art. 22, cit., è infatti il controllo, cioè quell'influenza dominante sopra indicata sull'erogazione del servizio pubblico da parte di comuni e province, che è sempre presente seppure in ragione delle diverse «forme» (discipline) richiamate con note denominazioni giuridiche.

L'ente pubblico territoriale è titolare del servizio pubblico (art. 22, comma I) e l'ordinamento attribuisce ad esso poteri di controllo che gli consentono, seppure secondo un'accezione impropria, di «gestire» la relativa attività secondo le forme indicate dall'art. 22, comma III.

Le «forme» stesse invece, quantomeno ove si distinguano dall'ente territoriale con una propria personalità (concessionario, azienda speciale, società per azioni a prevalente capitale pubblico locale), sono titolari degli atti di erogazione del servizio pubblico, nel senso che essi sono il centro di im-

putazione dei rapporti giuridici che scaturiscono da quel complesso di atti che definisce l'attività (impresa) di erogazione del servizio pubblico.

In tal senso è possibile concludere che sempre, per tutte le cinque forme indicate all'art. 22, comma III, cit. (gestione diretta, concessione a terzi, istituzione, azienda speciale, società per azioni a prevalente capitale pubblico locale), il servizio pubblico è sotto il controllo di comuni o province, anche se in taluni casi l'attività di erogazione è attribuita a terzi.

La conclusione cui si è pervenuti consente di interpretare la delimitazione alle cinque forme di gestione imposta dall'art. 22, comma III, cit., come scelta del legislatore a favore di un determinato tipo di controllo sull'erogazione del servizio pubblico attribuito alla titolarità di comuni e province.

Non qualsiasi «influenza dominante» di comuni e province concretizza il controllo dell'erogazione del servizio pubblico, ma unicamente quella che si manifesti in una delle cinque forme indicate all'art. 22, comma III, cit.

Il legislatore ha in tal modo istituito un'identità tra definizione del controllo sui servizi pubblici da parte di comuni e province e la tipicità delle forme di erogazione dello stesso, con la conseguenza che non è possibile parlare di «gestione» di servizio pubblico locale da parte di comuni e province, ove l'erogazione dello stesso avvenga in forme differenti da quelle indicate.

La soluzione consente di individuare partecipazioni «non di gestione» di comuni e province ad attività di erogazione di servizi pubblici in forme diverse da quelle sinora indicate, riconducendo sotto altra disciplina le ipotesi non contemplate dall'art. 22 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Comuni e province possono assumere partecipazioni non di gestione in società che erogano servizi pubblici (na-

zionali o locali) e in genere partecipare a forme diverse da quelle previste all'art. 22 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, ma tali casi non potranno definirsi gestione da parte di comuni e province di servizi pubblici, con evidenti conseguenze (negative) in ordine ai finanziamenti che gli stessi potrebbero pretendere dallo Stato e dalla Regioni<sup>23</sup>.

Comuni e province possono dunque disporre l'assunzione di un servizio pubblico e controllarne la successiva erogazione, attraverso le forme indicate all'art. 22, ed in tal senso pare corretto affermare che l'articolo stesso è anzitutto disciplina di organizzazione dei servizi pubblici locali<sup>24</sup>, secondo una linea di continuità logica che correla, e perciò limita, le scelte dell'ente locale di assunzione di un servizio pubblico e del suo controllo attraverso i relativi mezzi di gestione.

L'interpretazione, si è detto, non esclude tuttavia che un intervento di comuni e province nell'erogazione di servizi possa configurare altra qualificazione diversa da quella di una "gestione di un servizio pubblico"<sup>25</sup>, poiché ciò che ap-

<sup>23</sup> L'impossibilità di definire tali forme come gestione-controllo del servizio pubblico impedisce la relativa imputazione all'ente territoriale, sicché fuori dalle forme indicate dall'art. 22, comma III, non può affermarsi la titolarità («competenza» nella lettera dell'art. 54, comma VIII, della l. n. 142 del 1990) di comuni e province di un determinato servizio pubblico, con conseguente negazione del peso finanziario dello Stato e delle Regioni a sostegno di tali attività di comuni e province, ai sensi dell'art. 54, comma VIII, cit.

<sup>24</sup> Cfr. M. CAMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni*, 1992, 10 e s.; G. CAIA, *Assunzione e gestione di servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 16 e s.; ID., *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, relazione al Convegno organizzato dall'Istituto giuridico italiano (I. G. I.) e dall'ordine degli avvocati e procuratori di Verona (Verona, 12-13 aprile 1991) sull'applicazione della l. 8 giugno 1990, n. 142, poi in *Foro amm.*, 1991, 3171.

<sup>25</sup> Come si avrà modo di vedere tale ipotesi è configurata dalla du-

pare insuperabile nella definizione dell'art. 22, cit., sono le forme di gestione, cioè anzitutto le forme in presenza delle quali la legge riconosce esistente un controllo istituzionale di comuni e province sull'erogazione di un servizio pubblico.

Si è detto che la definizione di «gestione» indicata dall'art. 22, comma III, con le cinque forme di erogazione, è definizione generale ed astratta che si risolve in una identità: si ha controllo da parte di comuni e province nei soli casi in cui si abbia erogazione di un servizio nelle forme indicate all'art. 22, e di converso ogni erogazione di servizio pubblico nelle forme indicate nell'art. 22 è per il legislatore sotto il controllo di comuni e province.

Si è detto inoltre che nessuna altra possibilità di verifica in concreto di un controllo di fatto della «influenza dominante» consente di legittimare altre forme di «gestione» del servizio pubblico da parte di comuni e province, poiché l'art. 22 definisce in via generale astratta le uniche forme ammissibili di controllo di comuni e province sui servizi pubblici (attività) di cui sono titolari.

La soluzione trova il proprio fondamento e il proprio limite di definizione nella natura giuridica delle norme che disciplinano le forme di controllo e al tempo stesso di erogazione di un servizio pubblico di comuni e province.

Nell'art. 22 e s. della legge sull'ordinamento delle autonomie locali sono comprese due tipi di norme: quelle che prevedono «soggettività speciali» (ad es. azienda) che si distinguono dalle altre che delimitano unicamente le forme di gestione di un servizio pubblico da parte di comuni e province.

L'azienda speciale, non meno dell'istituzione, sono organizzazioni che la legge ha previsto non certo per consentire a chiunque di svolgere qualsiasi attività, analogamente ai

plice negazione della definizione sopra indicata: gestione di un servizio non pubblico, non gestione di un servizio pubblico.

consorzi che l'art. 25 della legge prevede solo per la cogestione di comuni e province di uno o più servizi pubblici.

Problemi sorgono invece per le società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, poiché occorre chiarire se la disposizione stessa pervenga a configurare una vera e propria società speciale che si distingue da quella indicata all'art. 2325 e seguenti del codice civile<sup>26</sup>.

Il punto è di interesse poiché, al di là di ogni considerazione in ordine all'estensione della disciplina del codice civile sulle società per azioni, o di una loro applicazione solo in via analogica, permane da comprendere anzitutto se il limite dettato dalla prevalenza del capitale pubblico locale (art. 22, comma II, lett. e) sia una vera e propria condizione di acquisto e di perdita della personalità giuridica della società per azioni, al pari di quanto è previsto agli artt. 2328 e s. del codice civile, ovvero semplice definizione delle legittime forme attraverso le quali comuni e province possono pervenire alla «gestione» di un servizio pubblico.

Sul punto si avrà modo di tornare diffusamente, senonché limitatamente alla nozione di «gestione» del servizio pubblico di comuni e province, è ora possibile affermare che l'art. 22, comma III, lett. e (s.p.a. pubblica) non perviene a derogare le norme che definiscono il tipo di soggetto giuridico nel nostro ordinamento.

Più in generale i limiti indicati all'art. 22, comma III, cit., ad eccezione dell'azienda<sup>27</sup>, non pervengono a definire

<sup>26</sup> Per tutti in generale si vedano: G. VISENTINI, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, Longanesi & C., 1979; P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, Cedam, 1974; G. FERRI, *Delle società. Disposizioni generali. Le società semplici*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, *Libro V, Del Lavoro* (art. 2247-2324), Foro italiano-Zanichelli, Roma-Bologna, 1981, 100 e s.;

<sup>27</sup> E dell'istituzione per chi accolga la teoria della soggettività che si distingue dalla personalità giuridica.

nuovi soggetti giuridici, ma paiono piuttosto individuazione in via generale e astratta delle forme che assicurano il controllo dei comuni e province sull'erogazione dei servizi pubblici di cui gli è stata riconosciuta la titolarità.

Tali forme di controllo, o se si preferisce di gestione, sono una garanzia legislativa (mezzi giuridici) per comuni e province di poter provvedere alla soddisfazione dell'interesse pubblico che hanno inteso perseguire con l'atto di assunzione del servizio stesso<sup>28</sup>.

Da ciò il corollario che le deliberazioni dell'ente pubblico locale che pervengono a costituire una società per azioni senza prevalente capitale pubblico locale si risolvono in una violazione delle indicate norme sul corretto esercizio dell'azione amministrativa, ma di per sé non determinano un'inosservanza delle disposizioni poste dalla legge (codice civile) per la costituzione della società per azioni ed il conseguente acquisto della personalità giuridica (norme di relazione)<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Il controllo segna la persistenza ad un tempo di poteri e responsabilità amministrative di comuni e province nella concreta gestione dei servizi pubblici ad essi attribuiti, escludendo sin dalle premesse ogni possibilità di affermare a tal fine lo schermo della personalità giuridica del «gestore», o più in generale della sua altruità.

<sup>29</sup> Altra e diversa questione è quali vicende giuridiche conseguano ad un eventuale annullamento ad opera del giudice amministrativo, o di autorità amministrative (ad es. annullamento governativo ai sensi del tut'ora vigente art. 6 del r.d. 3 marzo 1934, n. 383) con riferimento all'affidamento dei terzi per le obbligazioni contratte nel periodo che è intercorso tra la deliberazione di costituzione e l'annullamento. Come è noto infatti l'annullamento esplica efficacia retroattiva e nel caso di soli due soci, uno dei quali ha emanato l'atto poi annullato, diviene applicabile l'art. 2332, n. 1 del cod. civ., secondo il quale, avvenuta l'iscrizione nel registro delle imprese, la nullità della società può essere pronunciata per mancanza dell'atto costitutivo, ovvero l'art. 2436 cod. civ. ove si ritenga che l'annullamento della deliberazione di partecipazione di uno fra più soci, pur mantenendo la pluralità dei soci stessi, importi modificazione

Analoghe considerazioni valgono nei confronti di quelle norme dell'art. 22, comma III, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, che stabiliscono criteri di scelta per ogni forma determinata di erogazione del servizio pubblico locale<sup>30</sup> e fra queste non costituisce eccezione la richiesta "opportunità" di una partecipazione di «altri enti pubblici, o privati», alla costituzione di una società per azioni da parte di comuni e province<sup>31</sup>.

La deliberazione dell'ente territoriale di partecipazione al procedimento di costituzione di una società per azioni in assenza di una partecipazione privata, o «di altri soggetti pubblici», configura pur sempre un'illegittimità per contrasto con le norme che disciplinano il corretto esercizio dell'attività di gestione del servizio pubblico, senza involgere alcuna violazione delle norme di legge che disciplinano la costituzione della relativa persona giuridica.

Le disposizioni poste dall'art. 22, cit., che definiscono le

dell'atto costitutivo, ovvero dell'art. 2344 cod. civ. ove si ritenga che l'eventuale pagamento delle quote da parte di comune e provincia sia *sine titulo*, con conseguente diritto-dovere di ripetizione da parte di quest'ultimi e successivo potere degli amministratori della società di vendita delle azioni, ovvero di dichiarazioni di decadenza del socio e, in mancanza di «rimessa in circolazione delle azioni», con conseguente dovere di estinzione delle azioni e corrispondente riduzione del capitale. Cfr. G. CORTINO, *Diritto commerciale*, vol. I, Padova, Cedam, 1976, 567-569.

<sup>30</sup> Art. 22, comma III: «quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire un'azienda o un'istituzione» (gestione in economia, lett. a); «quando sussistono ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale» (concessione a terzi, lett. b); «anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale» (azienda speciale lett. c); «per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale» (istituzione, lett. d); «qualora si renda opportuna, in relazione alla natura del servizio da erogare, la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati» (società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, lett. e).

<sup>31</sup> Art. 22, comma III, lett. e).

forme di controllo e i criteri di preferenza fra le stesse, sono vere e proprie "norme di azione" che disciplinano l'assunzione e la conseguente gestione del servizio pubblico da parte di comuni e province<sup>32</sup>.

L'interpretazione proposta attribuisce un significato precettivo ai criteri di preferenza posti per ogni singola forma di gestione del servizio pubblico locale, perché principi e criteri direttivi sono la tradizionale tecnica normativa con la quale il legislatore perviene a favorire il sindacato di legittimità per vizio di eccesso di potere.

La vicenda è troppo nota per doverne qui riferire ed ha trovato la sua maggiore esplicitazione nel campo delle riserve relative di legge la cui soddisfazione è dalla Corte costituzionale ritenuta possibile attraverso l'indicazione di principi, o criteri direttivi, idonei a consentire la sindacabilità dell'esercizio di un potere pubblico<sup>33</sup>.

Principi e criteri direttivi ove non ricondotti entro l'operatività del vizio di eccesso di potere paiono, per l'enunciazione generica della formulazione, insufficienti a dettare una disciplina idonea a congruamente delimitare l'esercizio

<sup>32</sup> Sulla distinzione fra norme di relazione e norme di azione si veda E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, Cedam, 1957, 7 e s. 19 e s., ma *passim*; A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, Milano, Giuffrè, 1975, 153 e s.; ID., *Interesse legittimo e ordinamento amministrativo*, in *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Milano, Giuffrè, 1983, 195 e s., 203 e *passim*; ID., *La situazione legittimante al processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 511 e s.; cfr. M. S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 e s., 1964, 12 e s., ma spec. 231-238; nonché F. G. SCOCA, *Riflessioni sul criterio di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 549 e s.

<sup>33</sup> Per riferimenti si consenta di rinviare allo scritto: *L'art. 113 Costituzione fra riserva di legge e riserva di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, 517 e s.

di un potere pubblico<sup>34</sup> e forse anche per tale ragione si è ritenuto che gli enunciati indicati all'art. 22, comma III, cit., non sappiano fondare una vera e propria delimitazione dei campi di applicazione delle diverse forme di gestione del servizio pubblico<sup>35</sup>.

A diversa conclusione è invece possibile pervenire ove si ritenga che tali criteri siano il "puntello" legislativo per l'operatività del vizio di eccesso di potere, il quale consente, in ragione delle scelte che in concreto intende operare la pubblica amministrazione, un penetrante sindacato di logicità sulle opzioni in concreto prescelte per l'erogazione di un servizio pubblico.

Proprio la natura giuridica delle norme dell'art. 22, comma III, cit., che disciplinano l'esercizio del potere di assunzione e il conseguente controllo del servizio pubblico locale, consente di concludere l'analisi sull'inderogabilità delle norme stesse da parte di comuni e province che intendano erogare servizi pubblici.

L'asserita «tipicità» dell'azione amministrativa, normalmente affermata con riferimento all'esercizio delle funzioni, può trovare nell'articolo 22, cit., ove intesa in senso lato, il fondamento giuridico anche per ciò che attiene alla gestione dei servizi pubblici locali attribuiti alla titolarità di comuni e province.

È noto che uno dei casi di «restrizione» dei vincoli imposti dalla legalità alla conseguente tipicità dell'azione della pubblica amministrazione è dato dalle norme che prevedono

<sup>34</sup> Si veda la nota che precede.

<sup>35</sup> Per scarsa attendibilità degli enunciati legislativi: M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Atti del Convegno Ente pubblico e enti pubblici*, (Firenze 25-26 ottobre 1991), poi in *Le Regioni*, 1992, 16 e 30; pare contrario: G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure e caratteristiche*, in *Foro amm.*, 1991, 3167 e s., spec. 3170.

poteri di ordinanza di necessità e urgenza in capo agli organi della pubblica amministrazione, fra i quali in sede locale si annoverano il sindaco, il presidente della giunta regionale (per la materia sanitaria) ed in via sostitutiva, ovvero generale, il prefetto<sup>36</sup>.

L'affermata natura di norme di azione apre un'importante eccezione alla «tipicità» delle forme di «gestione» dei servizi pubblici locali e determina la possibilità di derogare l'intero comma III, dell'art. 22 cit., in situazioni di necessità e urgenza tali da legittimare l'esercizio del relativo potere di ordinanza.

Per tali casi infatti qualsiasi forma giuridica prevista dall'ordinamento ed utile al perseguimento dello scopo di interesse pubblico diviene possibile forma di gestione di un servizio pubblico da parte di comuni e province, ove disposta con ordinanza di necessità e urgenza in forza dell'efficacia «derogatoria» espressa dalla norma di legge attributiva del relativo potere.

A tale risultato è possibile pervenire ove si ritenga, come appare preferibile, che la norma attributiva del potere di ordinanza consenta di derogare alle disposizioni di legge, o di regolamento, che definiscono qualsiasi esercizio di un potere pubblico, ivi compreso quello volto alla scelta della forma di organizzazione da destinare all'erogazione di un servizio pubblico<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Il Sindaco ai sensi dell'art. 38 della legge n. 142 del 1990, cit.; il prefetto ai sensi dell'art. 19 (competenza generale, ma residuale), e 20 (competenza sostitutiva), del r.d. 3 marzo 1934, n. 383, mantenuti espressamente in vigore dall'art. 64 della l. n. 142 del 1990, cit.; il presidente della giunta regionale ai sensi dell'art. 32 della l. n. 833 del 1978, cit. di riforma sanitaria.

<sup>37</sup> In tal senso M. S. GIANNINI, *Possibilità di istituire enti pubblici mediante esercizio di poteri di ordinanza*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1950, III, 576 il quale limita la potestà derogatoria del potere di ordinanza alla sola impossibilità di istituire nuovi enti pubblici non già previsti dalla

L'oggetto delle norme di cui al comma III dell'art. 22, cit., sono la disciplina del potere pubblico di assunzione e di scelta delle forme di gestione e ancora prima le stesse sono definizione delle forme di controllo dell'erogazione del servizio da parte di comuni e province.

Ad esse sono normalmente estranee sia la disciplina di definizione delle soggettività utili alla erogazione del servizio, sia la disciplina della vera e propria attività di erogazione del servizio pubblico da parte dei soggetti indicati al comma III dell'art. 22, la quale va ritrovata, a seconda della forma prescelta, nelle disposizioni poste dalle leggi di diritto pubblico, o di diritto privato, per ciascuna di esse.

2. *I servizi pubblici erogati in regime di monopolio e l'art. 43 Costituzione. Le forme di gestione dei servizi in regime di monopolio e le comunità di lavoratori e di utenti.*

L'analisi dell'articolo 22, della legge di riforma delle autonomie locali, è stata sinora condotta senza precisare se la stessa si riferisce anche ai servizi pubblici erogati da comuni e province in regime di monopolio.

L'ipotesi è disciplinata dall'art. 22, comma II, della legge e il significato che ad essa è stato sinora attribuito non si discosta molto dal suo tenore testuale («i servizi riservati in via esclusiva ai comuni e province sono stabiliti dalla legge»), cioè ci si limita a constatare un rinvio ad altra determinazione legislativa.

Alcuni hanno cercato di comprendere se, in attesa di una nuova legge, l'elencazione di cui all'art. 1 del t. u. delle leggi sulle «municipalizzate» costituisca la vigente determina-

legge; per ulteriori riferimenti si consenta di rinviare al nostro lavoro *Potere di ordinanza e principio di legalità*, Milano, Giuffrè, 1990, sp. 378, 397.

zione legislativa dei servizi pubblici riservati agli enti locali territoriali.

Tali interpretazioni, nella loro apparente semplicità, risolvono tuttavia implicitamente alcuni problemi teorici di particolare interesse.

Senza dubbio alcuno infatti si afferma che la norma ha ad oggetto i servizi in regime di monopolio che la legge statale deve attribuire in esclusiva ai comuni e alle province, ma ciò che è presentato come semplice conseguenza della lettera dell'art. 22, comma II, cit., è in verità già interpretazione che opera una scelta e su cui pare necessario soffermare l'attenzione.

Al contrario di quanto è comunemente affermato pare possibile procedere alla interpretazione di quanto stabilito dall'art. 22, comma II, senza attendere l'approvazione di altre disposizioni legislative.

Nessun dubbio è sorto in ordine all'individuazione del significato della locuzione «riserva in via esclusiva», posta dall'art. 22 comma II, poiché si è in esso ritrovato il riferimento al regime giuridico del monopolio legale.

La riserva a comuni e province di determinate attività (servizi) ricade sotto la previsione costituzionale dell'art. 43 che disciplina la così detta avocazione pubblica di «determinate imprese o categorie di imprese»<sup>38</sup>.

Il richiamo all'art. 43 della Costituzione apre tuttavia non pochi problemi, per l'individuazione ivi contenuta dei poteri pubblici («riserva originaria», o trasferimento «mediante espropriazione e salvo indennizzo»), dell'oggetto di questi («imprese o categorie di imprese che si riferiscano a

<sup>38</sup> Contro la possibilità di una riserva pubblica in materia di assistenza art. 38, u. c., su cui: Corte cost., 7 aprile 1988, n. 396, che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, l. 17 luglio 1890, n. 6972, cui è seguito il d.p.c.m. 16 febbraio 1990 (in G.U. 23 febbraio 1990, serie generale, n. 45), nonché in materia di istruzione art. 33, comma III.

servizi pubblici essenziali, fonti di energia, o situazioni di monopolio) e dei beneficiari (Stato, o enti pubblici, o comunità di lavoratori o di utenti)

Quanto al primo la previsione costituzionale individua due poteri pubblici alternativi, entrambi utili a conseguire lo scopo dell'«esclusiva ai comuni e alle province» (art. 22, comma II): la riserva originaria, o il trasferimento mediante espropriazione e salvo indennizzo.

L'eventuale determinazione legislativa di riservare un determinato servizio (impresa) ai comuni e alle province, precedentemente non esercitato dagli stessi in regime di monopolio, importa necessariamente l'inizio di una procedura d'esproprio, con conseguente pagamento di un congruo indennizzo, nei confronti di quelle imprese che abbiano svolto professionalmente un'attività economica organizzata volta alla produzione di beni e servizi (imprese).

Si tratterà invece di riserva originaria ogni qual volta la determinazione si riferisca a settori in cui mancano attività economiche (imprese) ai sensi dell'art. 2082 cod. civ., diverse da quelle di cui sia titolare l'ente territoriale beneficiario della disciplina di favore.

L'art. 43 Costituzione definisce inoltre il possibile oggetto<sup>39</sup> della riserva originaria, o del trasferimento mediante

<sup>39</sup> Cfr. F. GALGANO, *Rapporti economici, art. 43*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1982, 195 e s.; S. CASSESE, *Legge di riserva e art. 43 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1960, 1356; A. PREDIERI, voce *Collettivizzazione*, dell'*Enciclopedia del diritto*, 1960, 422 e s.; ID., *Pianificazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1963; G. MIELE, *In tema di costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Il diritto dell'economia*, 1958, 1133; V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Attività economica privata e potere amministrativo*, Napoli, Morano, 1962; ID., *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, Jovene, 1959; P. BARILE, *Il soggetto privato nella costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1953; V. OTTAVIANO, voce *Impresa pubblica* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XX, 671 e s.; F. ROVERSI MONACO, *L'atti-*

espropriazione, con delimitazione precettiva variamente articolata.

Il riferimento all'art. 43 Costituzione delimita l'ambito di operatività dell'art. 22, comma II, poiché la riserva (esclusiva) a comuni e province in applicazione del disposto costituzionale è circoscritta anzitutto ad attività che abbiano il carattere d'impresa, che la stessa sia di preminente interesse generale e che alternativamente si riferiscano a: servizi pubblici essenziali, fonti di energia, o situazioni di monopolio.

La delimitazione all'impresa pare escludere la possibilità di riservare in esclusiva a comuni e province attività a carattere non imprenditoriale, quella stessa attività che ai sensi dell'art. 22, comma III, comuni e province possono gestire a mezzo di istituzione<sup>40</sup>.

L'attività deve essere di preminente interesse generale: cioè rivestire un carattere ulteriore che non si identifica con l'interesse pubblico all'assunzione del servizio, poiché il requisito è letteralmente richiesto dall'art. 43 Cost. anche per le imprese che abbiano ad oggetto servizi pubblici essenziali.

Infine le attività che possono essere attribuite dalla legge in esclusiva a comuni e province sono delimitate attraverso una tripartizione non omogenea, poiché contiene una definizione specifica e due di più ampio respiro, sulle quali è necessario soffermarsi.

La prima definisce l'oggetto della riserva con riferimento alle imprese che attengono a fonti di energia, mentre le se-

*vità economica pubblica*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, vol. I, Padova, Cedam, 1977; M. S. GIANNINI, *Il diritto pubblico dell'economia*, Bologna, Il Mulino, III ed., 1989; F. LEVI, *Imprese pubbliche e servizi pubblici essenziali tra l'art. 23 e 43 Costituzione*, in *Studi sull'amministrazione regionale e locale*, Torino, Giappichelli, 198(?), 177 e s.

<sup>40</sup> Cui potrebbero soccorrere inoltre le garanzie costituzionali offerte dall'art. 38, u. c., e 33, c. III, Cost.

conde circoscrivono l'«esclusiva» di comuni e province ai servizi pubblici essenziali, o alle attività esercitate in regime di monopolio.

Tutte delimitano la definizione dell'oggetto possibile di un servizio pubblico riservato in esclusiva a comuni e province, ma particolare interesse assume il riferimento alle attività esercitate in regime di monopolio.

La Corte costituzionale ha da tempo chiarito che al monopolio va equiparato l'oligopolio e ad una situazione di esclusiva su scala nazionale equivale quella circoscritta ad un determinato territorio locale<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Corte cost. n. 59/1960. La questione è stata ripresa, seppure in diversa guisa con le sentenze che si sono occupate del monopolio radiotelevisivo, la vicenda scaturisce con le sentenze Corte cost., 10 luglio 1974, n. 225, 226, 227, 228, per giungere alla più recente Corte cost. 14 luglio 1988, n. 826 (vertenza Rai c. Canale 5); Corte cost., 2 marzo 1990, n. 102. Infine: Corte cost., ord., 10 ottobre 1990, n. 438; Corte cost., ord. 10 luglio 1991, n. 329; che restituiscono al giudice *a quo* la questione affinché sia riesaminata in ragione della l. 6 agosto 1990, n. 223. Da ultimo si veda Corte di Giustizia C.E.E., sentenza 18 giugno 1991, causa C-260/89, su cui M. RAMAJOLI, *La prestazione televisiva innanzi alla Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1992, 441; G. RAO, *Informatica, banche dei dati...*, cit., 475 e s.; A. PACE, *La radiodiffusione in Italia con particolare riguardo all'emittenza privata*, in *Dir. radiodiffusioni*, 1987, 453 e s.; E. ROPPO, *Il servizio radiotelevisivo tra giudici, legislatore e sistema politico*, in *Giur. cost.*, 1988, 3945; R. LANZILLO, *Le indicazioni della Corte costituzionale circa il futuro assetto dell'emittenza radiotelevisiva*, in *Dir. dell'informazione ed informatica*, 1989, 11 e s.; T. PADOVANI, *Un «provvisorio» giudizio di legittimità costituzionale per l'assetto «provvisorio» delle emittenti radiotelevisive private*, in *Legisl. pen.*, 1989, 102. Per le più recenti evoluzioni: *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, a cura di E. Roppo e R. Zaccaria, Milano, Giuffrè, 1991; L. SARAZANI, *La nuova legge di disciplina della emittenza pubblica*, in *Dir. d'autore*, 1991, 60 e s.; M. DOGLIOTTI, *Il far west è finito? Dalle sentenze della corte costituzionale alla nuova disciplina del sistema radiotelevisivo*, in *Giust. civ.*, 1991, II 337; P. RESCIGNO, *Concessionari del servizio radiotelevisivo edizioni musicali e contratti imposti*, in *Dir. informazione e infor-*

L'interpretazione indicata che collega l'art. 22 della l. n. 142 del 1990 all'art. 43 Cost., non pare in sé contraddittoria, poiché dal monopolio di fatto di determinate imprese (art. 43) la legge prevede la possibilità di pervenire ad un monopolio legale a favore di comuni e province (art. 22), ma la vicenda lascia aperte direzioni interpretative ulteriori che non sono di univoco segno<sup>42</sup>.

La legge statale in attuazione dell'art. 43 Cost. potrebbe infatti prevedere che l'attribuzione di un'esclusiva a comuni e province sia circoscritta ad un determinato periodo di tempo, ovvero imponga agli enti locali beneficiari la forma della «gestione» in concessione, offrendo così in entrambi i casi il potere di esproprio come mezzo per l'attuazione della normativa comunitaria sulla libera concorrenza di cui all'art. 85 e s. del Trattato istitutivo C.E.E.

Gli enti territoriali minori si vedrebbero in tal guisa attribuita la titolarità della gestione di un servizio pubblico al fine di restituire al settore la vitalità di un mercato di imprese prima inesistente, con i conseguenti benefici per gli utenti che la concorrenza dovrebbe assicurare quanto meno nel breve periodo.

L'art. 43 Costituzione pone una riserva di legge che normalmente è stata interpretata con riferimento alla sola legge statale, con esclusione della potestà legislativa delle regioni, poiché è prevalso il richiamo alle garanzie costituzio-

*matica*, 1991, 411; M. A. CARUSO, *Le emissioni radiotelevisive nella direttiva comunitaria e nella sua applicazione in Italia*, Giuffrè, Milano, 1991; M. FABIANI, *Principio pluralistico e divieto di concentrazione nella disciplina legislativa del settore radiotelevisivo nei paesi europei*, in *Dir. autore*, 1991, 135.

<sup>42</sup> Letteralmente l'art. 43 tratta di «imprese che si riferiscono» a situazioni di monopolio, servizi pubblici essenziali, ecc., lasciando così aperta la possibilità di includere anche attività diverse, ma unicamente correlate a situazioni di monopolio, fonti di energia, o servizi pubblici essenziali.

nali di libertà fra le quali, seppure in diverso tono, è stata ricondotta la stessa iniziativa economica privata (art. 41, comma I, Cost.).

L'oggetto e il carattere specifico della presente trattazione non consentono di affrontare un tema di portata così generale, è sufficiente rilevare che la soluzione indicata non esclude tuttavia una competenza della legge regionale ove si ritenga che l'art. 22, comma II, cit., abbia anche un significato d'organizzazione dell'attività degli enti pubblici territoriali minori, con conseguente legittimazione della fonte stessa, in conformità all'art. 3 della l. n. 142 del 1990, cit., e dell'art. 117, comma I, Cost.

L'interpretazione dell'art. 22, comma II, cit., pare infatti rivelare più spazi interpretativi di quanto si colga immediatamente dalla lettera della norma, poiché la stessa opera su più piani normativi, definendo anzitutto una competenza legislativa a determinare la sfera di limite per la libertà di iniziativa economica (art. 41 e 43 Cost.), cui si aggiunge una competenza normativa d'organizzazione nella gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento alla diversa attribuzione, fra gli enti indicati all'art. 43 Cost., dell'esclusiva di determinati servizi pubblici a favore dei comuni, o delle province, o di alcune delle forme di gestione di cui all'art. 22, comma III, o dei successivi articoli 24 (convenzioni), o 25 (consorzi) della legge sull'ordinamento delle autonomie locali<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> Con riferimento ai consorzi obbligatori si veda la competenza della legge regionale stabilita dall'art. 25, comma VII, della l. n. 142 del 1990, cit. In tale ordine interpretativo l'art. 43 determinerebbe la competenza del legislatore statale in ordine alla riserva di determinate attività di impresa, senza necessità di determinare precisamente quali «enti pubblici», ovvero categorie di lavoratori, o utenti, siano destinatari della riserva così determinata. Delimitato l'ambito della attività economica libera rispetto a quella invece riservata, la scelta a favore di comuni province, o

Un breve cenno va infine riservato ai beneficiari dell'esclusiva che l'art. 43 Costituzione indica nello Stato, negli enti pubblici e nelle comunità di lavoratori o di utenti.

La riserva a favore di comuni e province di cui all'art. 22, comma II, parrebbe soddisfare pienamente la norma costituzionale con l'attribuzione della titolarità dei servizi agli indicati enti pubblici.

Senonché il rispetto della norma costituzionale deve involgere anche la gestione dell'attività che viene sottratta alla libera iniziativa economica privata, ove dell'art. 43 Costituzione si intenda offrire un significato non formale e più impegnativo per i beneficiari del potere d'esclusiva.

Dalla semplice titolarità di un servizio pubblico in esclusiva riservato a comuni e province si passa in tal modo alla diretta considerazione della disciplina posta dall'art. 22, comma III, sulle sue forme di gestione.

La collocazione della disciplina relativa alle forme di gestione dei servizi pubblici da parte di comuni e province (comma III dell'art. 22) subito dopo la disciplina dell'esclusiva agli enti territoriali minori (comma II), favorisce un'interpretazione che mantiene indistinte le forme di gestione dei servizi, sia nel caso di riserva, sia nel caso opposto in cui la stessa manchi.

L'art. 22, comma II, cit., non stabilisce nessuna disciplina differenziata delle forme di gestione di servizi pubblici locali, sicché salvo leggi speciali<sup>44</sup> trovano applicazione le stesse cinque forme ivi indicate al successivo comma III.

La soluzione trova conferma nell'interpretazione che si è

di enti amministrativi da questi dipendenti, pare invece essere attribuita alla legge regionale in conformità ai principi di riparto di competenze offerto dalla legge di riforma delle autonomie locali e dall'art. 117, comma I, Cost.

<sup>44</sup> Su cui può operare il controllo di costituzionalità in base al principio di ragionevolezza.

proposta in ordine al concetto di «gestione» dei servizi pubblici da parte di comuni e province, poiché pare ragionevole ritenere che una riserva in via esclusiva di un servizio pubblico locale non possa non affermarsi come influenza dominante sull'esercizio dell'impresa di erogazione del servizio pubblico.

In sede teorica è possibile affermare che ogni attività riservata in via esclusiva ai comuni e alle province è sotto il controllo degli stessi enti territoriali indipendentemente dalla forma prescelta fra quelle indicate all'art. 22, comma III, senza dunque imporre alcuna correlazione necessaria fra regime della concessione e situazione di monopolio, che tradizionalmente accolta per i beni pubblici, è stata sottoposta a critiche proprio con riferimento ai servizi pubblici<sup>45</sup>.

A tale conclusione è possibile pervenire perché il significato stesso della «gestione» da parte di comuni e province è stato ritrovato indipendentemente sia dalla presenza di una riserva in via esclusiva dei servizi pubblici in capo a comuni e province, sia dalla particolare forma di gestione da questi prescelta.

Senonché l'asserita indifferenza delle forme di gestione di cui all'art. 22, comma III, risulta meno rispettosa della fonte costituzionale ove si intenda, in conformità agli art. 45 e 46 Cost.<sup>46</sup>, favorire una ricostruzione che prescelga forme

<sup>45</sup> G. MIELE, *Ente pubblico e concessione di servizi pubblici*, in *Foro amm.*, 1941, poi in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, 359 e s.; ID., *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, poi in *Scritti giuridici*, cit., 135 e s.

<sup>46</sup> Art. 45 Cost.: «La Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione... La legge ne promuove e favorisce l'incremento...»; art. 46 Cost.: «...la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende.». Si vedano in tal senso la legge 8 novembre 1991, n. 381, sulle cooperative sociali, nonché la più recente l. 31 gennaio 1992, n. 59, Nuove norme in materia di società cooperative, ove si modifica l'art. 61 del d.p.r. 10 gen-

di *gestione* dei servizi che contempra e non escluda l'attribuzione dell'*erogazione* alle cooperative di lavoro o di utenti.

Se la disciplina della legge sull'ordinamento delle autonomie locali non esclude la possibilità per le cooperative di partecipare alla erogazione dei servizi pubblici locali attraverso la forma della concessione, la stessa è pur sempre eventuale, salvo in conformità al dettato costituzionale ritenere che la partecipazione delle cooperative sia una prevalente «funzione sociale» con diretta tutela costituzionale (art. 45) per ogni caso di esclusiva, da cui sorge il conseguente dovere per comuni e province dell'adozione della forma di gestione in concessione per ragioni di «opportunità sociale» (art. 22, comma III, let. c, cit.).

In altra direzione di ricerca la partecipazione dei cittadini-utenti alle forme di erogazione dei servizi pubblici può trovare attuazione attraverso la nomina di loro rappresentanti nei consigli di amministrazione, nei collegi sindacali, di revisione dei conti, sia delle società per azioni, sia delle aziende e delle istituzioni, ovvero attraverso una intromissione nella gestione diretta in economia in applicazione degli art. 6 e 7 della legge di riforma n. 142 del 1990.

La società per azioni a prevalente capitale pubblico locale può consentire inoltre l'attuazione dell'altro dettato costituzionale di favore all'accesso del risparmio alla proprietà dell'abitazione e all'investimento azionario (art. 47, comma II) ove l'atto costitutivo, o lo statuto, prevedano come obbligatorio l'«azionariato popolare» con dovere di collocazione della quota di minoranza presso utenti e lavoratori (art. 43 Cost.)<sup>47</sup>.

Le soluzioni indicate impongono inevitabilmente un sin-

naio 1957, n. 3, nel senso che dall'esenzione dell'incompatibilità a favore delle cooperative è stata soppressa la specificazione «fra impiegati dello Stato».

<sup>47</sup> Si veda in tal senso l'art. 12 della l. n. 498 del 1992 cit.

dacato in concreto delle scelte operate da ogni singola amministrazione comunale e provinciale, in ragione dei fini pubblici indicati dalle norme costituzionali, con riferimento alle forme di gestione della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, istituendo così un sindacato diffuso<sup>48</sup> di conformità alla costituzione dei giudici di merito sugli atti dell'amministrazione (art. 113 Cost.), che pare inevitabile in assenza di più precise determinazioni generali e astratte del legislatore (art. 22, comma III, cit.).

3. *L'ambito di applicazione della disciplina sulla gestione di un servizio pubblico da parte di comuni e province. La partecipazione alla gestione di un servizio pubblico. La convenzione, la società per azioni e il consorzio come forme limite di gestione (rinvio). La gestione di un servizio non pubblico. I limiti alle forme di partecipazione e di gestione di un servizio non pubblico (rinvio).*

L'intervento di comuni e province «nell'economia o nel sociale» non pare circoscritto alle forme di gestione dell'art. 22, comma III, per una pluralità di ragioni che giova analizzare partitamente.

Anzitutto la convenzione, il consorzio e l'unione di comuni sono indicati agli artt 24-26 delle legge come strumenti giuridici per «svolgere», «gestire» o «esercitare» servizi pubblici.

Sull'esatta configurazione dei limiti dell'indicata disciplina si avrà modo di soffermare l'attenzione nel corso del presente lavoro, è sufficiente ora osservare che in tutti è possibile rintracciare la forma limite indicata dal legislatore per

<sup>48</sup> G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, Il Mulino, I ed. 1977, 63 e s., per un orientamento consolidato della Corte costituzionale a limitare il sindacato agli atti aventi forza di legge pag. 68 e s.

la «gestione» di un servizio pubblico da parte di comuni e province.

In tutte si affaccia la nozione di «gestione» che si confonde in varia guisa con quella di semplice partecipazione ad una gestione altrui, ovvero con la cogestione di tutti, ma proprio per ciò di nessuno (comune o provincia) in particolare.

L'osservazione vale per i consorzi i cui rappresentanti formano l'assemblea, ciascuno con responsabilità pari alla quota di partecipazione fissata dalla convenzione e dallo statuto (art. 25, comma IV).

Eguale considerazione è possibile per la società per azioni in cui letteralmente la prevalente partecipazione pubblica locale non impone affatto a comuni e province una partecipazione paritaria, né a ciascuno è prescritto che debbano detenere (in parte) il pacchetto azionario di controllo.

La lettera dell'art. 22, comma III, non pare disciplinare infatti l'ipotesi che il pacchetto di controllo sia in seguito ceduto, ovvero sin dall'inizio detenuto con un patto fra privati e gli «altri» enti pubblici diversi da comuni e province, che unitamente agli enti territoriali costituiscono il prevalente capitale pubblico locale, limitando il potere di gestione di questi, o relegandoli a soci di minoranza<sup>49</sup>.

Gestione, cogestione, o semplice partecipazione alla gestione altrui, possono diversamente qualificare la titolarità della quota, o delle azioni, acquisite da comuni e province, sia che si tratti dell'ipotesi specifica della società per azioni indicata all'art. 22, comma III, lett. e), sia più in generale per ogni altro caso di partecipazione societaria o associativa.

La disciplina della convenzione conferma quanto si viene dicendo poiché più di ogni altra esprime, come vedremo, l'idea di una partecipazione di comuni e province alla

<sup>49</sup> Cfr. P. M. VIPIANA, *In tema di società a partecipazione pubblica locale*, in *Il dir. dell'economia*, 1992, 371, che conclude per la soluzione contraria a quella ipotizzata in testo. Ma su ciò *infra* il volume II.

gestione di un servizio da parte di altro ente territoriale minore.

Le ipotesi potrebbero aumentare con l'analisi delle partecipazioni di comuni e province ad enti che gestiscono servizi pubblici nazionali, o locali previsti in leggi speciali, ma aprendo l'indagine ci si avvede che trattasi dell'applicazione di una più generale *regula juris* di cui occorre esplicitare il contenuto.

Questo è dato dall'art. 22, comma III, sinora analizzato o più precisamente da ciò che è escluso dalla norma, o di converso implicitamente ammesso dalla stessa.

Il limite dell'ambito dell'applicazione della norma indicata pare infatti determinato dalla lettera della legge con la locuzione «gestire i servizi pubblici», oltre la quale comuni e province non sono più costretti alla scelta fra: gestione in economia, concessione a terzi, azienda speciale, istituzione, società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, consorzi.

L'interpretazione, che residua alla definizione legislativa della sfera di applicazione delle cinque (*rectius*: sei) forme gestione, apre immediatamente in sede teorica tre ipotesi possibili: a) la gestione di un servizio non pubblico, b) la partecipazione non di gestione di un servizio pubblico da parte di comuni e province, c) la gestione o svolgimento di attività pubblica non identificabile con un servizio.

Tralasciando l'ultima ipotesi<sup>50</sup>, occorre precisare che

<sup>50</sup> Oltre la tripartizione funzioni, servizi pubblici, impresa pubblica, è possibile infatti individuare una attività della pubblica amministrazione che non rientra nelle precedenti (non servizio): così l'attività di studio, di ricerca, in generale di conoscenza non finalizzata all'esercizio della funzione (istruttoria), né rivolta ad un'utenza determinata (servizi). Cfr. F. G. COCA, *La concessione come strumento di gestione...*, cit., 33, ove sottolinea che per poter avere un servizio pubblico «occorre che ci si trovi in presenza di prestazioni rese (o dirette) ad una pluralità di utenti».

quanto detto non significa affermare che gli enti territoriali minori in tali casi non trovino limiti alla propria azione diversi da quelli previsti dall'ordinamento per i soggetti privati, ma si vuole affermare che fra questi limiti non è possibile includere quelli dell'art. 22, comma. III, cit., poiché tale norma disciplina unicamente quell'«intervento nell'economia, o nel sociale» dei comuni e delle province che è denominato «gestione dei servizi pubblici».

Ad esso rimane estranea, si è detto, la gestione di un servizio non pubblico e la non gestione di servizi pubblici.

La prima ipotesi è offerta dalla stessa definizione di servizio pubblico che si è cercato di precisare, secondo la quale un servizio è pubblico ogni qual volta per legge, o con atto amministrativo, comuni e province assumano il dovere di erogare il servizio per un certo tempo, a favore di tutti, o di determinate categorie di utenti, al fine di soddisfare uno dei fini sociali della comunità di riferimento, in attuazione del precetto di cui all'art. 3, comma II, della Costituzione.

Ogni qual volta l'assunzione di tale dovere manchi, viene meno la stessa definizione di servizio pubblico, con conseguente inesistenza del limite delle cinque forme di gestione di cui all'art. 22, comma III, cit.

Comuni e province ove gestiscano un servizio, senza assumere il dovere indicato dall'art. 3, comma II, Cost., possono cessarne l'erogazione secondo limiti giuridici non molto diversi dai soggetti privati, cioè ogni qual volta manchi una convenienza alla continuazione della produzione (ad es. ragioni di mercato).

Tale soluzione si distingue dall'ipotesi del servizio pubblico, poiché in quest'ultimo caso l'assunzione, o cessazione, dipende dalla valutazione dell'interesse pubblico specifico proprio di ognuno di essi, e indicato in via generale e astratta dall'art. 3, comma II, Costituzione.

La nozione di servizio pubblico, si è detto, è legata ai doveri che incombono alla Repubblica di provvedere a ri-

muovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti all'organizzazione sociale del paese.

Tale valutazione è del tutto assente nella determinazione di comuni e province che procedono all'erogazione di un servizio (non pubblico), senza perciò negare che anche in tale attività della pubblica amministrazione il perseguimento di un interesse pubblico non possa mancare.

In tale ordine di idee si è detto che è conseguente affermare che solo nel caso di gestione di un servizio pubblico possano trovare applicazione le tasse (e i finanziamenti) dello Stato e delle Regioni utili al mantenimento di essi, perché erogati in funzione dell'interesse pubblico specifico di cui all'art. 3, comma II, della Costituzione.

La legge sull'ordinamento delle autonomie locali è sufficientemente chiara in tal senso: le «entrate fiscali finanziano i servizi pubblici», gli enti locali «determinano per i servizi pubblici tariffe o corrispettivi a carico degli utenti, anche in modo non generalizzato», lo «Stato e le Regioni qualora prevedano per legge casi di gratuità nei servizi di competenza dei comuni e delle province, ovvero fissino prezzi o tariffe inferiori al costo effettivo della prestazione, debbono garantire... risorse finanziarie compensative»<sup>51</sup>.

Al contrario sono da escludere «entrate fiscali», ovvero contributi pubblici in varia guisa denominati, nel caso in cui comuni e province gestiscano attività di impresa (pubblica) senza assumere la gestione di servizi pubblici.

I risultati cui si è pervenuti consentono al tempo stesso una maggiore libertà d'azione di comuni e province in ragione della propria autonomia finanziaria, ma anche di distinguere nettamente gli interventi statali, regionali, o di im-

<sup>51</sup> Art. 54, comma VII e VIII, l. n. 142 del 1990.

posizione tariffaria, disposti in ragione dell'erogazione dei servizi pubblici da quelli volti ad un «ripianamento finanziario» a carattere «assistenziale» di cui hanno giovato in molti casi gli enti pubblici territoriali minori<sup>52</sup>.

Il finanziamento pubblico (Stato e Regioni) di servizi deve dunque essere correlato ad un dovere di erogazione degli stessi per un certo tempo a favore di tutti, o di determinate categorie di utenti (servizio pubblico), perché solo in tal modo il contributo finanziario trova di per sé fondamento nel sostegno all'interesse pubblico che caratterizza l'erogazione di ogni servizio pubblico (art. 3, comma II, Cost.).

Correlativamente per ogni finanziamento pubblico a favore di servizi che pubblici non sono, di essi si dovrà trovare una specifica ragione diversa dalla semplice necessità di provvedere al suo finanziamento, in conformità al regime giuridico che disciplina il finanziamento delle imprese private, o pubbliche, nel nostro ordinamento in attuazione dell'art. 90 e s. del Trattato istitutivo C.E.E.

La seconda ipotesi, residuale all'applicazione dell'art. 22, comma III, è data dalla "non gestione di un servizio pubblico", da cui ha preso le mosse il presente paragrafo con l'analisi del limite delle forme di gestione da parte di comuni e province (convenzioni, consorzi, società per azioni a prevalente capitale pubblico locale).

Tale ambito di analisi trova immediato riferimento nell'esperienza storica delle partecipazioni a società per azioni di comuni e province alla gestione di servizi.

L'impostazione qui accolta consente di offrire una ri-

<sup>52</sup> Pare ormai *jus receptum* ritenere che Stato e Regioni non possono pervenire a imporre prestazioni senza fornire agli enti locali territoriali mezzi finanziari adeguati e correlativamente affermare che non si possa parlare di autonomia degli enti locali ove manchi un'autonomia finanziaria. Sul punto con precisione già F. LEVI, *Alcuni aspetti giuridici della finanza locale*, in *Studi sull'amministrazione regionale e locale*, cit., 177 e s.

sposta all'ammissibilità delle partecipazioni di comuni e province a strutture societarie che gestiscono servizi, senza che tali partecipazioni siano conformi alla previsione dell'art. 22, comma III, lett. e) del prevalente capitale pubblico locale della società per azioni.

La partecipazione azionaria di minoranza di comuni e province in strutture societarie non può trovare ostacolo nei limiti indicati nell'art. 22, comma III, perché le stesse non costituiscono gestione di un servizio pubblico.

La soluzione è implicitamente ammessa dall'art. 22, comma III, perché si è detto che, se è possibile una costituzione di società per azioni da parte di un ente territoriale che detenga la maggioranza delle azioni, non è affatto esclusa la cogestione di più enti territoriali con partecipazioni che di per sé considerate possono essere di minoranza e che in mancanza di accordo resteranno tali.

L'acquisto di quote o azioni è dunque possibile per i comuni e le province purché, ma è differente questione, sussista un interesse pubblico alla partecipazione di minoranza da parte dell'ente locale di riferimento<sup>53</sup>.

L'interesse pubblico alla partecipazione non di gestione si distingue infatti dall'interesse pubblico alla gestione di un servizio pubblico.

Le ragioni che hanno indotto la giurisprudenza a ritenere ammissibile tali partecipazioni anteriormente alla legge sull'ordinamento delle autonomie locali, ad eccezione di

<sup>53</sup> Alcuni hanno invece ritenuto che la questione potesse essere risolta sulla base di una disposizione implicita di diritto transitorio, interpretando l'art. 22, comma III, lett. e, come relativo alle sole future determinazioni di acquisto di partecipazioni azionarie, ovvero di costituzione di società per azioni, con conseguente legittimità del mantenimento delle partecipazioni preesistenti. Si ritiene infatti che è difficile individuare la disciplina giuridica che impone a comuni e province di procedere alla «smobilitazione» di tali partecipazioni.

quanto precisato in ordine all'interesse pubblico, non paiono venire meno ove si accolga l'indicata interpretazione del campo di applicazione dell'art. 22, comma III, cit.

In generale è possibile concludere che sia nell'ipotesi della "gestione di un servizio non pubblico", sia in quella di una "non gestione di un servizio", pare aprirsi la possibilità per comuni e province di utilizzare qualsiasi forma giuridica prevista dal nostro ordinamento, salvo il tradizionale limite dettato dalla responsabilità illimitata, su cui avremo modo di soffermare l'attenzione.

È diffusa opinione che non sia possibile una partecipazione di comuni e province a tutte quelle forme societarie, o associative, in cui l'assenza di personalità giuridica importi una responsabilità illimitata del comune, o della provincia.

Da ciò il divieto di partecipare a società di persone, cui implicitamente<sup>54</sup> si aggiunge l'ipotesi dell'accomandita per azioni<sup>55</sup>, mentre si afferma al contrario la possibilità di parte-

<sup>54</sup> Implicitamente perché per comuni e province si vede citata sempre l'alternativa società per azioni e società a responsabilità limitata, nonostante l'art. 32, comma II, lett. f) generalizzi alle società di capitali: da ultimo F. CAVAZZUTI, *Forme societarie, intervento pubblico locale e «privatizzazione» dei servizi: prime considerazioni sulla nuova disciplina dell'autonomie locali*, in *Giur. it.*, 1991, IV, 254. Nel senso di includere la società a responsabilità limitata si esprime il disegno di legge governativo n. 750/S. Per la partecipazione di Comuni e province a comitati si veda CANNADA BARTOLI E., *Partecipazione dei comuni a comitati di diritto privato senza personalità giuridica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1959, 673.

<sup>55</sup> Per le ipotesi della società in accomandita semplice sussiste infatti la possibilità della responsabilità illimitata a seguito della violazione del divieto di immistione (art. 2320, comma I, cod. civ.), per l'ipotesi della società in accomandita per azioni invece tale responsabilità illimitata deriverebbe dalla possibilità per l'azionista inizialmente socio accomandante, di venire nominato dalla assemblea amministratore con conseguente applicazione dell'art. 2462, cod. civ. Per tale ultima ipotesi tuttavia potrebbero sussistere diverse interpretazioni che, consentano di impedire la nomina di rappresentanti di comuni e province ad amministra-

cipazioni in società per azioni e in società a responsabilità limitata.

Il fondamento giuridico del limite della partecipazione di comuni e province è stato talvolta indicato nella necessità di pervenire ad impedire ogni elusione delle norme imperative che disciplinano la finanza pubblica e la contabilità pubblica che, come è noto, impongono per ogni spesa la relativa copertura finanziaria<sup>56</sup>, nonché il controllo degli organi amministrativi competenti per ogni atto ad essa relativa.

Sull'esatta portata e applicazione ai casi in esame del principio indicato non pare si sia data sufficiente dimostrazione, ma una volta accolto si dovrebbe affermare che la stessa ragione diviene limite per altre forme di partecipazione (associazioni non riconosciute in cui il rappresentante dell'ente territoriale sia amministratore), o per certe modalità di costituzione, o di gestione, della società per azioni, sia nel caso di una preordinata partecipazione di minoranza, sia in

tori di società in accomandita per azioni. Ai sensi dell'art. 2465, comma I, cod. civ., l'atto costitutivo deve indicare i soci accomandatari, con conseguente necessità di modifica dell'atto costitutivo per ogni nuova nomina di soci alla qualità di amministratori, ove si ritenga che ogni modificazione dell'atto costitutivo importi necessariamente una deliberazione degli organi del comune.

In tale linea interpretativa infatti sarebbe pur sempre possibile fare valere il limite derivante dalle norme imperative di contabilità pubblica con riferimento all'atto amministrativo che delibera la modificazione dell'atto costitutivo, e conseguente impossibilità di pervenire ad una modificazione della qualità di socio nella accomandita per azioni.

<sup>56</sup> Altri affermano il «principio» per il quale «ciascuna spesa dell'ente pubblico dev'essere determinata o determinabile», da ultimo: in tal senso P. M. VIPIANA, *In tema di società a partecipazione pubblica...*, cit., 377; G. ALPA, *Pubblici servizi gestiti a mezzo di s.p.a.*, in *Azienditalia*, 1990, n. 12, 21; F. GHELARDUCCI, *Commento agli art. 22 e 23*, in A. A. V. V., *Il nuovo ordinamento delle autonomie locali. Commentario alla legge 8 giugno 1990, n. 142, Prime note*, n. 7/1990, suppl. spec., 96.

quello opposto utile all'erogazione di un servizio pubblico e disciplinato dall'art. 22, comma III, lett. e).

Sul punto si dovrà ritornare, pare ora sufficiente ricordare che ai sensi dell'art. 2331, comma II cod. civ., per «le operazioni compiute in nome della società prima dell'iscrizione» al registro delle imprese «sono illimitatamente e solidalmente responsabili verso i terzi coloro che hanno agito».

Certo è possibile stabilire nell'atto costitutivo un divieto di attività prima della iscrizione della società per azioni al registro delle imprese, che potrà essere esteso alle ipotesi in cui la compagine sociale si riduca ad un unico socio, perché nel caso di insolvenza della società, questi risponde illimitatamente per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui le azioni sono appartenute a lui solo (art. 2362, cod. civ.).

Ciò che conta infatti è individuare nell'ordinamento la sanzione del preteso divieto, ed in tal senso è possibile ipotizzare che l'atto costitutivo possa stabilire un divieto per gli amministratori di assumere obbligazioni, nel periodo in cui la società sia in mano ad unico azionista, con dovere di scioglimento ai sensi dell'art. 2448, comma I, n. 3 per impossibilità di funzionamento della società, ovvero ai sensi dell'art. 2448, comma I, n. 6, unicamente perché così stabilito nell'atto costitutivo.

Gli stessi limiti possono essere rilevanti nel caso che comuni e province divengano amministratori di associazioni non riconosciute e, per chi l'ammetta, di fondazioni che non hanno personalità giuridica, in attesa del completamento della procedura amministrativa di riconoscimento.

La prospettazione apre tuttavia delicati problemi in ordine alla configurazione della responsabilità verso terzi a seguito della violazione degli indicati divieti statutari, cui si aggiungono quelli relativi alla diversa disciplina applicabile a seconda del differente rapporto di servizio del rappresentante di comuni e province che abbia assunto la veste di amministratore illimitatamente responsabile.

Sulla questione si avrà modo di ritornare diffusamente nel secondo volume del presente lavoro, basti ora osservare che le difficoltà interpretative sopra indicate potrebbero indurre a ricercare altro fondamento al limite delle partecipazioni di comuni e province a compagini associative o societarie.

La ricerca potrebbe confluire nell'analisi della tradizionale questione, nota al diritto commerciale, della controversa possibilità per una società di capitali di divenire socia di una società di persone, poiché in tal modo si eluderebbe la norma che dispone l'illimitata responsabilità dei soci di una società di persone.

La *ratio* normativa così come enunciata pare infatti riferirsi a qualsiasi soggetto dotato di personalità giuridica, sia esso disciplinato dal diritto privato, ovvero dal diritto pubblico, che intenda assumere partecipazioni in organizzazioni in cui la legge impone in capo ai partecipanti un'illimitata responsabilità.

4. *L'erogazione del servizio in economia per le modeste dimensioni, o per le caratteristiche del servizio. L'atto di assunzione e il controllo del servizio pubblico: le competenze del consiglio comunale. L'erogazione del servizio pubblico in economia: potere di «sovrintendenza» del sindaco e potere di gestione dei dirigenti.*

La gestione di comuni e province di un servizio pubblico «in economia» è la prima forma (lett. a) dell'art. 22, comma III, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, definita come una dei due modi di «assunzione diretta» dei pubblici servizi dagli artt. 10-15 del r. d. 15 ottobre 1925, n. 2578, t.u., delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi, e dal titolo I (artt. 1-7) del d. p. r. 4 ottobre

1986 n. 902, che ha emanato il nuovo regolamento delle aziende e dei servizi dipendenti dagli enti locali<sup>57</sup>.

In tali precedenti normativi l'assunzione diretta dei pubblici servizi era costituita dalla gestione in economia e dall'azienda speciale, sicché molte delle norme che riguardano l'assunzione diretta, senza specificazione alcuna, hanno sinora disciplinato entrambe le forme di gestione di servizio pubblico.

Le norme sopra indicate sono con riferimento alla gestione in economia da ritenersi tuttora vigenti, poiché le stesse, fatta salva la potestà statutaria di comuni e province su cui ci si soffermerà fra poco<sup>58</sup>, non sono di per sé incompatibili con disposizioni sopravvenute e segnatamente con l'art. 22, comma III, della legge n. 142 del 1990 sull'ordinamento delle autonomie locali.

L'unica norma della legge di riforma che espressamente riguarda la gestione in economia stabilisce che la stessa va adottata da comuni e province «quando per le *modeste dimensioni* o per le *caratteristiche* del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda».

La scelta della gestione in economia è dunque posta in diretta alternativa alle forme esterne di erogazione di un servizio pubblico della costituzione di una azienda, o di una istituzione, ma pare ragionevole ritenere che *a fortiori* l'esclusione valga anche per la società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, e sotto altro profilo nei confronti della concessione a terzi.

In tutti i casi infatti il primo criterio che discrimina la

<sup>57</sup> Che ha abrogato il precedente del r. d. 10 marzo 1904, n. 108 che costituiva il regolamento per l'esecuzione della legge 29 marzo 1903, n. 103. Il d.p.r. n. 902 del 1986, cit., invece è stato emanato in forza degli artt. 23 e 31 del r. d. 15 ottobre 1925 n. 2578.

<sup>58</sup> Dettate dalla potestà statutaria del comune (art. 4, comma II, l. n. 142 del 1990) su cui *infra* nel testo.

scelta della gestione in economia è relativo alle «modeste dimensioni» del servizio pubblico, che non rendono opportuna la costituzione di un apparato organizzativo differenziato dall'ente locale<sup>59</sup>.

La legge individua alternativamente una seconda ragione che invita alla scelta della gestione in economia: ove per le «caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire un'istituzione o un'azienda».

Il riferimento pare diretto ai casi in cui la forma di erogazione del servizio pubblico è difficilmente scindibile dall'esercizio delle funzioni pubbliche di comuni e province.

Per tali casi l'unicità della struttura organizzativa dell'ente territoriale di riferimento appare la scelta più opportuna per l'erogazione del servizio in questione, poiché gli stessi uffici, gli stessi dipendenti, gli stessi dirigenti, gli stessi organi dell'ente sono i titolari delle attribuzioni di competenza dell'ente territoriale, senza distinzione alcuna fra servizi pubblici e funzioni amministrative<sup>60</sup>.

<sup>59</sup> È il caso più semplice dell'istituzione, ma ricorre altresì per ragioni di «rilevanza economica ed imprenditoriale» nell'azienda speciale, ovvero «per ragioni tecniche, economiche, o di opportunità sociale» nella concessione a terzi, o infine per ragioni che richiedono «la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati» nella società per azioni a prevalente capitale pubblico locale.

<sup>60</sup> L'interpretazione in combinato disposto di cui agli artt. 97, comma I e 98 comma I della Cost. potrebbe essere di ostacolo alla proposta di privatizzazione del pubblico impiego (*nelle more di stampa divenuta legge dello Stato*) con riferimento a quei dipendenti, normalmente i funzionari, che attendono direttamente all'istruttoria e all'esecuzione dei provvedimenti amministrativi (in esercizio di un potere autoritativo) ovvero dei dirigenti (cui l'art. 51, comma III, l. 142 del 190, cit., attribuisce una competenza esterna), secondo un'opinione che pare desumibile da una recente analisi condotta sul procedimento amministrativo (F. FRACCHIA, *Funzione amministrativa e interessi dei privati, Tesi di dottorato in diritto amministrativo*, Torino, 1992). Per le relazioni fra il principio di imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e la successiva

Si comprende così perché per ragioni affatto differenti sia «le caratteristiche del servizio», sia le «modeste dimensioni del servizio», debbono indurre comuni e province alla scelta della gestione in economia e sconsigliare la costituzione di altra organizzazione distinta da quella che è propria dell'ente territoriale titolare del servizio pubblico.

Proprio l'assenza dell'opportunità di pervenire ad un'organizzazione differenziata dall'ente locale di riferimento caratterizza la forma di erogazione del servizio pubblico in economia, ma è al tempo stesso l'ipotesi nella quale maggiormente vengono confusi i due significati di gestione (controllo ed erogazione) che si è voluto distinguere nell'analisi sinora proposta sui servizi pubblici degli enti locali.

La distinzione è tuttavia utile per comprendere l'assetto normativo anche della gestione in economia di un servizio pubblico ed in particolare il significato interpretativo che della disciplina è necessario offrire alla luce della nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Si è detto della vigenza delle norme indicate dal r. d. n. 2578 del 1925, cit. (art. 10-15) e del d. p. r. n. 902 del 1986, cit. (art. 1-7), con riferimento alla gestione in economia, sui cui esatti termini, soprattutto con riferimento alla gestione a mezzo di azienda speciale, si avrà modo di riferire al capitolo che segue.

È tuttavia ora necessario anticipare alcune linee di interpretazione per consentire di progredire nell'analisi sulla forma di gestione in economia.

L'art. 4, comma II, della legge include nella definizione dei contenuti dello statuto di comuni e province l'emanazione

statuizione per la quale i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione (art. 98) si veda: M. S. GIANNINI, *Parlamento e amministrazione*, in *Amm. Civile*, 1961, 145 e s., poi in *L'amministrazione pubblica in Italia*, a cura di S. Cassese, Bologna, Il Mulino, I ed., 1974, II ed., 1976, 233.

zione delle norme sull'«ordinamento degli uffici e dei servizi pubblici», che l'art. 32, comma II, lett. a), attribuisce alla competenza del consiglio comunale.

L'art. 64, comma I, non prevede fra le norme espressamente abrogate il r. d. n. 2578 del 1925, né il d. p. r., n. 902 del 1986, ma il successivo comma II, stabilisce che con «effetto dalla entrata in vigore della presente legge sono abrogate tutte le altre disposizioni con essa incompatibili...».

In verità nel caso in esame più che di abrogazione si tratta di una vicenda giuridica che si è denominata «delegificazione», secondo la quale si ha la cessazione di efficacia di una determinata disposizione legislativa ad opera di una norma regolamentare (statuto comunale o provinciale).

È stato tuttavia chiarito<sup>61</sup> che il fenomeno indicato pare conforme al dettato costituzionale solo ove lo si configuri come cessazione dell'efficacia di una legge al verificarsi della condizione (futura ed eventuale) dell'emanazione della successiva norma regolamentare, con la conseguenza, non irrilevante, che le norme sottoposte a condizione mantengono anche dopo la «delegificazione» la forza corrispondente alla natura giuridica (di legge o di regolamento) che le stesse hanno sempre avuto sino dall'origine (forza di legge).

La vicenda, sulla cui natura si avrà modo di ritornare<sup>62</sup>, è molto utile per il caso in esame in cui è attribuita a comuni e province un'autonomia pubblica<sup>63</sup>, poiché la relativa potestà regolamentare è abilitata in tal guisa ad estendere i propri spazi normativi verso settori un tempo ad essa preclusi dal

<sup>61</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti*, Torino, Utet, 1987, 212-215 espresso con riferimento ai regolamenti autorizzati.

<sup>62</sup> Molto simile a quella delle «norme dispositive» nei confronti degli atti di autonomia privata.

<sup>63</sup> Da ultimo sul punto A. ROMANO, voce *Autonomia pubblica*, in *Digesto (disc. pubbl.)*, Vol. II, Milano, Giuffrè, 1988, 30 e s.

principio di preferenza della legge e dall'art. 4 delle disp. prel. al cod. civ., il quale ultimo stabilisce per i regolamenti il principio di gerarchia nei confronti della legge (comma I) ed in particolare di quelli locali («di altre autorità») nei confronti di quelli governativi (comma II).

La configurazione di una condizione consente di rappresentare correttamente il rispetto da parte dell'ordinamento generale dell'autonomia dallo stesso attribuita, agli enti locali: non apre un vuoto normativo, non impone l'emanazione di atti inutili (ripetizione della preesistente disciplina nazionale), né l'immediata emanazione di una norma in deroga.

La disposizione dell'art. 64, comma II, con riferimento all'art. 4, comma II, che attribuisce al comune e alla provincia il potere di statuire «sull'ordinamento degli uffici e dei servizi pubblici» non pare disporre un'immediata cessazione dell'efficacia delle norme degli artt. da 10 a 15 del r. d. n. 2578 del 1925, cit., e degli art. da 1 a 7 del d. p. r. n. 902 del 1986, cit., poiché le stesse diverranno «incompatibili» solo a seguito di un esercizio in tal senso dell'autonomia statutaria.

Solo quando si verifichi la condizione (incompatibilità delle norme statutarie con quelle nazionali) si avrà a rigore la deroga (e non una abrogazione) delle norme legislative e regolamentari preesistenti.

Le norme indicate debbono dunque essere analizzate perché disciplina nazionale non abrogata da altre norme nazionali, né in particolare dalla legge n. 142 del 1990, anche se non si deve escludere l'efficacia in deroga che le stesse possono avere subito in seguito all'emanazione degli statuti di comuni e province.

Non mancano come sempre le eccezioni, ove si possa dimostrare una diretta incompatibilità fra norme preesistenti e sopravvenute, come pare il caso dell'art. 5 della legge n. 142 del 1990 in riferimento all'art. 15, comma II, del r.d. n. 2578 del 1925 cit.

Quest'ultima norma indica fra le materie oggetto del potere regolamentare del comune e della provincia il «funzionamento degli organi e degli uffici» e «l'esercizio delle funzioni», nonché l'organizzazione ed il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione».

Non è invece attribuito il potere di emanare il regolamento del servizio pubblico che si intende gestire in economia, così come espressamente previsto dall'art. 15, comma II, del r. d. n. 2578 del 1925<sup>64</sup>.

Vero è che la potestà regolamentare è attribuita per il funzionamento degli organi e degli uffici, cui l'erogazione dei servizi è attribuita nella gestione in economia, ma in tal caso si tratta di una potestà regolamentare che ha ad oggetto la struttura e non propriamente l'attività (servizio), come si può rilevare dalla circostanza che l'art. 5 della legge di riforma prevede come oggetto del potere regolamentare «l'esercizio delle funzioni» e non anche la gestione dei servizi pubblici.

Al di là del tenore letterale che troppo insiste sull'uso proprio, o improprio, della lettera legislativa, si può osservare che l'interpretazione è conforme all'idea sopra proposta secondo la quale l'atto di assunzione del servizio pubblico deve contenere il «programma» e la «misura» del servizio pubblico e che proprio con riferimento ad essi va operata la scelta della forma di gestione del servizio.

L'atto di assunzione contiene gli elementi essenziali del servizio pubblico e di esso si era segnalata la natura di atto generale, come carattere minimo necessario per consentire

<sup>64</sup> Riemerge invece nel disegno di legge n. 750 del 1986 all'art. 23 e pare mantenuto negli emendamenti del governo del 1991 come art. 14 (a favore del mantenimento: G. NICOLETTI, *I servizi pubblici locali in economia*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 74-77). Peraltro il disegno di legge così modificato riguarda solo i servizi di carattere economico e imprenditoriale.

un'efficacia *erga omnes* del rapporto giuridico che si instaura fra l'ente territoriale e tutti i destinatari previsti dallo stesso.

Tale efficacia, come si è ricordato, è propria anzitutto della legge e poi degli atti cui la stessa l'abbia attribuita, fra i quali gli atti normativi e gli atti generali, che si differenziano dai primi perché ad essi manca il carattere dell'astrattezza.

In tal senso pare dunque possibile concludere che se in taluni casi può essere necessaria una norma regolamentare per il funzionamento delle strutture di un servizio pubblico, al contrario è sufficiente l'atto generale per definire gli elementi essenziali del servizio stesso, al fine di vedere espresso il rapporto giuridico che sorge dalla sua assunzione nei confronti di tutti i destinatari in esso indicati (tutti o determinate categorie di utenti)<sup>65</sup>.

L'aver escluso la necessità di un regolamento per la determinazione della misura (programma) del servizio pubblico apre ad una maggiore flessibilità nella gestione di questo, essendo possibile per l'amministrazione operare in deroga nei casi d'eccezione di cui sia stata offerta congrua motivazione.

In tutti i casi l'atto di assunzione del pubblico servizio, con relativo «programma e misura» di erogazione e la conseguente scelta della forma di gestione, sono di competenza del consiglio comunale per l'esplicita disposto dell'art. 32, comma II, lett. f)<sup>66</sup>.

<sup>65</sup> Se poi si preferisce (art. 14 del disegno di legge n. 750 del 1986, così come emendato nel 1991) imporre con un regolamento l'efficacia *erga omnes* si soddisfa comunque il fine proposto in testo, ma con alcuni risvolti negativi di rilievo. La gestione in economia viene infatti ad essere avvicinata alle forme di erogazione esterna del servizio (istituzioni e aziende: art. 23, comma V, che prevede il regolamento per l'istituzione e lo statuto per l'azienda) in palese contrasto con la ragione indicata all'art. 22, comma III, lett. a); in tal senso M. CAMMELLI, *I servizi pubblici nell'amministrazione locale*, in *Le Regioni.*, 1992, 31.

<sup>66</sup> La soluzione proposta non pare in contrasto con la sistematica delle competenze dell'art. 32, il quale prevede in capo al consiglio comu-

Secondo il sistema normativo preesistente e tuttora vigente l'atto di assunzione del servizio pubblico, che si intende gestire in economia, è deliberato dal consiglio comunale con il voto favorevole della maggioranza dei consiglieri in carica<sup>67</sup>.

Si è detto che la deliberazione deve essere accompagnata dagli attinenti dati tecnici ed economico-finanziari utili a corredare la motivazione della scelta della forma di erogazione del servizio, che secondo la preesistente normativa devono essere indicati nella deliberazione stessa «opportuna-mente coordinati e sviluppati in un apposito progetto di massima<sup>68</sup>.

Il «progetto di massima» di cui al regolamento n. 902 del 1986, cit., deve contenere un'esauriente motivazione circa la convenienza dell'assunzione diretta del servizio pubblico da parte del comune o della provincia<sup>69</sup> e stante la sua natura tecnica ed economica si è voluto distinguerlo nell'analisi dal vero e proprio «programma» in cui sono contenuti gli elementi essenziali del servizio, ma ciò non significa affermare

nale sia la competenza regolamentare (comma II, lett. a), sia quella ad emanare programmi (comma II, lett. b) fra i quali correttamente rientra l'atto generale di determinazione degli elementi essenziali del servizio pubblico.

<sup>67</sup> Art. 15, comma II, che richiama l'art. 10 del r.d. n. 2578 del 1925, cit., il quale ultimo richiama a sua volta gli abrogati artt. 190 e 259 del r. d. 4.2.1915, n. 148, così come modificato con r.d. 30 dicembre 1923, n. 2839, i quali precisano che tale maggioranza «non può comunque essere inferiore al terzo dei consiglieri assegnati» con distinzione fra consiglieri in carica e assegnati utile per i comuni sotto i cinquemila abitanti. Direttamente ed espressamente ribadisce tale disciplina l'art. 2 del d.p.r. n. 902 del 1986, cit.

<sup>68</sup> Art. 2, comma II, d.p.r. n. 902 del 1986, cit.

<sup>69</sup> È possibile una motivazione anche *per relationem* al progetto tecnico finanziario e alla relazione che lo accompagna: Cons. di Stato, sez. V, 29 maggio 1981, n. 223, in *Foro amm.*, 1981, I, 1094; T.A.R. Abruzzi, sez. l'Aquila, 7 dicembre 1982, n. 623, in *T.A.R.*, 1983, I, 644.

che entrambi non possano confluire in un unico atto (nel quale comprendere anche la scelta della forma di erogazione del servizio).

Si tratta in verità, in tutti i casi, di «contenuti» che in senso lato possono essere ricompresi nell'atto di assunzione (o non assunzione), cioè l'unico atto che conclude giuridicamente il relativo procedimento.

Il consiglio comunale, ai sensi dell'art. 32, comma I, della legge di riforma, è definito come «l'organo di indirizzo e di controllo politico-amministrativo» nei confronti di tutte le competenze attribuite all'ente dalla legge.

Oltre all'assunzione del servizio il consiglio comunale è titolare del potere di determinare la disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei servizi<sup>70</sup>, nonché del potere di indirizzo sul servizio pubblico, che seppure espressamente previsto per gli altri casi di gestione indicati al comma III dell'art. 22 (aziende, istituzioni, società per azioni e concessionari<sup>71</sup>), si configura come integrazione delle determinazioni contenute nell'atto di assunzione rientrando così nel generale potere riconosciuto al consiglio comunale dall'art. 32, comma I, cit., nei confronti della amministrazione locale.

In capo al consiglio comunale si concentrano un complesso di poteri che si è più sopra indicato come «gestione», in verità controllo, di ogni erogazione del servizio pubblico, che nel caso della forma in economia si rivolge all'apparato organizzativo dell'ente territoriale.

È attribuito invece al Sindaco il potere di nomina dei

<sup>70</sup> Art. 32, comma II, lett. g).

<sup>71</sup> Art. 32, comma II, lett. h) «gli indirizzi da osservare da parte delle aziende pubbliche e degli enti, dipendenti, sovvenzionati o sottoposti a vigilanza», fra i quali ultimi rientra il concessionario, poiché ai sensi dell'art. 265, n. 3 del d. lg. 14 settembre 1931, n. 1175, t. u. della finanza locale, tale potere deve essere disciplinato nei contratti che accedono alla concessione.

«responsabili degli uffici e dei servizi» (art. 36, comma V *ter*<sup>72</sup>, nonché di «sovrintendere al funzionamento dei servizi e degli uffici» (art. 36, comma I), che si correla, anche letteralmente, al menzionato potere del consiglio di stabilire la disciplina regolamentare sulla struttura burocratica dell'ente (art. 5 e 32, comma II, lett. a).

Il servizio pubblico nella gestione in economia è erogato dalla struttura amministrativa dell'ente territoriale, cioè dall'organizzazione sia delle persone (fisiche con un rapporto di servizio con l'ente pubblico), sia dei beni pubblici<sup>73</sup>, che sono tradizionalmente gli elementi di definizione della nozione di ufficio valida ad un tempo per lo svolgimento delle funzioni istituzionali dell'ente territoriale e per l'erogazione del servizio pubblico nella forma della gestione in economia<sup>74</sup>.

Il punto è di interesse poiché coinvolge la questione di carattere generale del rapporto fra organi politici e burocrazia degli enti locali su cui è intervenuta la recente legge di riforma delle autonomie locali, ma il carattere della trattazione impone di delimitare l'esame a quanto è strettamente necessario.

La distinzione enucleata fra controllo ed erogazione (*rectius*: amministrazione) del servizio ricalca quanto l'art. 51, comma II, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali pone come principio della distinzione delle competenze fra organi elettivi e vertici dell'apparato burocratico dell'ente territoriale<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Comma aggiunto dall'art. 13 della nuova legge «sulla elezione diretta del Sindaco» 25 marzo 1993, n. 81, pubblicata nelle more di stampa del presente lavoro.

<sup>73</sup> Art. 826, comma III, cod. civ.

<sup>74</sup> Santi ROMANO, *A proposito dell'impresa e dell'azienda agricola*, in *Riv. dir. agr.*, 1947, poi in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, (rist.) 1990, 479 e s.

<sup>75</sup> Si veda inoltre l'art. 3 del dl. 3 febbraio 1993, n. 29 (emanato

Poteri di indirizzo e di controllo spettano infatti agli organi elettivi, mentre la gestione amministrativa è attribuita ai dirigenti, con la conseguenza che a quest'ultimi spetta l'amministrazione dell'erogazione del servizio pubblico in economia.

L'indicata competenza dirigenziale è inoltre rafforzata dal successivo comma II dello stesso art. 51, ove si precisa che spettano «ai dirigenti tutti compiti, compresi l'adozione di atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, che la legge o lo statuto espressamente non riservino agli organi di governo dell'ente»<sup>76</sup>.

La «gestione del servizio pubblico in economia» trova dunque imputazione nel consiglio (controllo), nel sindaco e presidente della provincia (nomina dei responsabili e «sovrintendenza» al funzionamento) e nei dirigenti (attività di erogazione del servizio), i quali ultimi sono competenti ad emanare gli atti a rilevanza esterna necessari al suo svolgi-

*nelle more di stampa del presente lavoro*), nonché artt. 14 e s. applicabili agli enti locali ai sensi dell'art. 13 e 27 dello stesso decreto.

<sup>76</sup> L'affermazione così generale pare aprire una antinomia con il disposto dell'art. 35, comma I, della legge, che attribuisce alla giunta la competenza di tutti gli atti di amministrazione che non siano riservati dalla legge al consiglio, o che non rientrino fra le competenze previste dalla legge o dallo statuto, a favore del sindaco o del presidente della provincia, o degli organi di decentramento, o del segretario, o dei funzionari dirigenti. Ad una attenta lettura tuttavia l'apparente contraddizione fra i due articoli pare risolta, o ritenendo che letteralmente (l'art. 35 attribuisce sì una competenza generale alla giunta, ma residuale, cioè semprechè «non rientrino nelle competenze, previste dalla legge o dallo statuto... dei funzionari dirigenti» e tale legge è proprio l'art. 51, comma II) in materia di uffici la competenza sia dalla legge (art. 51, comma II) attribuita ai dirigenti, salva la «sovrintendenza» del sindaco e del presidente della provincia (art. 36, comma I), ovvero a tale conclusione è possibile giungere in applicazione del principio sopra indicato, che distingue fra poteri di indirizzo e di controllo e attività di gestione amministrativa (art. 51, comma II, cit.).

mento (art. 51, comma III) e, con riferimento ai poteri interni, perché dirigenti dell'apparato burocratico a ciò preposto (art. 51, comma II).

Pare esclusa dunque una vera e propria competenza della giunta comunale sia in ordine alla gestione-controllo del servizio pubblico, sia in ordine alla sua erogazione.

La soluzione pare conforme all'affermato legame fra gestione in economia e apparato amministrativo dell'ente territoriale, sia esso dettato da ragioni quantitative (dimensione del servizio), sia qualitative (inscindibilità dall'esercizio delle funzioni).

L'interpretazione dei due criteri posti dalla legge per la scelta della gestione in economia trova conferma nella giurisprudenza che ha sinora<sup>77</sup> definito la natura del rapporto di lavoro degli addetti all'erogazione del servizio pubblico.

Il rapporto di lavoro dei dipendenti di un ente territoriale destinati all'erogazione di un servizio pubblico era stato considerato di natura pubblica ove la gestione fosse stata in economia.

Correlativamente si era affermata la natura privata del rapporto di lavoro subordinato ogni qualvolta comune, o provincia, avessero affidato la gestione del pubblico servizio ad una organizzazione distinta con contabilità separata da quella dell'ente territoriale.

La ragione della scelta era comunemente ricondotta all'oggetto dell'attività di servizio (attività industriale) erogata dall'ente territoriale secondo una forma (azienda) che doveva consentire i vantaggi delle imprese private.

In tale ordine interpretativo tuttavia si trovava unicamente la ragione del riconoscimento della natura privata del rapporto di lavoro dei dipendenti delle aziende e non di

<sup>77</sup> Il dato è puramente storico a seguito della generalizzata «privatizzazione» del pubblico impiego, disposto con decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 emanato nelle more di stampa del presente lavoro.

quella pubblica degli addetti ad un servizio pubblico gestito in economia.

Si è dimenticato che all'art. 15 del r. d. n. 2578 del 1925, cit., la gestione in economia era imposta sia per i servizi che non avevano un «carattere prevalentemente industriale»<sup>78</sup>, sia per i servizi di «tenue importanza», che sin dalle prime interpretazioni<sup>79</sup> è stato inteso con riferimento all'ampiezza e alla complessità dell'organizzazione del comune interessato<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> La definizione ricalca, come lievi modificazioni lessicali, l'art. 16 della l. 29 marzo 1903 n. 103, che al comma I stabiliva «possono esercitarsi ad economia i servizi per la cui tenue importanza o perché non aventi un prevalente carattere industriale non sia caso di farne assumere il servizio nell'esercizio nelle forme e con le garanzie stabilite dalla presente legge».

<sup>79</sup> Della legge del 1903, si veda la relazione citata alla nota che segue.

<sup>80</sup> L'art. 173 della legge comunale e provinciale del 1889, stabiliva a sua volta la gestione in economia per tutti quei servizi la cui «natura» fosse compatibile con tale forma. In tal senso la Relazione della Commissione della Camera dei deputati (Camera n. 1-A) al disegno di legge presentato dal Ministro dell'Interno Giolitti (seduta 23 maggio 1902), proposta divenuta poi legge 29 marzo 1903, n. 103. La «locuzione *per loro natura* dell'art. 173 della legge comunale e provinciale, è così vasta e, anzi generica, da poter comprendere servizi, importantissimi non solo, ma che rientrano, nelle più antiche, classiche e meno discusse e discutibili, finalità amministrative e politiche dei comuni. Non è parso quindi conveniente di parificare all'ipotesi del ripetuto art. 173, i puri e semplici servizi municipalizzabili di tenue importanza; anche per non far sorgere il dubbio che con la presente legge si voglia innovare, seppur indirettamente, ad uno dei più tipici caposaldi della fondamentale legge regolatrice dei nostri comuni». Rel. cit. art. 16. Il testo dell'art. 173 della legge comunale e provinciale del 1889 era il seguente: «i servizi che per la loro natura possono farsi ad economia debbono essere determinati e retti da speciali regolamenti approvati nei modi di legge». Relazione della Commissione, cit. commento all'art. 16., in *Collezione legislativa Anidel, serie Atti e discussioni parlamentari*, Roma, Anidel, 1961, I, 97.

La giurisprudenza riconosceva la natura pubblica del rapporto di lavoro degli addetti al servizio pubblico gestito in economia, in ragione dello stabile inserimento del dipendente nell'organizzazione del comune utile a perseguire le «finalità istituzionali» dell'ente territoriale<sup>81</sup>.

Le «modeste dimensioni», o le «caratteristiche del servizio» di cui alla legge di riforma erano dunque il vero fondamento dell'affermato rapporto di pubblico impiego degli addetti alla erogazione di un servizio in economia.

Nel secondo caso la ragione giuridica delle «caratteristiche del servizio» è data dalla non opportunità giuridica di pervenire alla scissione dell'erogazione del servizio dall'esercizio delle funzioni, mentre nel primo (modeste dimensioni del servizio) tale opportunità è puramente di natura economica.

In entrambi era l'attribuzione alle stesse persone fisiche che attendono alle funzioni istituzionali dell'ente e all'erogazione del servizio a determinare la natura pubblica del rapporto di lavoro, quelle ragioni che non richiedono una separazione organizzativa e contabile<sup>82</sup> della gestione del servizio

<sup>81</sup> La giurisprudenza è pacifica sul punto: Cass. Civ., sez. un., 15 luglio 1988, n. 4633; Cass. Civ., sez. un. 23 ottobre 1979, n. 5510; Cass. Civ., sez. un., 14 gennaio 1983, n. 268-271; Cass. Civ., sez. un., 5 luglio 1982, n. 4003; Cass. Civ., sez. un., 12 giugno 1982, n. 3543; Cass. Civ., sez. un., 17 giugno 1982, n. 3677; Cass. Civ., sez. un., 18 luglio 1980, n. 4690, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2406; Cass. Civ., sez. un., 2 aprile 1980, n. 2130; Cass. Civ., sez. un., 24 febbraio 1978, n. 938, in *Dir. lavoro*, 1979, II, 161; Cass. Civ., sez. un., 9 marzo 1979, n. 146; Cass. Civ., sez. un., 24 febbraio 1978 n. 939, in *Cons. Stato*, 1978, II, 746.

<sup>82</sup> Si veda il d. p. r. 19 giugno 1979, n. 421, che vieta le gestioni fuori bilancio e le contabilità separate, salvo quelle che, potendo essere ricollegate a partite considerate in bilancio, siano necessarie per finalità conoscitive interne (art. 2, comma III). Il bilancio di previsione deve essere corredato da quadri riassuntivi delle entrate e delle spese relative a ciascun servizio gestito in economia (art. 11, u.c.), sicché la contabilità fi-

dal complesso dell'attività che costituisce perseguimento delle finalità istituzionali dell'ente territoriale di riferimento.

Sicché alla ragione comunemente addotta di una non convenienza del regime privato («non opportuno»), occorre riconoscere che la giurisprudenza con l'argomento aggiuntivo dell'assenza di una contabilità separata aveva mantenuto nel tempo il ricordo della ragione comune della inscindibilità tra funzioni e servizi per giungere alla negazione dell'applicazione dell'art. 2093, comma II, cod. civ. nel caso di gestione in economia del servizio pubblico.

Ciò che conta è che per ragioni quantitative (modeste dimensioni del servizio), o qualitative (caratteristiche del servizio), non è opportuno separare l'esercizio delle funzioni dall'erogazione dei servizi ed in ragione di ciò e dell'allora disciplina vigente in materia di impiego presso l'amministrazione pubblica si determinava la scelta della natura pubblica del rapporto di lavoro.

5. *La gestione dei servizi di base da parte delle circoscrizioni di decentramento e dei municipi. «Servizi di base» e servizi pubblici: riserva di attribuzione nel caso di gestione in economia. La delega delle funzioni di controllo a municipi e circoscrizioni. Decentramento e partecipazione alla gestione dei servizi pubblici.*

nanziaria nella quale i servizi in economia devono essere compresi non considera tutti i costi di un normale servizio gestito a mezzo di organizzazioni terze (spese generali, accantonamenti vari, indennità di anzianità del personale, ammortamento degli impianti, ecc.): G. NICOLETTI, *I servizi pubblici locali gestiti in economia*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, 71; R. MINGOTTI, *Note critiche in ordine alla gestione in economia dei servizi pubblici degli enti locali*, in *Atti della III Conferenza nazionale economica CISPTEL, Firenze 24-26 novembre 1986*; ID., *Le gestioni in economia dei servizi pubblici locali prima e dopo la legge 142*, *Publitechica*, 1990.

Si è detto che la gestione del servizio pubblico in economia trova definizione con diretto riferimento alla struttura amministrativa che è propria di comuni e province.

Sul ruolo dei dirigenti ed i rapporti con gli organi elettivi si è avuto modo di riferire al paragrafo che precede.

Ora pare necessario rivolgere l'attenzione alla struttura nel suo complesso ed in particolare a quelle norme della legge sull'ordinamento delle autonomie locali che disciplinano il decentramento comunale e il rapporto fra comuni e province.

Con riferimento all'esercizio delle funzioni comunali la legge stabilisce che l'ente attua forme sia di decentramento, sia di cooperazione con altri comuni e con la provincia (art. 9, comma II) e sebbene per i servizi pubblici le disposizioni di riferimento siano altre (artt. 11-13; artt. 24-26) in esse si conferma il principio enunciato per le prime.

Sulle forme di cooperazione e di cogestione fra comuni e province (artt. 24-26) ci si soffermerà più oltre<sup>83</sup>, si vuole ora analizzare invece la disciplina a favore del decentramento comunale e quella che attiene al riparto di competenza fra comuni, province e città metropolitane.

Forse la più grande novità della gestione in economia dei servizi pubblici consiste proprio in ciò: nell'aver il legislatore diversamente configurato la struttura amministrativa degli enti territoriali minori con non poche disposizioni a favore del decentramento e della cooperazione.

La forma di gestione in economia permane formalmente nelle linee guida fondamentali non molto dissimile da quella di inizio secolo, caratterizzata dalla diretta attribuzione della gestione del servizio pubblico all'apparato amministrativo dell'ente territoriale, ma la diversa struttura di questo ri-

<sup>83</sup> Al capitolo quinto.

donda sul tipo di gestione e trasferisce a tale forma di erogazione del servizio tutte le relative novità.

Anzitutto si stabilisce che ove con legge regionale si proceda alla istituzione di nuovi comuni (art. 133 Cost.), mediante fusione di due o più comuni contigui, nella stessa si deve provvedere affinché alle comunità di origine siano assicurate adeguate forme di partecipazione e di decentramento dei servizi<sup>84</sup>.

La stessa legge regionale inoltre può prevedere l'istituzione di «municipi» per i territori dei comuni che, di popolazione inferiore ai cinquemila abitanti, siano stati oggetto di fusione. Ai «municipi» è attribuito dalla legge<sup>85</sup> «il compito di gestire i servizi di base», nonché le «altre funzioni delegate dal comune».

Sotto altro profilo e indipendentemente da un processo di fusione, la legge di riforma, impone ai comuni capoluogo di provincia e a quelli di popolazione superiore a centomila abitanti, o consente a quelli tra i trentamila e i centomila abitanti, l'istituzione delle circoscrizioni di decentramento, «quali organismi di... gestione dei servizi di base, nonché di esercizio delle funzioni delegate dal comune.»

La norma apre non pochi problemi interpretativi che debbono essere analizzati partitamente.

La questione preliminare è data dal significato della nozione di «servizi di base» di cui agli art. 12 e 13 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali che, ove si ritenga individui una *species* della definizione di servizio pubblico, impone di verificare se trattasi di gestione-controllo, o di gestione-esercizio del servizio pubblico.

La conseguenza immediata della scelta da ultimo indicata consiste nell'attribuire agli uffici di decentramento la riserva dei servizi di base indipendentemente dalle cinque

<sup>84</sup> Art. 11, comma III, l. n. 142 del 1990.

<sup>85</sup> Art. 12, comma I, l. n. 142 del 1990, cit.

forme di erogazione di servizi pubblici, ovvero la sola forma della gestione «in economia» con preclusione di qualsiasi altra indicata all'art. 22, comma III.

Procedendo per gradi occorre precisare che la riserva ai *municipi* della gestione dei «servizi di base» è imposta dal legislatore all'istituendo comune come garanzia ed incentivo per i comuni più piccoli, che potrebbero in assenza di tale norma perdere la garanzia del mantenimento della localizzazione dell'erogazione dei servizi comunali nel proprio territorio a seguito della fusione con altre e più copiose popolazioni.

Per le circoscrizioni la *ratio* normativa pare invece indicata dal tradizionale motivo del decentramento della gestione dei servizi per i comuni di ampie dimensioni.

Se tali sono le ragioni normative, ne consegue che la locuzione «*servizi di base*» include sicuramente qualsiasi attività dell'amministrazione comunale diversa dall'esercizio delle funzioni: sia essa in senso proprio l'erogazione dei servizi pubblici di cui all'art. 22, sia i servizi che la legge n. 142 del 1990 definisce senz'altra precisazione, come nel caso dell'art. 10 e 38, comma I, che determinano i compiti dei comuni nei «servizi di competenza statale»<sup>86</sup>.

La soluzione pare corretta soprattutto in considerazione dalla stessa struttura letterale degli articoli 12 e 13 cit., nei quali il rigore terminologico appare claudicante e consente soluzioni interpretative di maggiore favore per il decentramento amministrativo, perché l'attribuzione della «gestione dei servizi di base» è posta in alternativa alle «altre funzioni delegate» dagli organi del (nuovo) comune.

La questione avanzata all'inizio del presente paragrafo è

<sup>86</sup> Tali articoli si riferiscono alla gestione dei servizi elettorali, statistico, di anagrafe, di stato civile e di leva militare, che l'art. 10 attribuisce al comune. Solo con riferimento agli atti a rilevanza esterna si attribuisce la relativa competenza al sindaco in qualità di ufficiale di governo.

se con la parola «gestione» dei servizi di base di cui all'art. 12 e 13 il legislatore abbia inteso attribuire il potere di determinare l'assunzione del servizio e le forme di erogazione dello stesso (gestione-controllo), con la conseguenza di ritenere ammissibili per municipi e circoscrizioni tutte le forme di gestione indicate all'art. 22, comma III.

La soluzione potrebbe dipendere dalla possibilità per gli organi del nuovo comune di procedere alla delega della indicata funzione di controllo del servizio pubblico ed in particolare del potere di assunzione e di scelta delle forme di erogazione dello stesso.

La legge ha attribuito tale funzione ed i relativi poteri al consiglio comunale<sup>87</sup>, sicché pare da escludere che si possa procedere alla sua delegazione a favore degli organi delle circoscrizioni e dei municipi, stante l'inderogabilità *ex lege* delle competenze del consiglio comunale<sup>88</sup> sancita dall'art. 32 e 35 della nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali<sup>89</sup>.

La soluzione che parrebbe residuare in base alla normativa vigente<sup>90</sup> individua nei municipi e nelle circoscrizioni una *species* della forma di gestione del servizio in economia,

<sup>87</sup> Art. 32, comma II, lett. f) e lett. d)

<sup>88</sup> La lettera dell'art. 35 della legge n. 142 del 1990, stabilisce la competenza generale, ma residuale, della giunta in ragione di quanto non sia stato dalla *legge* riservato al consiglio e sempre che non rientrino fra le competenze attribuite *dalla legge o dallo statuto* al sindaco, agli organi di decentramento, al segretario, o ai funzionari dirigenti, sicché pare da escludere una possibilità anche in forma statutaria di vedere aggiunte, o sottratte competenze diverse da quelle previste dalla legge al consiglio comunale. Per diversa conclusione si veda *infra* in nota.

<sup>89</sup> Art. 32, comma II, lett. f) e d).

<sup>90</sup> Ma a diversa conclusione si potrebbe pervenire ove la gran parte delle funzioni attribuite dall'art. 32, c. II, della l. n. 142 del 1990, cit., al consiglio sia trasferita al sindaco dalla attesa legge sulla sua «elezione diretta», ovvero accogliendo altra prospettazione come quella indicata alla nota *infra*.

in conformità alla qualificazione dei municipi e delle circoscrizioni come «organismi di decentramento e partecipazione» del nuovo comune<sup>91</sup> di cui gli stessi costituiscono un'articolazione.

La conseguenza immediata è che operata la scelta della forma di gestione in economia si impone un vero e proprio dovere *ex lege* di decentramento a favore dei municipi e delle circoscrizioni della gestione-esercizio dei servizi pubblici di base<sup>92</sup>.

Il risultato pare di favore per la partecipazione delle associazioni dei cittadini e degli utenti alla gestione dei servizi pubblici ed è conforme al precetto che vuole «l'apertura delle strutture amministrative» alle associazioni di volontariato, poiché lo stesso pare possa meglio esprimersi in strutture pubbliche e di non ampie dimensioni<sup>93</sup>.

<sup>91</sup> Affermato espressamente per le circoscrizioni all'art. 13, è desumibile per i municipi in ragione degli artt. 11, comma III e 12, comma I. Il primo stabilisce che la legge regionale deve prevedere che alle comunità di origine siano assicurate adeguate forme di partecipazione e di decentramento dei servizi, locuzione cui si riferisce espressamente l'art. 12, comma I, che disciplina i municipi. La conclusione è confermata infine dall'identità delle principali attribuzioni nei due casi (gestire i servizi di base nonché altre funzioni delegate dal comune) indicate dall'art. 12, comma I, per i municipi e dall'art. 13 comma I, per le circoscrizioni.

<sup>92</sup> Secondo una diversa prospettazione, non necessariamente in contrasto con la precedente, si può ritenere che la norma legislativa sull'inderogabilità delle competenze del consiglio (art. 32 e 35) si riferisca nei casi previsti dagli artt. 12 e 13 («altre funzioni delegate»), alla sola titolarità delle funzioni, che la delega, come è noto, non sottrae al suo titolare. Ove il consiglio provveda a delegare la funzione di controllo del servizio pubblico a municipi e circoscrizioni, a questi verrebbe riconosciuto anche il potere di scelta delle forme di erogazione del servizio ai sensi dell'art. 22 e s. della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, ma non quello di assunzione (e cessazione) del servizio stesso, che si è visto proprio dell'ente territoriale ed in particolare di quegli organi che rappresentano la sua complessità.

<sup>93</sup> Si veda l'art. 6, comma I, della legge n. 142 del 1990, cit., nonché

Può apparire in tal senso non casuale che il legislatore abbia definito i municipi e le circoscrizioni come forme di «decentramento e partecipazione»<sup>94</sup>, richiamando concetti che di per sé hanno una propria autonomia<sup>95</sup>, ma che possono, come nel caso in questione, trovare congiunta realizzazione.

la recente l. 11 agosto 1991, n. 266, legge-quadro sul volontariato, ed in particolare l'art. 3, comma V, l'art. 7, comma I, e l'art. 10, comma II. Il combinato disposto di tali norme pare affermare che la partecipazione dei cittadini in forma associata all'amministrazione locale sia preferita nel caso di servizi pubblici gestiti dall'apparato amministrativo del comune, poiché è più difficile coniugare le prestazioni di tali associazioni con organizzazioni di tipo imprenditoriale, ad esse estranee per struttura, cultura e finalità. Tale affermazione di preferenza non significa escludere a priori che gli organismi di volontariato non possano trovare collocazione, nei singoli casi, anche presso aziende pubbliche, società per azioni a prevalente partecipazione pubblica, o addirittura nell'organizzazione di impresa di un concessionario.

<sup>94</sup> Su cui la nota *supra*.

<sup>95</sup> Il primo (decentramento) afferma infatti una più diffusa dislocazione territoriale dell'erogazione dei servizi, o dell'esercizio delle funzioni, mentre il secondo (partecipazione) definisce il possibile contributo di soggetti estranei alla amministrazione nell'erogazione di servizi, o nell'esercizio di funzioni amministrative.

CAPITOLO QUARTO  
L'EROGAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI  
CON ORGANIZZAZIONI PUBBLICHE ESTERNE  
ALL'AMMINISTRAZIONE TERRITORIALE DI RIFERIMENTO

SOMMARIO: 1. L'erogazione a mezzo di azienda speciale. Ente pubblico strumentale dell'ente locale a carattere imprenditoriale e personalità giuridica ad oggetto sociale limitato (servizi pubblici). — 2. I rapporti con l'ente territoriale. Autonomia imprenditoriale e autonomia patrimoniale perfetta. Autonomia e potere di approvazione degli atti fondamentali. Personalità giuridica, copertura dei costi sociali e abrogazione della norma sull'attribuzione degli utili all'ente territoriale. Struttura, organi e rapporto di servizio dei dipendenti. La vigenza delle norme preesistenti. — 3. L'istituzione e i servizi sociali «senza rilevanza imprenditoriale». Le disposizioni peculiari all'istituzione. L'assenza di un carattere imprenditoriale. I servizi sociali a carattere imprenditoriale. — 4. Disposizioni comuni all'azienda e all'istituzione: efficacia, efficienza, economicità e pareggio di bilancio. Peculiarità dell'interpretazione delle norme con riferimento all'istituzione.

1. *L'erogazione a mezzo di azienda speciale. Ente pubblico strumentale dell'ente locale a carattere imprenditoriale e personalità giuridica ad oggetto sociale limitato (servizi pubblici).*

L'azienda speciale è quella forma di erogazione di servizi pubblici locali che ha come antecedente l'azienda «municipalizzata», che nella disciplina previgente era indicata

come assunzione diretta in alternativa alla gestione in economia<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Per riferimenti alla dottrina anteriore alla legge di riforma si vedano, oltre alle note che seguono: A. BARDUSCO, voce *Aziende pubbliche* III) *Aziende municipali*, dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*; G. CAIA, voce *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*; M. ALESSI, *Impianto ed esercizio di servizi pubblici comunali*, Milano, 1977; G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 363; F. LEVI, *Nuove tendenze sulla disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Impr. pubbl.*, 1975, 6; A. PIRAS, *La municipalizzazione, problemi delle municipalizzazioni*, in *Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi di unificazione, I Comuni*, a cura di M. S. Giannini, Neri Pozza, Venezia, 1967; G. PISCHEL, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi e domani*, Roma, 1965; R. TORRIGIANI, *Le aziende autonome pubbliche*, Milano, 1971; G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Torino, 1950; A. TROCCOLI, *Le aziende municipalizzate*, Firenze, 1963; M. S. GIANNINI, *Commissioni amministratrici di aziende municipalizzate e art. 46 della Costituzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, II, 264; A. L. NECCI, *La figura giuridica del direttore nelle aziende municipalizzate*, in *Riv. soc.*, 1963, 683; U. POTOTSCHNIG, *La posizione del direttore nelle aziende municipalizzate*, in *Giur. it.*, 1962, 332; R. BONAZZI, *La formazione dell'attività degli organi delle aziende municipalizzate*, in *Atti del Convegno sulle nomine degli Enti pubblici (l. 12 agosto 1977, n. 675)*, Roma, 1977, 85; A. TROCCOLI, *La commissione amministratrice delle aziende municipali*, in *Impr. pubbl.*, 1962, 327; M. A. VENCHI, *Capacità delle aziende municipalizzate e legittimazione del direttore*, in *Foro amm.*, 1976, II, 243; F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Milano, 1973; G. ARDAU, *Contrattazione collettiva e imprese municipalizzate*, in *Giur. it.*, 1967, IV, 7; G. GHETTI, *Nuove incertezze in tema di competenza giurisdizionale sulle controversie di lavoro dei dipendenti da aziende municipalizzate di pubblici servizi*, in *Riv. dir. lav.*, 1978, II, 723; M. S. GIANNINI, *Appunti sul rapporto di lavoro con le aziende municipali*, in *Scritti in memoria di A. Giuffrè*, vol. III, Milano, 1967, 475; F. MINUCCI, *Sul rapporto di lavoro nelle aziende municipalizzate*, in *Temi rom.*, 1972, 245; K. FERRARI, *La natura del rapporto di lavoro tra aziende municipalizzate e i propri dipendenti e la giurisdizione ordinaria o amministrativa nelle relative controversie*, in *Foro amm.*, 1978, I, 2107; D. PASCARELLA, *La partecipazione dei lavoratori nelle aziende*, *Impr. pubbl.*, 1976, 3, 156.

La disciplina dell'azienda speciale è stata sottoposta a profonde innovazioni dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali in guisa tale da fare dubitare che si possa ancora parlare per essa di «gestione diretta» dei servizi pubblici.

L'attribuzione della personalità giuridica all'azienda speciale (art. 23, comma 1) pare interrompere, come vedremo, la continuità delle ragioni che un tempo avevano accorpato sotto un'unica definizione (assunzione diretta) la forma della gestione in economia e dell'azienda municipalizzata<sup>2</sup>.

Le ragioni che un tempo hanno portato il legislatore di inizio secolo a prevedere l'azienda municipalizzata possono essere sintetizzate ricordando che tale forma era ritenuta un felice mezzo di gestione in cui si potevano conciliare scopi sociali ed efficienza finanziaria, cioè un'efficace formula organizzativa per la gestione dei servizi pubblici comunali a carattere industriale.

«Da una parte invero i comuni, preoccupati dei crescenti oneri finanziari e nel tempo stesso naturali tutori degli interessi dei cittadini, insistevano e lottavano per conseguire riduzioni di prezzi ed agevolanze che i concessionari erano restii ad accordare, e dall'altra si notava sempre più larghezza dei profitti che codesti servizi assicuravano agli esercenti, soprattutto alle imprese concessionarie della illuminazione a gas e di acquedotti, più recentemente, agli esercenti di omnibus e tranvie»<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Seppure secondo un diverso significato da quello utilizzato in testo ritiene possibile mantenere la classificazione di un tempo includendo l'azienda fra le ipotesi di assunzione diretta: A. ROMANO TASSONE, *La concessione a terzi dei servizi pubblici locali*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, 83; lo esclude G. MARCHIANÒ, *L'azienda speciale e le prime osservazioni sull'art. 23 della legge 142/90*, in *Dir dell'econ.*, 1991, 672.

<sup>3</sup> Relazione del Ministro degli Interni Giolitti al disegno di legge

Vi era da un lato la preoccupazione di pervenire ad una gestione dei servizi pubblici informata maggiormente all'interesse pubblico dello sviluppo di centri urbani di inizio secolo, contenendo gli elevati costi dei prezzi dei servizi sino a quel tempo per gran parte erogati dai privati concessionari, e d'altro lato l'intento di conseguire a favore delle finanze comunali entrate, o minori uscite, nell'erogazione dei servizi stessi<sup>4</sup>.

Rileggere il dibattito di un tempo può portare a meditare con maggiore attenzione e pacatezza le recenti tendenze

poi divenuto l 29 marzo 1903 n. 903 seduta 11 aprile 1902, Legislatura XXI - Sessione II, doc. n. 1, in *Collezione legislativa Anidel...*, cit., pag. 10.

<sup>4</sup> È opinione presente anche nel dibattito alla Camera dei Deputati (tornata 26 novembre 1902, legislatura XXI - II sessione) intervento on. Fusinato, in *Collezione legislativa Anidel...*, cit., pag. 169 e s. «Affidare l'esercizio di questi servizi all'industria privata, che non può avere altro movente fuorché quello del lucro, altro scopo fuorché quello del maggior profitto, è come introdurre nel sistema un dissidio insolubile. Perché qui non si tratta di imprese puramente industriali, ma di servizi, il buon andamento e la larga diffusione dei quali rappresentano un efficace agente per il progresso generale...». «E a queste considerazioni che sono specialmente di indole sociale se ne aggiungono altre di indole finanziaria. Invece, insomma o signori, quando io so che il costo medio di produzione del gas in Italia, secondo i calcoli più elevati è di 14 centesimi il mq, e il prezzo medio di vendita è di 26 e sale fino a 48 a Palermo, quando so che per l'energia elettrica il prezzo di vendita è più che doppio del costo di produzione; e lo stesso su per giù si verifica per ogni servizio pubblico; quando io vedo, in quale maniera realizzarsi, a vantaggio di privati, guadagni notevolissimi, che si risolvono tutti, in un danno pubblico, sia dal punto di vista economico, presupponendo prezzi ingiustamente elevati, sia dal punto di vista sociale, determinando una nociva limitazione del servizio; quando, dico, si rifletta a tutto ciò, non viene naturalmente l'idea di sottrarre ai privati per restituire alla collettività, queste ampie fonti di lucro rappresentate da servizi che riguardano la collettività medesima?» intervento dell'on. FUSINATO, op. cit. 171.

che vorrebbero affermare un generalizzato ritorno alla «privatizzazione» nell'erogazione dei servizi pubblici<sup>5</sup>.

Con la legge 29 marzo 1903 n. 103, istitutiva della municipalizzazione, non si era dubitato che all'azienda mancasse una personalità giuridica separata da quella del comune<sup>6</sup>.

Le opinioni dissenzienti si affermarono in anni successivi alla seconda guerra mondiale in cui le esigenze di autonomia delle aziende speciali erano divenute più forti<sup>7</sup>, con ri-

<sup>5</sup> Per una analisi della vicenda M. S. GIANNINI, *Le imprese pubbliche in Italia*, in *Riv. delle Società*, 1958, 231 e s.; A. PIRAS, *La municipalizzazione (problemi della municipalizzazione)*, cit., 355 e s.; G. LUZZATO, *Storia economica d'Italia. L'età contemporanea*, vol. II, Padova, Cedam, II ed., 1952, spec. cap. VIX, 6; cfr. A. A. V. V. *Lo sviluppo economico in Italia, Storia dell'economia italiana negli ultimi cento anni*, a cura di G. Fuà, Milano, Angeli, II ed., 1974.

<sup>6</sup> Nella relazione della Commissione alla Camera dei Deputati (seduta 23 maggio 1902) si afferma chiaramente che la «specialità dell'azienda non significa autonomia, e molto meno autarchia. Si ha è pur vero gestione a parte di bilanci e conti separati, ma non distinta personalità giuridica, con proprio patrimonio. In *Collezione legislativa Anidel...*, cit., 87.

<sup>7</sup> In tal senso a favore di un riconoscimento implicito della personalità giuridica F. BASSI, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Milano Giuffrè, 1957, 170 e s., 217 e s.; G. ROSSI, *Le basi giuridiche della municipalizzazione*, in *Impresa pubblica*, 1958, 112 e s., 244 e s.; entrambi contrari, invece, ad un riconoscimento di tale soggettività con riferimento alla l. 29 marzo 1903 n. 103. Contrari in genere alla personalità giuridica delle aziende municipalizzate, perché ricalcano il modello delle aziende autonome statali: M. S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.*, 1953, 621; U. BORSI, *La mancanza di personalità giuridica nelle aziende speciali dei servizi direttamente assunti da comuni e province*, in *Foro it.*, 1931, I, 1168. C.f.r. G. FALZONE, *Azienda municipalizzata, ricostruzione a carico dello stato dei relativi beni distrutti o deteriorati da eventi bellici*, C. E. M., Napoli, 1948; F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, Torino, 1932, 815 e s.; A. C. PUCHETTI, *La personalità giuridica delle aziende speciali per l'esercizio diretto dei pubblici servizi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1939, 168 e

ferimento tuttavia alla successiva disciplina del r. d. 30 dicembre 1923, n. 3047, poi rifiuta nel testo unico n. 2578 del 1925, cit.

Il riconoscimento della personalità giuridica all'azienda speciale recepisce quelle interpretazioni che da più di trent'anni avevano sostenuto la necessità di una separazione netta fra l'azienda speciale e l'ente territoriale di riferimento.

Non è un caso che in tali opinioni un tempo dissenzienti l'attribuzione della personalità giuridica all'azienda speciale sia stata presentata unitamente ad interpretazioni che con larga anticipazione hanno negato, o fortemente delimitato, i poteri di ingerenza dell'ente territoriale di riferimento, affermando di converso solo poteri di controllo sulla gestione dell'azienda stessa<sup>8</sup>.

In tal guisa si era tentato di leggere la disciplina di devoluzione degli utili, o di accollo delle perdite, all'ente territoriale di riferimento (art. 2 r. d. n. 2578 del 1925, cit.) come normativa a tutela del solo interesse legittimo dei creditori dell'azienda e non come obbligo di garanzia per i terzi creditori (responsabilità illimitata) e per ciò come norma né favorevole, né contraria, alla personalità giuridica dell'azienda municipalizzata<sup>9</sup>.

s.; R. TORRIGIANI, *Le aziende autonome pubbliche*, Milano, Giuffrè, 1971, 152 e s.; G. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXVII, Milano, 1977, 363 e s.; A. PIRAS, *La municipalizzazione (problemi della municipalizzazione)*, cit., 355 e s.

<sup>8</sup> F. BASSI, *La natura giuridica...*, cit., 221.

<sup>9</sup> F. BASSI, *La natura giuridica...*, cit., 80 e s., 218. A favore della tesi contraria invece U. BORSI, *La mancanza di personalità giuridica nelle aziende speciali...*, cit., 1168; ID., *Le funzioni del comune italiano*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. Orlando, vol. II, pt. II, Milano, Società editrice libraria, 1915, 13. Si veda la tesi di Bassi che, ricostruendo la responsabilità patrimoniale del comune per le perdite dell'azienda non come un vero e proprio obbligo di

Rispetto alle tesi sopra indicate la nuova legge sull'ordinamento sulle autonomie locali introduce alcune novità che diversamente definiscono l'attribuzione della personalità giuridica all'azienda speciale.

L'art. 23 della legge prevede per l'azienda l'obbligo del pareggio di bilancio e delimita la possibilità di finanziamenti dell'ente locale ai soli casi di copertura degli eventuali costi sociali.

Il potere di ingerenza dell'ente territoriale è limitato alla nomina e revoca degli amministratori, nonché al potere di indirizzo, di vigilanza e di verifica dei risultati della gestione aziendale (art. 23).

Tale disciplina è stabilita sia per l'azienda, sia per l'istituzione, ma l'attribuzione della personalità giuridica in un caso, e la negazione della stessa nell'altro, unitamente al diverso oggetto di attività (carattere imprenditoriale o no) determinano una diversa ricostruzione della *ratio* normativa delle due forme di erogazione di servizi pubblici con conseguente differente interpretazione dell'art. 23, cit., con riferimento all'azienda speciale, o all'istituzione.

Si è detto che già anteriormente all'entrata in vigore della legge sull'ordinamento delle autonomie locali la disciplina delle aziende speciali aveva già compiuto passi importanti verso una disciplina complementare al conferimento della personalità giuridica<sup>10</sup>, poiché le aziende municipaliz-

garanzia, ma come un interesse legittimo del creditore, definisce come dovere quello dell'amministrazione municipale di adeguarsi al preciso disposto normativo che le impone di far fronte alle perdite del conto di esercizio mediante il trasferimento di fondi già stanziati nel proprio bilancio con conseguente tutela giurisdizionale ai sensi dell'art. 27, n. 4 del r. d. 26 giugno 1924, n. 1054, che come è noto consente di ottenere che l'autorità municipale si conformi al giudicato di annullamento sul silenzio rifiuto dell'amministrazione di adempiere ad un dovere previsto per legge: F. BASSI, *La natura giuridica...*, cit., 83, 85-86.

<sup>10</sup> In tal senso G. MARCHIANÒ, *L'azienda speciale, prime osservazioni...*, cit., 677, e spec. nt. 8.

zate potevano, previa autorizzazione del consiglio, o dell'assemblea dell'ente proprietario, contrarre mutui<sup>11</sup> e prestiti obbligazionari<sup>12</sup>.

L'accennata disciplina ha segnato il progressivo riconoscimento *ex lege* dell'autonomia delle aziende, con limitazione dei poteri di ingerenza degli organi dell'ente locale di riferimento, anche se occorre riconoscere che autonomia gestionale e personalità giuridica sono nel nostro ordinamento concetti differenti, seppure non privi di significative relazioni.

Il riconoscimento della personalità giuridica è normalmente ricondotto sul piano patrimoniale alla «autonomia patrimoniale perfetta», cioè all'assenza di una disciplina che disponga una illimitata responsabilità delle persone che hanno costituito un centro di imputazione di rapporti giuridici separato dalle proprie (2740, cod. civ.), o di coloro che hanno agito in nome e per conto di questo (art. 38 cod. civ.).

L'attribuzione della personalità giuridica all'azienda speciale pare negare ogni possibilità di individuare nel comune, in via solidale, o sussidiaria, il soggetto che risponde illimitatamente delle obbligazioni sorte durante l'esercizio del servizio pubblico da parte dell'azienda.

Da ciò i primi rilievi in ordine ad una diversa interpretazione della disciplina posta dall'art. 23 per le aziende speciali e per l'istituzione.

La violazione dell'obbligo del pareggio di bilancio infatti, comunque si voglia configurare la relativa sanzione, non può costituire titolo per una responsabilità illimitata dell'ente territoriale nel caso in cui la gestione sia affettuata a mezzo di una azienda speciale.

Sul punto si avrà modo di ritornare nel corso dell'ana-

<sup>11</sup> L. 9 agosto 1986, n. 488, art. 9 bis.

<sup>12</sup> Art. 45, d. p. r. 4 ottobre 1986, n. 902.

lisi della disciplina di cui all'art. 23, preme ora rilevare un secondo dato distintivo della disciplina relativa alla azienda speciale rispetto a quella prevista per l'istituzione.

L'istituzione, ai sensi dell'art. 22, comma III, lett. d), non può erogare servizi a carattere imprenditoriale, mentre tale possibilità è espressamente riconosciuta all'azienda<sup>13</sup>.

La menzione del carattere imprenditoriale dell'attività che può essere oggetto dell'azienda speciale innova la precedente disciplina che indicava invece la qualità «industriale» del servizio come criterio distintivo dalla gestione in economia<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Sia dall'art. 22, c. III, lett. c), sia dall'art. 23, c. I. Dal tenore letterale di tali articoli si potrebbe anche ritenere che l'azienda speciale non sia limitata al carattere imprenditoriale del possibile oggetto della propria attività, poiché l'art. 22, cit., afferma che la gestione di un servizio pubblico può avvenire «a mezzo di azienda speciale, *anche* per la gestione di più servizi di rilevanza economia e imprenditoriale» lasciando quindi aperta la possibilità che l'azienda speciale gestisca *anche* servizi che imprenditoriali non sono. L'affermazione non sarebbe di per sé in contrasto con l'art. 23, c. I, che attribuisce all'azienda speciale oltre alla personalità giuridica anche l'autonomia imprenditoriale, di cui ha bisogno ove provveda a gestire servizi che hanno tale carattere. L'interpretazione indicata manterrebbe una continuità con i precedenti legislativi nei quali l'azienda speciale era prevista come forma normale di gestione diretta di un servizio pubblico da parte dei comuni, con definizione residuale dei casi di gestione in economia. Definendosi quest'ultima come forma utile alla gestione dei servizi di tenue importanza, o perché aventi carattere prevalentemente industriale, si negava la forma in economia (oggi anche dell'istituzione) per quelli a carattere imprenditoriale, seppure letteralmente non si escludeva la possibilità di una gestione a mezzo di azienda speciale per servizi che tale carattere non possedevano. A ciò si aggiunga che nell'elencazione esemplificativa di cui all'art 1 del r. d. n. 2578 del 1925, cit., si potevano trovare ipotesi di servizi sicuramente a carattere non industriale (ad es. costruzione ed esercizio degli asili notturni, impianto ed esercizio di farmacie).

<sup>14</sup> Art. 15 del r. d. n. 2578 del 1925, cit.; art. 16 della l. n. 103 del 1903, cit.

Alcuni hanno ritenuto che la definizione «imprenditoriale» della recente legge di riforma equivalga a «servizi pubblici industriali e commerciali»<sup>15</sup>, senonché non è chiaro se nell'endiadi il rapporto sia di specie a genere, ovvero i due termini individuino autonome categorie di attività possibili per l'azienda.

È noto che nel nostro ordinamento l'attività di impresa trova definizione solo in forma indiretta nell'art. 2082 del cod. civ. e che nella stessa rientrano varie categorie di imprenditore: commerciale (2195, cod. civ.), agricolo (2135 cod. civ.), piccolo imprenditore (2083, cod. civ.).

Nel primo caso (specie a genere) l'endiadi proposta «dei servizi industriali e commerciali» potrebbe sottolineare il passaggio dalla vecchia alla nuova definizione: dall'attività a carattere industriale della legislazione previgente all'impresa commerciale della legge di riforma, concludendo che l'azienda è ora aperta a qualsiasi attività che è propria dell'imprenditore commerciale nel nostro ordinamento (art. 2195, cod. civ.).

La conclusione pare tuttavia troppo ampia poiché include sia l'attività bancaria e assicurativa (art. 2195, n. 4, cod. civ.), di cui è lecito dubitare che possa essere intrapresa dall'azienda speciale, sia l'attività di intermediazione nella circolazione dei beni (art. 2195, n. 2, cod. civ.) che, salvo leggi speciali<sup>16</sup>, parrebbe esclusa dalla stessa lettera della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Nel secondo (due definizioni di specie) pare introdursi un'insidia lessicale, poiché la parola commerciale assume il

<sup>15</sup> Lo afferma a fini descrittivi con riferimento alle categorie merceologiche: G. CAIA, *Assunzione e gestione di servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. gov. loc.*, 1992, 16.

<sup>16</sup> Si veda ad esempio la legislazione sulle farmacie comunali art. 27 l. 9 giugno 1947, n. 530.

significato di intermediazione nella circolazione dei beni, con conseguente delimitazione dell'attività dell'azienda all'indicata attività di intermediazione (2195, n. 2, cod. civ.) e all'attività industriale di produzione di beni e servizi (art. 2195, n. 1, cod. civ.).

La soluzione parrebbe in contrasto con la lettera dell'art. 22, comma I, che delimita «alla produzione di beni e attività» la definizione dell'oggetto di qualsiasi servizio pubblico attribuito alla gestione di comuni e province, escludendo così l'attività di intermediazione nella circolazione dei beni prevista dall'art. 2082 cod. civ.

Sotto altro profilo l'art. 2082 cod. civ. definisce l'imprenditore come colui che «esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi».

La definizione di cui all'art. 22, comma I, della legge di riforma delle autonomie locali, valida per qualsiasi forma di gestione<sup>17</sup>, non menziona invece espressamente la "professionalità", l'"economicità" e "l'organizzazione" che caratterizzano l'attività di impresa di cui all'art. 2082, cod. civ.

Senonché l'organizzazione è per definizione dell'art. 22, comma III<sup>18</sup>, presente in qualsiasi forma di gestione del servizio pubblico, analogamente alla professionalità che consegue alla definizione di servizio pubblico che non tollera «ocasionalità» nell'erogazione dello stesso.

La conclusione è conforme alle opinioni che ritengono

<sup>17</sup> Letteralmente l'art. 22, comma I, dispone «provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle autonomie locali».

<sup>18</sup> L'organizzazione è propria dell'apparato pubblico per la gestione in economia, dell'azienda, dell'istituzione e della società per azioni che *ex lege* sono organizzazioni; infine è propria dei terzi concessionari in quanto imprenditori individuali, ovvero associazioni, fondazioni, società.

che il «carattere imprenditoriale» è dato soprattutto dalla qualificazione «economica» dell'attività<sup>19</sup>, peraltro già affermata dall'art. 22, comma III, lett. c), ove si definisce l'azienda speciale come struttura «per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale»<sup>20</sup>.

Si è detto che è economica quell'attività «creatrice di ricchezze o, secondo una espressione più tecnica, creatrice di nuove utilità»<sup>21</sup>, con ciò volendo escludere la mera attività di godimento, ma non le attività finanziarie in quanto tipicamente connesse e strumentali alla vita delle imprese (art. 2195, n. 5, cod. civ.), con conseguente affermazione di un carattere imprenditoriale di una *holding*, di una società di investimento, dell'*investment trust*<sup>22</sup>.

Altri hanno ritenuto di trovare sicuro fondamento della qualificazione di una attività come economica nel suo essere rivolta, o più precisamente destinata, al mercato<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Da ultimo per tutti F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., 22.

<sup>20</sup> In tal guisa la duplicità di qualificazione si risolverebbe, alla luce dell'art. 2082 cod. civ., in una ridondanza.

<sup>21</sup> G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Vol. I, Padova, Cedam, II ed., 1986, 77; F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale...*, cit., 23. Ritiene pleonastica la nozione di economica perché si confonde con la quella di produttiva propria di tutta la definizione di cui all'art. 2082: W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova, Cedam, 1949, 50, spec. nt. 12.

<sup>22</sup> Cfr. F. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, VI ed. 1975; F. GALGANO, voce *Imprenditore*, nonché voce *Imprenditore commerciale*, in *Digesto (disc. priv.: sez. dir. comm.)*, Torino, Utet, 1992, 1 e s., 16 e s.

<sup>23</sup> R. FRANCESCHELLI, *Imprese e imprenditori*, Milano, Giuffrè, 1970, 82, 90; V. BUONOCORE, voce *Imprenditore (dir. civ.)* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970 521; V. PANUCCIO, voce *Impresa* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 609 e s.; contrario: W. BIGIAMI, *La professionalità dell'imprenditore...*, cit., 50.

La definizione viene indicata come caratteristica strutturale, o se si preferisce potenziale, di una determinata attività, la quale deve essere organizzata in modo tale da poter accedere al mercato, indipendentemente dalla circostanza che in concreto un'attività abbia come destinatario un solo cliente, o una pluralità di essi, poiché non è parso possibile disconoscere un carattere imprenditoriale a quelle attività di produzione di beni di esclusivo interesse per una sola azienda<sup>24</sup>.

La nozione pare consentire il permanere della definizione di impresa anche nel caso di servizio in esclusiva di cui all'art. 22, comma II, della l. n. 142 del 1990, cit., poiché la destinazione al mercato pare intesa non nel senso proprio delle scienze economiche (concorrenza), ma di «non auto-produzione», cioè nel caso in esame come attività rivolta all'utenza.

I risultati sinora conseguiti dalle analisi sull'impresa commerciale mantengano margini di incertezza, ma le difficoltà non debbono portare ad una facile separazione delle indagini ove si ritenga che le stesse siano comuni anche alla disciplina della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

È contrario alla stessa *ratio* normativa della legge sull'ordinamento delle autonomie locali non ricercare per quanto possibile un legame interpretativo fra ciò che viene definito per comuni e province come impresa pubblica e quanto è generalmente riconosciuto dal codice civile come imprenditore, poiché sin dai primi anni del secolo il legislatore ha inteso offrire ai comuni uno strumento di gestione dei servizi pubblici (azienda) il più possibile vicino a quello attribuito dall'ordinamento ai privati.

In tale ordine di idee sono stati trovati interessanti spunti interpretativi per la definizione dell'attività economica

<sup>24</sup> Trattasi del noto fenomeno dell'«indotto» delle grandi imprese.

disciplinata dall'art. 2082 cod. civ. nella legislazione sulle imprese pubbliche, per le quali si è ritenuto che lo svolgimento professionale di attività economica importi «che chi la compie ritragga, almeno tendenzialmente, dalla cessione dei beni e dei servizi prodotti, quanto occorre per compensare i fattori produttivi impiegati»<sup>25</sup>.

La tradizionale nozione del criterio di «economicità» degli enti pubblici economici diviene dunque l'elemento base della stessa nozione di impresa di cui all'art. 2082, cod. civ., nel senso che il capitale investito dall'imprenditore «nell'attività produttiva deve, quanto meno, riprodursi al termine del ciclo produttivo.»<sup>26</sup>

L'affermazione è utile per comprendere la disciplina posta dal legislatore all'art. 23 per l'azienda speciale, perché sintetizza bene ciò che pare la *ratio* normativa della nuova configurazione dell'azienda speciale, anche se letteralmente, ma in altro senso, l'«economicità» è posta dallo stesso art. 23, comma IV, come carattere dell'attività svolta sia dall'azienda, sia dall'istituzione.

Per quest'ultima, come vedremo, l'analisi consentirà di trovare altra accezione che impone tuttavia una differente sintesi della nozione di «attività economica», che è preclusa all'istituzione («senza rilevanza imprenditoriale»).

L'art. 23, comma I, cit. afferma che l'azienda speciale è ente strumentale dell'ente locale, dotata di autonomia imprenditoriale, con definizione che consente di qualificare l'attività svolta dalla azienda speciale come impresa pubblica locale, con la conseguenza di ritenere applicabile l'art. 2093,

<sup>25</sup> V. OTTAVIANO, voce *Ente pubblico* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 1965, 970; ma in tal senso concordano F. ROVERSI MONACO, *Gli enti di gestione delle partecipazioni statali*, Milano, Giuffrè, 1967, 204; S. CASSESE, voce *Ente pubblico economico*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, 1960, 973. G. GALGANO, voce *Imprenditore* cit., 10.

<sup>26</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale...*, cit., 23.

comma II, del codice civile, nonché in ragione di un esercizio di attività di impresa commerciale del successivo 2201 cod. civ.<sup>27</sup>.

Quest'ultima (attività di impresa commerciale) è l'ipotesi più frequente dell'attività svolta dalle aziende speciali ed in tal senso la nozione di impresa si precisa nell'art. 2195 del cod. civ., con esclusione, si è detto, dell'attività bancaria o assicurativa (n. 4) e di una attività di intermediazione nella circolazione dei beni (n. 2), delimitando la definizione dell'oggetto possibile di un'azienda alle ipotesi dell'attività industriale diretta alla produzione di beni o di servizi (n. 1), all'attività di trasporto per terra, per acqua o per aria (n. 2), ed infine alle attività ausiliarie delle precedenti (n. 5).

La legge tuttavia non limita le aziende speciali all'attività di impresa commerciale, consentendo così di comprendere nella disciplina generale dell'art. 22, comma III, lett. c), e dell'art. 23, le aziende di gestione tecnica dei boschi e dei pascoli previste da leggi speciali<sup>28</sup>, e più in generale di ritenere ammissibile l'attività di *impresa* agricola da parte dell'ente strumentale azienda speciale ai sensi degli art. 2135 e s. del codice civile.

L'art. 23, comma I, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali nell'attribuire la personalità giuridica all'azienda speciale, definisce la stessa come ente strumentale dell'ente locale dotato di autonomia imprenditoriale.

La definizione di ente pubblico<sup>29</sup> strumentale<sup>30</sup> è tradi-

<sup>27</sup> «Gli enti pubblici che hanno per oggetto esclusivo, o principale, un'attività commerciale sono soggetti all'obbligo dell'iscrizione nel registro delle imprese».

<sup>28</sup> R. d. 30 dicembre 1923, n. 3267, sul riordinamento e riforma della legislazione in materia di boschi e terreni montani, artt. 139 e s.

<sup>29</sup> In verità la legge non qualifica come pubblica o privata l'entificazione della azienda speciale. A favore di una personalità giuridica di diritto privato delle aziende anteriormente alla legge di riforma dell'ordina-

zionalmente legata alla circostanza di esercitare servizi, o funzioni, la cui titolarità è normalmente propria di un altro ente verso il quale è definito un rapporto di strumentalità.

In tal senso la definizione legislativa pare corretta, perché ricorda che l'azienda speciale si limita a esercitare un'impresa di servizio pubblico la cui titolarità (controllo) è dell'ente territoriale di riferimento, con preziosa conferma della distinzione fra controllo ed esercizio di un servizio pubblico vista con riferimento alla disciplina posta dall'intero art. 22, comma III.

Le aziende speciali sono ai sensi degli art. 22 e 23 della l. n. 142 del 1990, cit., persone giuridiche ad oggetto sociale limitato, nel senso che non pare possibile in base alla disciplina vigente<sup>31</sup> una costituzione di esse per attività diverse dai servizi pubblici locali che la legge attribuisce alla titolarità di comuni e province.

L'autonomia dell'ente locale pare dunque trovare una limitazione all'attribuzione della personalità giuridica nella definizione della categoria del servizio pubblico, con sostanziale differenza rispetto a quanto stabilito dal legislatore con

mento sulle autonomie locali si veda F. FERRARA, *Teorie delle persone giuridiche*, cit., 815 e s. Senonché la qualificazione di strumentale all'ente locale pone una definizione che è propria tradizionalmente dei soli enti pubblici.

<sup>30</sup> Sugli enti pubblici strumentali si vedano: V. OTTAVIANO, *Considerazione sugli enti pubblici strumentali*, Padova, Cedam, 1959; ID., voce *Ente pubblico* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XIV, 963 e s. V. ACQUARONE, *In margine alla nozione di strumentalità: le c. d. funzioni delegate del comune*, in *Studi in onore di Zanobini*, Milano, 1961; G. GUARINO, *Enti strumentali, sistema delle partecipazioni statali, enti regionali*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economica*, Milano, Giuffrè, 1962, 30 e s.; G. ARANGIO RUIZ, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Milano, Giuffrè, 1952.

<sup>31</sup> Si veda la recente legge di delegazione 23 ottobre 1992, n. 421 (e successivo decreto legislativo) che prevede la forma dell'azienda speciale per la gestione dei servizi sanitari.

riferimento alle persone giuridiche private, nelle quali la delimitazione dell'oggetto è al più negativa, ovvero è posta ad altri fini<sup>32</sup>.

Lo statuto dell'azienda speciale, approvato dal consiglio comunale o provinciale, deve determinare l'oggetto sociale dell'ente entro la limitazione dettata dalla nozione di servizi pubblici locali di cui possono essere titolari rispettivamente comuni e province<sup>33</sup>.

Il legame che la legge instaura fra l'attribuzione della personalità giuridica all'azienda speciale e la delimitazione dell'oggetto sociale ai servizi pubblici locali consente di affermare la radicale nullità della deliberazione del consiglio comunale e provinciale emessa in violazione di tale limite.

La conclusione è conforme ai principi del nostro ordinamento che sanciscono la nullità di qualsiasi atto di autonomia che sia stato emanato in violazione di norme che definiscono le soggettività e che, in quanto delimitative dell'autonomia, sono imperative per l'autonomia stessa, così come espressamente disposto per i privati all'art. 2332, n. 4, nonché all'art. 1418, del codice civile, ove è sancita la nullità del contratto stipulato in contrasto con norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente.

La delimitazione ai servizi pubblici di interesse locale essendo dunque definizione del soggetto giuridico (oggetto sociale dell'azienda) configura un limite di esistenza (norme di relazione) del potere di comuni e province di pervenire

<sup>32</sup> L'art. 2332, c. I, n. 4 cod. civ., commina per la società per azioni la nullità solo ove l'oggetto sociale sia illecito o contrario all'ordine pubblico, affermando dunque solo un limite negativo. Nelle associazioni e fondazioni il limite dello scopo di lucro è utile ad individuare il tipo cui applicare la disciplina inderogabile del codice civile, mentre la distinzione tra impresa commerciale ed imprese che tale qualificazione non assumono, è utile invece per l'applicazione della più rigorosa disciplina stabilita dalla legge per l'esercizio della relativa attività d'impresa.

<sup>33</sup> Sul punto si veda il capitolo che precede.

alla costituzione della persona giuridica denominata azienda speciale di cui agli art. 22 e 23 citt.

*2. I rapporti con l'ente territoriale. Autonomia imprenditoriale e autonomia patrimoniale perfetta. Autonomia e potere di approvazione degli atti fondamentali. Personalità giuridica, copertura dei costi sociali e abrogazione della norma sull'attribuzione degli utili all'ente territoriale. Struttura, organi e rapporto di servizio dei dipendenti. La vigenza delle norme preesistenti.*

La legge di riforma pare innovare anche in ordine ai rapporti fra azienda ed ente territoriale di riferimento, con norme di dettaglio e norme principio su cui occorre soffermare l'attenzione.

La legge riserva al consiglio dell'ente territoriale di riferimento l'«approvazione» dello statuto delle aziende (art. 23, comma I), con disposizione che apre un problema interpretativo la cui soluzione decide immediatamente del grado di autonomia delle aziende speciali.

L'«approvazione» in senso proprio<sup>34</sup> si inserisce in un procedimento nel quale si presuppone un atto di adozione da parte degli organi dell'ente titolari del potere di determinare il contenuto e le relative modificazioni dell'atto (autonomia), che sarebbero poi soggette all'approvazione di altri.

Secondo tale schema interpretativo lo statuto è prima adottato dalla azienda in conformità alla sua riconosciuta autonomia e poi approvato dal consiglio comunale e provinciale<sup>35</sup>, con la conseguenza di non poco rilievo che quest'ultimi

<sup>34</sup> Paradigmatico è il procedimento previsto per gli statuti delle Regioni ordinarie dall'art. 123, c. II, Cost.

<sup>35</sup> C. TESSAROLO, *Le aziende speciali*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, 100; cfr. G. MARCHIANÒ, *L'azienda speciale: prime osservazioni...*, cit. 687.

non possono disporre integrazioni, o modificazioni, di quanto adottato, ma unicamente approvare, o non approvare, la deliberazione statutaria.

L'interpretazione potrebbe trovare ostacolo nel procedimento di prima costituzione dell'azienda, perché può essere configurata un'impossibilità logica di attribuire il potere di adozione dello statuto ad organi di un ente non ancora costituito.

Parrebbe infatti necessario che anzitutto si costituisca l'ente, deliberando lo statuto, e poi si provveda alla nomina dei rappresentanti del consiglio di amministrazione dell'azienda, con conseguente impossibilità di attribuire alla parola approvazione di cui all'art 23, comma I, cit., il significato che è considerato normalmente ad esso proprio.

La questione è tuttavia superabile distinguendo la competenza del consiglio comunale nel procedimento di costituzione delle aziende in due atti che, in conformità alla lettera dell'art. 32, comma II, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, contempla alla lett. f) la deliberazione di costituzione delle aziende speciali, e alla lett. a) il diverso atto di approvazione degli statuti delle aziende stesse.

L'interpretazione proposta individua un procedimento che consente di salvaguardare l'«autonomia» riconosciuta dalla legge alle aziende a cominciare dal suo atto di maggiore rilievo che è lo statuto.

Più precisamente la legge prevede anzitutto la deliberazione di costituzione della azienda speciale (atto costitutivo) da parte del consiglio comunale o provinciale, nel quale si stabilisce l'oggetto sociale scelto fra quelli ammessi dalla legge per l'azienda<sup>36</sup>, il numero e gli indirizzi per la nomina dei componenti il consiglio di amministrazione, nonché procedendo alla successiva nomina degli stessi ai sensi dell'art.

<sup>36</sup> Si veda *supra* quanto detto in ordine alla liceità dell'oggetto sociale dell'azienda.

36, comma V, in conformità alle modalità stabile dallo statuto dell'ente territoriale<sup>37</sup>.

Gli amministratori dell'azienda così nominati provvederanno a deliberare l'adozione dello statuto dell'azienda sottoposto ai sensi dell'art. 23, comma I, all'approvazione del consiglio comunale o provinciale<sup>38</sup>.

La soluzione è agevolata dalla scelta della legge che definisce essa stessa gli organi dell'azienda (consiglio di amministrazione, presidente, direttore) e attribuisce alla potestà statutaria dell'ente territoriale le modalità di nomina e revoca degli stessi, mentre allo statuto dell'azienda è demandata la disciplina dell'«organo di revisione»<sup>39</sup>.

L'opposta interpretazione che attribuisce al consiglio dell'ente territoriale il potere di determinare direttamente i contenuti statutari dell'azienda pone nel nulla ogni distinzione fra determinazioni che la legge vuole rimesse al consiglio dell'ente territoriale e quelle diverse che intende riservare all'ente strumentale azienda speciale<sup>40</sup>.

<sup>37</sup> Art. 23, comma III, l. n. 142 del 1990, cit., nonché art. 13 della l. 25 marzo 1993, n. 81 che trasferisce il potere di nomina (un tempo del consiglio ai sensi dell'art. 32, comma II, lett. n) al sindaco e al presidente della provincia (con modificazione espressa dell'art. 36, comma V della l. n. 142 del 1990 cit.) della nuova legge di riforma elettorale (la cui applicazione è differita al compimento delle prime competizioni elettorali). La stessa legge all'art. 15, (modificando espressamente l'art. 32, comma II, lett. n) attribuisce al consiglio un potere di indirizzo sulle nomine dei rappresentanti presso enti, aziende e istituzioni.

<sup>38</sup> L'eventuale deliberazione del consiglio comunale di approvazione dello statuto in contrasto con la propria precedente deliberazione di costituzione della azienda (con riferimento alla definizione dell'oggetto sociale ed al numero dei componenti il consiglio di amministrazione) sarebbe viziata di illegittimità, ovvero di nullità nel caso in cui incorra nella violazione delle delimitazioni imposte dalla legge in ordine all'oggetto sociale che, si è detto, non può essere diverso dai servizi pubblici locali.

<sup>39</sup> Rispettivamente art. 23, comma III, e comma VII, l. n. 142 del 1990.

<sup>40</sup> Per esempio fra modalità di nomina e revoca degli amministra-

Oltre l'accennato riferimento alle modalità di nomina e revoca degli amministratori, è possibile affermare più in generale che ogni determinazione strutturale, non direttamente posta dalla legge, o demandata allo statuto dell'ente territoriale, è dalla stessa rimessa all'autonomia statutaria dell'ente strumentale, la quale è sottoposta all'approvazione del consiglio comunale o provinciale (art. 23, comma V e I).

La soluzione è conforme alla scelta legislativa che preclude all'ente territoriale di riferimento ogni potere di amministrazione attiva del servizio pubblico<sup>41</sup>, fra i quali l'organizzazione d'impresa, ma prevede al contrario solo un potere di indirizzo, di vigilanza e verifica dei risultati della gestione, nonché poteri di «approvazione» degli atti fondamentali (art. 23, comma VI).

«Nell'ambito della legge - infatti - l'ordinamento e il funzionamento delle aziende speciali sono disciplinate dal proprio statuto»<sup>42</sup>, con esclusione dunque di qualsiasi altra ingerenza dell'ente territoriale di riferimento (statuto, regolamento o atto amministrativo).

Nella legge sull'ordinamento delle autonomie locali l'unico ulteriore riferimento alla struttura organizzativa delle aziende speciali è dato dal disposto dell'art. 51, comma XI, che estende la disciplina in esso prevista per i dipendenti ed in genere l'apparato burocratico di comuni e province anche «agli uffici ed al personale degli enti dipendenti, dei consorzi

tori, che debbono essere indicate nello statuto dell'ente locale, e disciplina dell'organo di revisione attribuito invece all'autonomia statutaria della azienda (art. 23, c. III e c. VII, cit.).

<sup>41</sup> M. CAMMELLI, *Rapporti tra ente locale e azienda speciale nella legge di riforma delle autonomie locali*, Relazione svolta alla 34<sup>a</sup> Assemblea generale CISPEL (Sorrento, 5-6 giugno 1990), *Identità dell'impresa pubblica locale. Il riordino dei servizi pubblici dopo la riforma delle autonomie locali*, pubblicata in *Reg. e gov. loc.*, 1990, 771.

<sup>42</sup> «e dai regolamenti» art. 23, comma V, l. n. 142 del 1990.

e delle comunità montane, salvo quanto diversamente previsto dalla legge».

La prima disposizione normativa che ha previsto la «privatizzazione» del rapporto di lavoro dei dipendenti delle aziende municipalizzate è stato il r. d. 1 luglio 1926, n. 1130.

In seguito la natura di diritto privato del rapporto di lavoro è stata dalla giurisprudenza affermata in forza dell'art. 37 della legge 20 maggio 1970, n. 300, c. d. "Statuto dei lavoratori", poi dalle norme della legge 11 agosto 1973, n. 533, sulle controversie individuali di lavoro, con particolare riferimento al novellato art. 409, n. 4 e 5, del cod. proc. civ., e agli artt. 2093, 2129 del cod. civ.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> Cui taluna giurisprudenza aggiunge anche l'art. 39 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, istitutiva dei tribunali amministrativi regionali. Occorre rilevare tuttavia che il riferimento agli artt. 2093 e 2129 cod. civ. appare non adeguato a fondare la natura privata del rapporto di lavoro dei dipendenti delle aziende speciali. Le indicate norme del codice civile espressamente salvano le diverse disposizioni previste dalla legge, sicché rispetto ad esse il c. XI, dell'art. 51, cit. è norma speciale, con conseguente applicazione di quest'ultima rispetto alla generale disciplina prevista dal codice civile. L'ultima versione del disegno di legge governativo sull'ordinamento dei servizi pubblici locali di carattere economico ed imprenditoriale prevede all'art. 22 che il rapporto di lavoro del personale delle aziende speciali è di diritto privato (c. I) e che il trattamento economico normativo dei dipendenti delle aziende speciali è regolato dai contratti collettivi nazionali di lavoro, nonché dalle leggi vigenti in materia (c. II). Le controversie di lavoro dei dipendenti stessi sono di competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria (c. IV). Per la giurisprudenza che da tempo ha riconosciuto la natura privatistica del rapporto di lavoro dei dipendenti dell'azienda in epoca anteriore alla legge di riforma sull'ordinamento delle autonomie locali: Cass. civ., sez. un., 17 giugno 1981, n. 3944; Cass. civ., sez. lav., 2 aprile 1983 n. 2782 (la quale afferma che non sono applicabili in via generale a tali rapporti di lavoro il principio costituzionale di accesso mediante concorso pubblico ai pubblici uffici di cui all'art. 97, c. III, Cost., con conseguente possibilità di applicazione della disciplina propria dei rapporti di diritto privato in cui la promozione è scelta dell'imprenditore in ragione dell'*intuitu personae*); Cons. giust.

Il rinvio è oggi da intendersi alla generale disciplina, di diritto privato estesa a tutte le pubbliche amministrazioni dal recente decreto legislativo sull'impiego presso le pubbliche amministrazioni<sup>44</sup>.

La natura di diritto privato del rapporto di lavoro sottopone le aziende speciali alle limitazioni organizzative definite dalla contrattazione collettiva per i rapporti di lavoro di diritto privato<sup>45</sup>.

Con riferimento all'attività dell'azienda speciale «efficacia, efficienza ed economicità» e «obbligo del pareggio di bilancio» sono i limiti di principio stabiliti dalla legge cui l'azienda deve informare la propria attività<sup>46</sup>.

I rapporti fra azienda ed ente locale territoriale di riferimento trovano completamento nella disposizione di legge<sup>47</sup>

amm. reg. sic., 21 aprile 1983, n. 46, in *Foro amm.*, 1983, I, 1367; Cass. civ., sez. lav, 16 aprile 1980, n. 2501; Cass. civ., sez. un., 24 ottobre 1977, n. 4561. Per disposizioni particolari si veda l'art. 10 del r. d. 8 gennaio 1931 n. 148, così come modificato dall'articolo unico della l. 24 luglio 1957, n. 633, che è stato considerato dalla giurisprudenza applicabile alle aziende municipalizzate di trasporto: Cass. civ., sez. lav. 24 gennaio 1984, n. 585; Cass. civ., sez. un. 7 giugno 1979, n. 3234. Eccezione alla giurisdizione del giudice ordinario per i rapporti di lavoro con aziende di trasporto si ha per i ricorsi contro i provvedimenti disciplinari in ragione dell'espresso disposto dell'art. 58 del regolamento del r. d. 8 gennaio 1931 n. 148 (in tal senso Cass. civ. sez un, 16 ottobre 1976, n. 3509; Cass. civ., sez un, 8 ottobre 1979, n. 5187). Per i rapporti di lavoro dei dipendenti delle aziende municipali di igiene pubblica afferma il rapporto di lavoro di diritto privato: Cass., sez. un., 26 marzo 1982 n. 1885 e n. 1886. Ma vedasi nota *infra*.

<sup>44</sup> Dlg. 3 febbraio 1993, n. 29, emanato nelle more di stampa del presente lavoro in forza dell'art. 2 della legge di delegazione 23 ottobre 1992, n. 421.

<sup>45</sup> Art. 2093, 2067, 2095, comma II, cod. civ., nonché gli artt. 2, 45 e s., 55 e s., 72 del decreto legislativo emanato in forza della citata l. n. 421 del 1992.

<sup>46</sup> Art. 23, c. IV, cit.

<sup>47</sup> Art. 23, c. VI, cit.

che prevede il conferimento del capitale di dotazione e la copertura degli eventuali costi sociali dell'azienda da parte di comuni e province.

Si è detto che tale disposizione va posta, al pari di quella che prevede l'obbligo del pareggio di bilancio, in relazione con l'attribuzione della personalità giuridica all'azienda speciale, poiché tutte valgono a precisare e riaffermare l'«autonomia patrimoniale perfetta» dell'ente strumentale.

La legge limitando espressamente i poteri dell'ente locale nei confronti delle aziende speciali al conferimento del capitale di dotazione iniziale e alla copertura dei soli costi sociali innova la previgente legislazione che prevedeva invece la devoluzione degli utili e il dovere di ripianare le perdite delle aziende speciali da parte degli enti territoriali di riferimento.

La disciplina delle aziende speciali si distingue dunque da quella prevista dal codice civile per le società di capitali che, come è noto, stabilisce il diritto dell'azionista alla distribuzione degli utili netti risultanti dal bilancio<sup>48</sup>, ma la soluzione si è forse imposta perché analoga disposizione di inizio secolo<sup>49</sup> ha favorito la dipendenza finanziaria e poi gestionale

<sup>48</sup> In verità tale diritto sancito all'art. 2350, cod. civ. per le società per azioni è sottoposto dall'art. 2433 cod. civ. al potere dell'assemblea di deliberare (o non deliberare) la distribuzione degli utili. Si veda inoltre l'art. 15 della l. 7 giugno 1974, n. 216, che prevede il dovere di distribuzione degli utili solo nei confronti delle azioni di risparmio che pare confermare l'interpretazione dell'art. 2433, comma I, in ordine al potere dell'assemblea di deliberare, o non deliberare la ripartizione degli utili: in tal senso G. COTTINO, *Diritto commerciale...* (1987), cit., 361-363.

<sup>49</sup> Art. 2, comma III, l. 29 marzo 1903, n. 103; art. 2, comma V, r. d. n. 2578 del 1925, cit. La devoluzione degli utili netti al comune era disposta dopo la determinazione di quanto il regolamento speciale poteva attribuire come quota di partecipazione agli utili al direttore e al personale della azienda, ai sensi dell'art. 3 l. n. 103 del 1903; art. 3 del r. d. n. 2578 del 1925, cit.

delle aziende municipalizzate dall'ente territoriale di riferimento.

L'autonomia imprenditoriale dell'azienda speciale trova il proprio limite nella disposizione che sottopone all'ente territoriale l'approvazione degli atti fondamentali della gestione d'impresa.

Tra questi atti fondamentali rientrano sicuramente il bilancio preventivo ed il conto consuntivo<sup>50</sup>, con conseguente possibilità di «veto» di un soggetto esterno alla compagine aziendale (ente locale territoriale) sulle valutazioni relative alle quote da destinare agli investimenti, agli accantonamenti, alle riserve e così via, che sono proprie di ogni autonomia imprenditoriale.

Il riconoscimento della personalità giuridica all'azienda speciale è incompatibile (art. 64, comma II) con la disciplina preesistente che consentiva la devoluzione degli utili dell'azienda speciale all'ente territoriale di riferimento, poiché diversamente opinando si avrebbe un conflitto di interessi in ogni deliberazione di approvazione del bilancio e conto consuntivo e in genere degli atti fondamentali dell'azienda che importino una spesa, con indebita compressione dell'autonomia imprenditoriale riconosciuta dalla legge.

La disciplina della azienda speciale non pare infatti equiparabile a quella delle società di capitali, in cui l'approvazione del bilancio è attribuita ad un organo di quest'ultime (art. 2364, cod. civ.) e non ad un soggetto diverso dall'impresa (ente territoriale), verso il quale la legge ha voluto affermare un'autonomia imprenditoriale.

La legge non dice quale sia l'organo dell'ente locale

<sup>50</sup> In tal senso il disegno di legge governativo n. 750 (testo emendato) più volte citato, che individua i seguenti atti fondamentali (di cui all'art. 10, c. I bi): «il piano programma, il bilancio triennale di previsione, il bilancio preventivo economico annuale e le relative variazioni, ed il conto consuntivo».

competente ad approvare gli atti fondamentali, ma l'art. 32, comma II, attribuisce al consiglio comunale la competenza sugli atti fondamentali, seppure di essi offre un'elencazione.

L'art. 32, comma II, lett. b) attribuisce al consiglio la competenza a deliberare «programmi, relazioni previsionali e programmatiche, piani finanziari, bilanci annuali pluriennali e relative variazioni, conti consultivi», con affermazione di carattere generale che, non essendo delimitata ai soli atti di comuni e province, parrebbe comprendere anche quelli delle aziende speciali.

La *ratio* normativa che fonda la costituzione della azienda speciale sull'autonomia imprenditoriale impone di non estendere l'ambito del potere di approvazione degli atti fondamentali dell'azienda oltre quanto definito dal citato art. 32, comma II, lett. a) (approvazione dello statuto), dall'art. 23, comma I e dalla indicata lett. b) dello stesso art. 32 (bilanci e conti consuntivi).

L'interpretazione proposta sull'ambito del potere di approvazione degli atti fondamentali completa (unitamente a quelli di controllo, di indirizzo per la nomina dei rappresentanti dell'ente presso l'azienda speciale, di determinazione della disciplina generale delle tariffe per la fruizione dei servizi, di indirizzo nei confronti delle aziende pubbliche e degli enti dipendenti) il quadro dei poteri che sono attribuiti alla competenza del consiglio dall'art. 32, comma II, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

La soluzione non è in contrasto con l'art. 35 della l. n. 132 del 1990, cit., in forza del quale l'organo competente è la giunta, sempre che la legge non abbia riservato al consiglio, ovvero legge o statuto non abbiano attribuito al sindaco, ai dirigenti, o agli organi di decentramento, la relativa funzione.

La legge preesistente<sup>51</sup> già attribuiva espressamente tale

<sup>51</sup> Art. 16 r. d. n. 2578 del 1925, cit.

competenza al consiglio comunale, sicché permane la continuità della scelta legislativa in attesa delle leggi di riforma della disciplina dei servizi locali a carattere imprenditoriale e della legge elettorale di comuni e province, che potrebbero diversamente disegnare il riparto di competenza fra gli stessi.

L'accenno al rapporto fra le disposizioni della legge di riforma e norme preesistenti introduce una questione generale su cui occorre soffermare l'attenzione.

Il riferimento è particolare per la vigenza delle disposizioni legislative del r. d. 15 ottobre 1925, n. 2578, e del successivo regolamento emanato con d. p. r. 4 ottobre 1986 n. 902, di cui alcuni hanno affermato la vigenza, altri la «delegificazione», altri l'abrogazione in ragione dei principi posti dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali<sup>52</sup>.

L'art. 64, comma I, della legge di riforma non menziona fra gli atti oggetto di abrogazione espressa gli indicati testi normativi, sicché l'ipotesi appare disciplinata dal successivo comma II, per il quale con «effetto dalla data di entrata in vigore della presente legge sono abrogate tutte le altre disposizioni con essa incompatibili».

Discusso è se nel caso di conflitto fra norma di grado inferiore e norma di grado superiore successiva possa trovare applicazione il principio di successione delle leggi nel tempo (art. 15 disp. prel. cod. civ.) con conseguente abrogazione

<sup>52</sup> G. MARCHIANÒ, *L'azienda speciale...*, cit., 683-684, afferma che solo «attraverso una legge ad hoc è invero ipotizzabile un riassetto del quadro normativo ed una corretta attuazione dei principi che il legislatore enuclea nell'art. 22 della nuova legge; afferma invece la «delegificazione» M. CAMELLI, *Rapporti tra ente locale e azienda speciale...*, cit., 768. A favore di una vera e propria abrogazione dell'intera disciplina preesistente in ragione della portata innovativa dei principi posti dagli artt. 22 e 23 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali M. CLARICH, Intervento al seminario su *Servizi pubblici e forme di cooperazione di Comuni e province*, (Torino, 1 giugno 1992), in Atti ancora in corso di pubblicazione.

della prima ad opera della seconda<sup>53</sup>, poiché diversamente opinando troverebbe unicamente applicazione il principio di gerarchia, con illegittimità della norma di grado inferiore (d.p.r. n. 902 del 1986 cit.) per contrasto con quella superiore (l. n. 142 del 1990, cit.)<sup>54</sup>.

Molte disposizioni del r. d. n. 2578 del 1925, testo unico delle leggi sull'assunzione diretta dei pubblici servizi, hanno cessato di avere effetto per abrogazione di leggi anteriori alla riforma delle autonomie locali<sup>55</sup>, altre sono state abrogate per incompatibilità con le disposizioni degli artt. 22 e 23 che hanno direttamente disposto una diversa *regula juris* per le aziende speciali.

L'incompatibilità di cui all'art. 64, comma II, cit., non pare invece affermarsi direttamente ogni qual volta la legge sull'ordinamento delle autonomie locali lasci all'autonomia normativa dell'ente territoriale, o dell'azienda speciale, il potere di indicare la relativa disciplina, non disponendo la legge stessa una diversa norma giuridica.

In tal caso l'incompatibilità fra nuove disposizioni poste dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali e la disciplina preesistente parrebbe affermarsi solo con l'esercizio

<sup>53</sup> A favore del principio di gerarchia: Corte cost., n. 1/1956; n. 40/1958; non esclude invece un effetto di abrogazione, su pure in *obiter dictum*, Corte cost., n. 193/1985 secondo la quale se il giudice a *quo* ha voluto rimettere la questione alla Corte ha evidentemente escluso l'abrogazione della norma di grado inferiore da parte di quella di grado superiore.

<sup>54</sup> A diversa conclusione è possibile pervenire solo ove si ritenga l'art. 64, comma II, abbia inteso derogare l'art. 15 disp. prel. cod. civ., introducendo una norma speciale della legge sull'ordinamento delle autonomie locali che integra le ipotesi di abrogazione anche verso disposizioni regolamentari con essa incompatibili.

<sup>55</sup> Si veda in tal senso l'art. 12 bis del d. l. 28 febbraio 1983, n. 55, conv. in l. 26 aprile 1983, n. 131, e all'art. 2 n. 11, della l. 23 aprile 1981, n. 154, con riferimento all'art. 5 del r. d. n. 2578 del 1925, cit.

dell'accennata autonomia normativa, in modo del tutto simile al fenomeno, molto più noto, che si verificò con la costituzione delle regioni a statuto speciale<sup>56</sup> e poi di quelle a statuto ordinario, in ordine alla discussa vigenza della legislazione statale<sup>57</sup>.

La soluzione prescelta, come è noto, fu quella di ritenere le norme statali vigenti sino all'esercizio della funzione legislativa regionale per ogni singola materia di competenza, affermandosi con l'entrata in vigore della legge regionale la cessazione di efficacia delle «disposizioni di dettaglio», ma non dei principi, posti dalla preesistente legge statale<sup>58</sup>.

A rigore la vicenda non pare potersi ricondurre al principio di successione delle leggi nel tempo che è parso utile per affermare l'abrogazione delle leggi statali da parte delle leggi regionali.

Più corretto appare il richiamo al principio di competenza, poiché la cessazione di efficacia della legge statale è limitata al solo territorio dell'ente che ha emanato la norma in deroga a quella nazionale, ma la descrizione che comunemente viene offerta del principio da ultimo indicato non pare riuscire a dare piena contezza del fenomeno in questione.

Non emerge infatti con chiarezza che in taluni casi il principio di competenza cela in verità un rapporto fra ordinamenti e nel caso particolare fra l'ordinamento generale a tutti comune (la legge statale) ed una o più autonomie, cui l'ordinamento generale ha attribuito il potere di emanare atti

<sup>56</sup> Negli statuti speciali le leggi costituzionali dispongono espressamente che «nelle materie attribuite alla competenza della Regione, fino a quando non sia diversamente disposto con leggi regionali, si applicano le leggi dello Stato»: cfr. gli art. 64 St. F. V. G.; art. 105 St. T. A. A.; art. 51 St. V. d'A.; art. 57 St. Sa.

<sup>57</sup> Per una sintesi della vicenda si veda L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova, Cedam, 1979, 91 e s.

<sup>58</sup> Corte cost. 27 novembre 1974, n. 269; Corte cost. 23 gennaio 1974, n. 13; Corte cost. 19 febbraio 1976, n. 28 e n. 31.

normativi che hanno la forza di derogare disposizioni di legge statale<sup>59</sup>.

Nel campo del diritto privato la presenza di norme legislative derogabili dagli atti di autonomia privata è stata definita da tempo con la categoria delle «norme dispositive», o secondo altri «suppletive», che a quelle imperative si contrappongono perché derogabili dall'autonomia privata, con denominazioni che hanno inteso designare la vicenda giuridica della cessazione di efficacia delle disposizioni legislative con riferimento a quanto diversamente disposto dagli atti dei privati.

Non molto diversamente pare delinarsi la vicenda che scaturisce dall'esplicito disposto di cui all'art. 64, comma II, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali che determina una cessazione di efficacia delle disposizioni che risultino incompatibili con i dettati della nuova disciplina normativa delle autonomie locali, nel caso in cui quest'ultima, invece di direttamente innovare la disciplina preesistente, si limiti ad attribuire un'autonomia dalla stessa istituita e prevista nei suoi caratteri essenziali.

In tale quadro interpretativo è possibile affermare che, con l'entrata in vigore della nuova legge ed in particolare con gli enunciati di questa che attribuiscono ad alcune autonomie il potere di disciplina su una data materia (art. 4, e 23, comma I) si attua, per così dire, solo virtualmente l'incompatibilità prevista dall'art. 64, comma II, della legge di riforma.

Pare possibile affermare che le norme che istituiscono l'autonomia determinano al tempo stesso una «delegificazione» dei disposti normativi indicati al r. d. n. 2578 del 1925 ed in genere delle disposizioni statali preesistenti nel settore attribuito all'autonomia stessa.

L'affermazione equivale a dire che le norme statali sono

<sup>59</sup> A ROMANO, *Nota sui caratteri della legislazione nello 'Stato delle autonomie'*, in *Le Regioni*, 1981, 660 e s.

divenute norme dispositive e che cessano di avere efficacia con l'emanazione di una diversa volontà dell'autonomia pubblica riconosciuta dalla legge all'ente territoriale, o all'ente strumentale, che realizza l'incompatibilità (reale) indicata dall'art. 64, comma II, della legge.

La nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali ha dunque sottoposto la cessazione di efficacia delle disposizioni preesistenti alla *condizione giuridica* dell'emanazione di una diversa disposizione, statutaria o regolamentare, da parte degli organi dell'ente territoriale, o dell'azienda speciale.

Parlare di «delegificazione» non è errato se con ciò si intende fare generico riferimento al fenomeno di una non immediata cessazione di efficacia di una norma, ma con l'avvertenza che in verità si tratta di una vera e propria condizione di cessazione di efficacia.

Le disposizioni nazionali permangono in vigore e mantengono la natura giuridica originaria di norme legislative, o regolamentari, sino alla diversa manifestazione di volontà che, la legge sull'ordinamento delle autonomie locali, ha rimesso all'autonomia pubblica dei comuni e delle province, ovvero delle aziende speciali<sup>60</sup>.

Trattandosi di condizione di cessazione di efficacia in ragione degli atti emanati in forza dell'autonomia attribuita dalla legge ai comuni, alle province, o alle aziende speciali, è del tutto indifferente a tale fine che la stessa si esprima in norme statutarie o regolamentari, poiché in entrambi i casi è pur sempre la legge a scegliere la forma della condizione<sup>61</sup>.

Sicché il discorso sinora condotto è proponibile anche con riferimento alla potestà regolamentare indicata all'art.

<sup>60</sup> In tal senso M. CAMMELLI, *Rapporti tra ente locale e azienda speciale...*, cit., 768.

<sup>61</sup> Per la forma statutaria art. 4 e art. 23 comma I, per quella regolamentare art. 5, e art. 23, comma V, della l. n. 142 del 1990.

23, comma V, per l'azienda speciale nei confronti delle disposizioni contenute nel r. d. n. 2578 del 1925.

L'argomento è proponibile senz'altro nei confronti delle norme contenute nel d. p. r. n. 902 del 1986, cit., verso le quali si esplica senza dubbio l'efficacia delle norme di legge che attribuiscono l'autonomia pubblica, con effetto che esclude l'applicazione del principio di gerarchia fra regolamenti locali e governativi (art. 4, comma II, disp. prel. cod. civ.), in attuazione dell'art. 5 e 128 Costituzione.

Il riferimento da ultimo indicato chiarisce che la «delegificazione» è enunciazione solo sommaria della vicenda giuridica esplicita dalle norme di legge che conferiscono un'autonomia pubblica, analogamente ai principi che regolano le soluzioni dei conflitti normativi (gerarchia, o di successione delle leggi nel tempo, ecc.) che diversamente si atteggiavano ove riguardino rapporti fra norme di differenti ordinamenti giuridici.

La soluzione è in verità determinata dai limiti costituzionali che si sono indicati come definizione dei «regolamenti autorizzati» utili a spiegare anche il fenomeno della «delegificazione» nel nostro ordinamento<sup>62</sup>.

La vigente Costituzione repubblicana infatti riserva alla stessa fonte costituzionale l'attribuzione della forza di legge, sicché la stessa non può essere tolta, né conferita dalla legge ordinaria, ed il fenomeno indicato del «regolamento autorizzato» e della «delegificazione» si spiega invece come cessazione di efficacia della legge al verificarsi della condizione dell'emanazione del regolamento.

La questione è risolta in ragione del concetto di autonomia pubblica<sup>63</sup>, come attribuzione da parte dell'ordinamento

<sup>62</sup> G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti*, Torino, Utet, 1987, 212-215. In tal senso si veda l'art. 17 della l. n. 400 del 1988, nonché: Corte cost., n. 307/1983.

<sup>63</sup> A. ROMANO, voce *Autonomia pubblica* del *Digesto (disc. pubbl.)*,

generale di un potere normativo, capace di derogare alle norme che l'ordinamento stesso ha ritenuto «dispositive», cioè vigenti solo in ragione della mancanza di una disposizione d'autonomia<sup>64</sup>.

Da ciò l'avvertenza che in entrambi i casi si deve negare ogni cessazione di efficacia ad opera degli atti di autonomia di quelle disposizioni che il legislatore ha voluto sottrarre al potere conferito con l'autonomia stessa (norme imperative) e segnatamente quelle che definiscono i caratteri essenziali di essa.

In senso opposto (norme dispositive) andranno risolti i problemi in ordine alla efficacia delle norme che attribuiscono all'autonomia il potere di disciplinare la struttura delle aziende e i rapporti con l'ente territoriale di riferimento (art. 23, comma III e V), poiché ove una norma di autonomia manchi sarà applicabile la preesistente disciplina in materia<sup>65</sup>.

Il quadro normativo sinora individuato consente di concludere che la legge sull'ordinamento delle autonomie locali ha posto un «corpo di principi» normativi sufficiente a deli-

vol. II, Torino, Utet, 1988, 30 e s.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, vol. I, cit., 214-215; per autori meno recenti: Santi ROMANO, *Autonomia in Frammenti di un dizionario giuridico*, 1947, poi rist. a cura di A. Romano, Milano, Giuffrè, 1983; G. ZANOBINI, *Caratteri particolari dell'autonomia*, in *Studi di diritto pubblico in onore di O. Ranelletti*, vol. II, Padova, Cedam, 1931, 391 e s.; ID., *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti in onore di F. Carnelutti*, vol. IV, Padova, Cedam, 1950, 182, e s., spec. 187, poi entrambi in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano Giuffrè, 1955, rispettivamente alle pagg. 273, e s., 391 e s.

<sup>64</sup> Afferma l'esistenza di norme dispositive nei confronti dei poteri pubblici M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1970, 581

<sup>65</sup> E i risultati interpretativi che su di essa dottrina e giurisprudenza hanno ottenuto in quasi un secolo di storia delle aziende municipali. Per riferimenti di dottrina si veda la nota che introduce il presente paragrafo.

neare la «nuova conformazione» delle aziende speciali come enti strumentali dell'ente locale dotati di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale, di cui è difficile negare la portata innovativa<sup>66</sup>.

In chiusura dell'analisi della disciplina dedicata alle aziende speciali un breve cenno di rinvio va alla discussa questione della «extraterritorialità» dell'attività delle aziende stesse.

Se con tale termine si vuole indicare la possibilità per le aziende di comuni e province di estendere la sfera di azione di esse anche a favore di popolazioni diverse da quelle che costituiscono l'ente che ha provveduto ad assumere il servizio, la soluzione affermativa<sup>67</sup> pare da accogliersi nei limiti indicati dall'applicazione al caso in esame delle convenzioni di cui all'art. 24 della legge, su cui avremo modo di soffermare l'attenzione al termine del presente capitolo.

<sup>66</sup> In tal senso e nei limiti indicati si può comprendere perché si sia affermato che la legge sull'ordinamento delle autonomie locali ha con norme «principio» provveduto all'«abrogazione» delle preesistenti norme in materia di gestione dei servizi pubblici locali, così M. CLARICH, Intervento al seminario su *Servizi pubblici e forme di cooperazione di Comuni e province*, (Torino, 1 giugno 1992), in Atti ancora in corso di pubblicazione.

<sup>67</sup> Così espressamente in disegno di legge governativo n. 750, all'art. 24, articolo non riproposto negli emendamenti successivi alla legge n. 142 del 1990. In sé l'argomento se vuole essere utilizzato per la soluzione negativa, prova troppo poco, poiché come vedremo è proprio in forza e nei limiti dell'art. 24 della legge di riforma che si ritiene ammissibile l'erogazione di un servizio a favore di altri comuni o province.

3. *L'istituzione e i servizi sociali «senza rilevanza imprenditoriale». Le disposizioni peculiari all'istituzione. L'assenza di un carattere imprenditoriale. I servizi sociali a carattere imprenditoriale.*

Le istituzioni sono previste dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali come una forma «per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale» (art. 22, comma III, lett. d).

La delimitazione dell'oggetto risulta di particolare evidenza con riferimento alla definizione prevista dal legislatore per l'azienda speciale, per la quale è consentita invece la gestione di servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale (art. 22, comma III, lett. c).

Azienda speciale e istituzione sono disciplinate dallo stesso articolo 23 della legge, forse perché entrambe sono organizzazioni pubbliche esterne all'ente territoriale e ciò nonostante configurate dalla legge come da questo dipendenti (strumentali art. 23).

Una maggiore attenzione rivela tuttavia che nell'art. 23 alcune norme sono espressamente dedicate all'azienda, mentre altre all'istituzione: dei sette commi di cui è composto l'articolo, solo tre contengono norme comuni ad entrambe (comma III, IV, VI).

Nei restanti<sup>68</sup> dedicati alla forma in esame si procede a definire l'istituzione come «organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali, dotato di autonomia imprenditoriale» (art. 23, comma II).

Il riferimento all'oggetto dei servizi sociali riporta immediatamente al precedente articolo 22, in cui si precisa che l'istituzione è forma di gestione di comuni e province «per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale».

<sup>68</sup> Art. 23, comma II, seconda parte del V, prima parte del VII.

Il criterio da ultimo indicato, che contrappone l'istituzione all'azienda speciale, è ritenuto comune anche ai rapporti con le società per azioni in ragione della disciplina imposta dal codice civile (art. 2247)<sup>69</sup>.

Il rilievo è da accogliere poiché rammenta che nel nostro ordinamento è peculiare alla nozione di società l'esercizio in comune di una attività economica al fine di dividere gli utili (art. 2247) e che la nozione di imprenditore si definisce in ragione dell'esercizio professionale di una attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni e servizi.

La constatazione tuttavia può essere foriera di equivoci ove si concluda che la società per azioni non può avere ad oggetto l'erogazione di servizi sociali: dalla premessa infatti non discende tale conclusione.

Le norme del codice civile non negano affatto ai privati la possibilità di costituire società che abbiano ad oggetto l'erogazione di servizi sociali (ricoveri per anziani, scuole materne, ecc.) e dunque la stessa ragione (oggetto: servizi sociali) non è limite per i soggetti pubblici.

Una cosa è negare che la società per azioni possa venire

<sup>69</sup> Così G. CAIA, *Organizzazione dei servizi pubblici locali. Figure, regime e caratteristiche*, relazione al Convegno organizzato dall'istituto giuridico italiano (I. G. I.) e dall'ordine degli avvocati e procuratori di Verona (12-13 aprile 1991) sull'applicazione della l. 8 giugno 1990, n. 142, poi in *Foro amm.*, 1991, 3175, ove si contrappone l'istituzione anche alla forma della società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, nonostante che la norma di cui all'art. 22, c. II, lett. e), nulla specifichi a differenza di quanto invece è indicato per le istituzioni e le aziende speciali di cui alle precedenti lett. d) e c). Si ritiene infatti che per tali strutture privatistiche la precisazione non appaia necessaria, poiché l'oggetto possibile si ricava dall'elemento dell'esercizio in comune di un'attività economica per scopi economici (art. 2082 e 2247 del cod. civ.), cioè l'attività economica è elemento essenziale delle società per azioni. Ma su ciò *infra* vol. II.

costituita per svolgere attività non imprenditoriale, altro è escludere che l'attività di erogazione di servizi sociali possa avvenire con organizzazione a carattere imprenditoriale (società per azioni).

Il punto è di interesse poiché in tal modo si evita di escludere a priori che un servizio sociale possa essere gestito nella forma dell'azienda speciale o a mezzo di società per azioni, ed ancor più che un servizio sociale possa, unitamente ad altri, sicuramente a carattere imprenditoriale, essere attribuito ad un'azienda, o ad una società, pluriservizi<sup>70</sup>.

Sotto altro profilo è stato rilevato come letteralmente gli elementi comuni ai due articoli del codice civile (art. 2082 e 2247) non sono affatto identici, ma al contrario risultano collocati, per così dire, «in modo funzionalmente invertito»<sup>71</sup>, sicché se l'attività economica nell'art. 2082 è il mezzo per raggiungere il fine del prodotto di scambio (beni e servizi), nell'art. 2247 l'attività economica si identifica con il prodotto di scambio stesso per raggiungere il fine di lucro, sicché la qualificazione economica contenuta nel secondo è riferita ad un oggetto differente (prodotti: 2247) da quello cui si rivolge il primo (fattori della produzione: 2082)<sup>72</sup>.

Si può anche ritenere che tali rilievi non appaiono decisivi, ma occorre riconoscere che l'analisi sull'ambito di appli-

<sup>70</sup> Le aziende speciali (o le società per azioni) possono avere ad oggetto tutti i servizi di un comune (pluriservizi) (art. 22, comma III, lett. c). Ad esse può essere attribuita sia la gestione di servizi che sono imprenditoriali, sia di quelli che di per sé non potrebbero esserlo, poiché la valutazione del carattere imprenditoriale deve riguardare la gestione aziendale nel suo complesso (ad es. i proventi dei primi possono finanziare i secondi).

<sup>71</sup> U. SANTARELLI, *Società commerciali credito e mercatura*, in *Riv. Dir. civ.*, 1990, I, 611.

<sup>72</sup> E correlativamente il riferimento ai beni e servizi che nell'art. 2082, cod. civ. sono il prodotto dell'impresa, nell'art. 2247 sono i fattori della produzione.

cazione della disciplina relativa all'istituzione appare più complessa di quanto non si possa riconoscere dalla lettera della legge di riforma delle autonomie locali.

Procedendo nella ricognizione delle disposizioni legislative che distinguono l'istituzione dall'azienda, si è detto che alla prima difetta la personalità giuridica e l'autonomia statutaria, perché all'istituzione è unicamente attribuita dalla legge un'autonomia gestionale<sup>73</sup> e la disciplina ad essa relativa è dettata direttamente dallo statuto e dai regolamenti dell'ente locale da cui dipende<sup>74</sup>.

L'art. 23 u. c. distingue inoltre l'istituzione dall'azienda affidando la funzione di revisione dei conti al collegio dei revisori dell'ente locale di riferimento, a differenza delle aziende che hanno invece un apposito organo di revisione e forme autonome di verifica della gestione.

Le differenze sopra indicate non possono dirsi di poco momento, poiché soprattutto la negazione della personalità giuridica e dell'autonomia normativa, unitamente all'impossibilità di una gestione di servizi a carattere imprenditoriale, diversamente disegnano le istituzioni rispetto alle aziende speciali, nonostante che altre disposizioni di rilievo siano previste per entrambe le forme di gestione di servizi pubblici<sup>75</sup>.

Fra queste, come si ricorderà, quella che indica gli organi (nel consiglio di amministrazione, nel presidente e nel direttore cui compete la responsabilità gestionale) e stabilisce che le modalità di nomina degli stessi devono essere contenute nello statuto dell'ente locale territoriale, mentre già con riferimento al riparto di competenza tra gli stessi la disciplina relativa è per l'azienda demandata alla sua autonomia statu-

<sup>73</sup> Art. 23, comma II, l. n. 142 del 1990, cit.

<sup>74</sup> Art. 23, comma V, l. n. 142 del 1990, cit.

<sup>75</sup> Art. 23, comma III, IV e VI, l. n. 142 del 1990, cit.

taria, mentre per l'istituzione è attribuita al potere normativo dell'ente territoriale da cui dipende (art. 23, comma V).

Sia l'azienda, sia l'istituzione «informano la loro attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità ed hanno l'obbligo del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi, compresi i trasferimenti»<sup>76</sup>.

L'ente locale infine per entrambe «conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali, esercita la vigilanza, verifica i risultati di gestione, provvede alla copertura degli eventuali costi sociali».

L'elencazione dei doveri dell'ente e dei poteri di comuni e province, seppure uguale per l'azienda e l'istituzione, assumono altra e diversa dimensione ove riferiti ad un'organizzazione imprenditoriale, dotata di personalità giuridica e di autonomia normativa, rispetto all'istituzione in cui gli stessi caratteri sono assenti.

Le norme peculiari all'istituzione costituiscono veri e propri criteri interpretativi della disciplina che il legislatore ha posto come comune ad entrambe le forme di gestione del servizio, sicché occorre pervenire anzitutto ad una esatta interpretazione delle prime per consentire una corretta prospettazione delle seconde.

L'art. 22, comma II, lett. d) stabilisce che l'oggetto possibile della gestione di una istituzione è quello dei «servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale», lasciando aperta la possibilità interpretativa che servizi sociali con rilevanza imprenditoriale possano venire gestiti in forma diversa dall'istituzione (azienda, società per azioni, concessione a terzi).

La conclusione, confermata dalle disposizioni che sono peculiari alle altre forme di gestione (art. 22, comma III, l. n. 142 del 1980, cit.) pare obnubilata dalle difficoltà che per-

<sup>76</sup> Art. 23, comma IV, l. n. 142 del 1990, cit.

mangono intorno alla nozione di servizi sociali<sup>77</sup>, che confondendosi con quelle relative al carattere imprenditoriale unificano le relative analisi<sup>78</sup> in un tutt'uno che al termine dell'argomentare nasconde una possibilità lasciata aperta dal legislatore.

Le più recenti definizioni della nozione di servizio sociale come attività «individualizzata e volta alla promozione e allo sviluppo della persona umana<sup>79</sup>», hanno costituito la base di discriminazione dei servizi sociali rispetto a quelli disciplinati nel r.d. n. 2578 del 1925, cit., poiché, come si è avuto modo di ricordare, l'individuazione dei servizi pubblici che potevano dare ragione della costituzione di un'azienda era definita dalla legge con il carattere prevalentemente industriale degli stessi<sup>80</sup>.

La definizione di attività industriale individuava le produzioni di massa e indifferenziate di beni o di servizi, con possibilità di discriminare questi, a rilevanza economica, da quelli personalizzati che venivano diversamente denominati con il binomio «servizi sociali».

Nel tempo tuttavia anche i servizi sociali hanno assunto

<sup>77</sup> M. BUONERBA, *I servizi sociali come categoria ancora da definire*, in *Foro amm.*, 1980, I, 2070 e s.; E. BALBONI, *I servizi sociali*, in *Manuale di istituzioni di diritto pubblico*, a cura di G. Amato e A. Barbera, 973 e s.; E. Ferrari, *I servizi sociali*, cit., 59, 91-93.

<sup>78</sup> In verità le ricerche in ordine alla definizione della nozione di servizi sociali non paiono avere accolto le sollecitazioni che provengono dalle analisi che definiscono gli stessi come volti ad una «promozione e sviluppo della persona umana», che avevano indicato di essi tre elementi essenziali: a) la definizione delle prestazioni di utilità corrispondenti ai bisogni sociali come veri e propri diritti della persona; b) l'obbligo di predisporre gli apparati necessari da parte dei soggetti esponenziali della collettività; c) l'assenza di un divieto ai privati di svolgere attività di servizio sociale, sia all'interno sia all'esterno del sistema pubblico. In tal senso E. Ferrari, *I servizi sociali...*, cit., 59, 91-92.

<sup>79</sup> Si veda la nota che precede.

<sup>80</sup> Art. 15 del R. d. n. 2578 del 1925, cit.

rilevanza economica e non poche organizzazioni professionali hanno assunto la qualificazione di impresa<sup>81</sup> avente ad oggetto la produzione di servizi personalizzati, cioè di quell'attività che si è visto contraddistinta con la denominazione di servizi sociali.

L'art. 22, comma III, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, a differenza del preesistente regio decreto del 1925, recepisce tale evoluzione ed indica come nuovo discriminare la non «imprenditorialità» dei servizi che l'ente territoriale intende affidare ad un organismo diverso dalla propria struttura amministrativa.

Si esclude così che possa essere attribuita all'istituzione non solo l'attività che caratterizza la definizione dell'imprenditore commerciale<sup>82</sup>, ma altresì l'attività che definisce l'imprenditore agricolo (2135 cod. civ.), o il piccolo imprenditore (art. 2083 cod. civ.) e più in generale qualsiasi attività anche diversa dalle precedenti che possa essere ricompresa nella definizione dell'art. 2082 del codice civile.

I casi che la giurisprudenza ha nel tempo ritenuto non compresi nella definizione dell'imprenditore di cui all'art. 2082 cit., sono dettati dalla non professionalità, o dall'assenza di organizzazione, o dalla mancanza di un carattere economico dell'attività.

Si è detto che l'istituzione, non meno dell'azienda, è per

<sup>81</sup> Da ultimo si veda il decreto legislativo di riforma sanitaria (l. delega 23 ottobre 1992, n. 421) che all'art. 3 definisce le unità sanitarie locali come aziende pubbliche ed enti strumentali della regione.

<sup>82</sup> Art. 2195 cod. civ. relativamente ai quali oltre all'attività industriale di produzione di beni e servizi (n. 1), appare rilevante l'attività di trasporto per terra, o per acqua, o per aria (n. 3), nonché le altre attività ausiliari alle precedenti (n. 5), poiché l'attività intermediaria nella circolazione dei beni (n. 2) e l'attività bancaria o assicurativa (n. 4), appaiono rispettivamente preclusi dalla definizione di cui all'art. 22, c. 1 della l. n. 142 del 1990, o dalla legge speciale che disciplina l'attività finanziaria e bancaria.

definizione legislativa un'organizzazione<sup>83</sup> che ha come scopo l'esercizio di servizi pubblici che si caratterizzano per il dovere di provvedere all'erogazione di essi in ragione dell'interesse pubblico specifico che si è inteso tutelare (c. d. «continuità»).

Un carattere essenziale della nozione di servizio pubblico esclude dunque che le istituzioni eroghino la propria attività con frequenza occasionale, poiché non vi è dubbio che per una organizzazione a tal fine costituita perseguire un interesse pubblico è un suo dovere istituzionale, che perciò stesso non è a carattere «occasionale».

Organizzazione ed esercizio professionale (*rectius*: istituzionale) dell'attività sono requisiti che la legge ritiene immanenti alla definizione dell'attività che è propria dell'istituzione (e dell'azienda), sicché si è detto che residua come unico elemento distintivo dei servizi «senza rilevanza imprenditoriale» la mancanza di una qualificazione «economica» della relativa attività.

I servizi a carattere imprenditoriale divengono i servizi che possono assumere nel nostro ordinamento giuridico un carattere economico ed al contrario non lo sono quelle attività di erogazione di servizi che non assumono qualificazione economica.

Si è detto che la definizione giuridica del concetto di attività economica con riferimento all'art. 2082 del codice civile, è stata, da alcuni, interpretata come destinazione al mercato dell'attività di produzione di beni e servizi<sup>84</sup>, escludendo così un carattere imprenditoriale all'«attività di autoproduzione».

La limitazione all'attività destinata al mercato in tal modo intesa non pare di utilità per l'istituzione sia ove si in-

<sup>83</sup> Art. 23, c. II, l. n. 142 del 1990, cit., «L'istituzione è organismo strumentale...dotato di autonomia gestionale».

<sup>84</sup> Si vedano gli autori citati al paragrafo 1° di questo capitolo.

tenda il mercato come concorrenza fra produttori, sia come «platea di consumatori».

Nel primo caso (mercato di produttori) non sarebbe imprenditoriale la gestione di servizi pubblici in regime di monopolio legale (diritto di esclusiva), o di "monopolio di fatto"<sup>85</sup>, ed al contrario lo sarebbero quei servizi sociali che per Costituzione<sup>86</sup> non possono essere riservati all'ente pubblico, perché ne è garantita l'attività ai privati<sup>87</sup>.

La seconda accezione (mercato di consumatori o utenti) si attaglia a qualsiasi forma di erogazione di servizi pubblici, poiché gli stessi per definizione sono sempre rivolti alla comunità di utenti del relativo ente territoriale.

Con riferimento alla norme costituzionali sopra indicate non si vuole contestare che giuridicamente possa esistere una categoria di servizi sociali a rilevanza imprenditoriale.

Si è detto infatti che da tempo si assiste ad un fenomeno di assunzione da parte di enti privati con scopo di lucro di molte attività che *un tempo* erano ritenute estranee ai loro interessi, perché considerate sociali e non imprenditoriali.

Si deve ammettere che la qualificazione "sociale" è giunta ad un bivio teorico di non poco peso: o si considera improprio l'uso di tale definizione con riferimento a qualsiasi attività imprenditoriale, ovvero al contrario si deve riconoscere che la nozione di servizi sociali ha mantenuto l'originaria derivazione di «prestazioni rivolte alla persona indivi-

<sup>85</sup> Considerati tali perché inerenti a beni sottoposti alla disciplina della proprietà pubblica (tramvie, reti di distribuzione del gas, acquedotti, ecc.).

<sup>86</sup> Art. 38, ult. comma, 33, comma I, 31, Cost., ecc.

<sup>87</sup> Si veda per la vicenda dell'assistenza: Corte cost. 7 aprile 1988, n. 396, nonché il decreto del presidente del consiglio dei ministri 16 febbraio 1990, avente ad oggetto direttive alle regioni in materia di riconoscimento alla personalità giuridica di diritto privato alle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza a carattere regionale ed *infra* regionale (in G. U., 23 febbraio 1990, s. g., n. 45).

dua» senza perciò affermare, o escludere, in sé e per sé, l'ulteriore e diversa qualificazione imprenditoriale della relativa attività, acquisendo a tal fine un valore del tutto neutro.

A favore della prima soluzione è la tradizionale contrapposizione lessicale che pare mantenere la qualificazione "sociale" in opposizione ad "economica", che è ancora in uso per distinguere i diritti e i doveri sociali dai diritti economici, la "realtà sociale" dalla quella "economica", e così via.

A favore della seconda, oltre alla necessità teorica di porre termine ad un uso terminologico eccessivamente polisensu e perciò nocivo, si pone il riferimento della legge di riforma delle autonomie locali che circoscrive l'ambito dell'istituzione ai «servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale», che con l'espressa negazione viene ad affievolire il carattere di discriminazione che tradizionalmente si era inteso ricondurre alla sola denominazione "servizi sociali".

In ragione della seconda opzione è possibile riprendere il corso dell'analisi puntualizzando la discriminazione sul concetto di attività economica, presente per l'impresa e assente nell'attività dell'istituzione, perché si è detto che gli altri due elementi di definizione (organizzazione e professionalità) sono sicuramente presenti anche per l'attività (servizi pubblici) svolta dall'istituzione.

Si è detto come non si possa trarre beneficio da quelle tesi che identificano la qualificazione «economica» con l'esistenza di un mercato, ove per esso si intenda la possibilità di una pluralità di imprese concorrenti, ovvero la destinazione dei prodotti ad una pluralità di utenti, o di categorie di utenti.

Si è ricordato inoltre che studi più recenti sulla nozione di impresa hanno tratto spunto dalla disciplina degli enti pubblici economici per affermare che è imprenditore colui che tragga dalla sua attività quanto necessario a riprodurre il capitale investito all'inizio del ciclo produttivo, o secondo

altri quanto occorre per compensare i fattori della produzione<sup>88</sup>.

Senonché anche un'organizzazione che fonda il proprio sostegno produttivo sul volontariato, o su liberalità, è in grado al termine del ciclo di trarre dalla sua attività quanto necessario per riprodurre il capitale investito, o per compensare i fattori della produzione.

Ciò che pare distinguere l'organizzazione imprenditoriale dal suo opposto è che nella prima il corrispettivo desunto dal mercato dei prodotti (beni o attività) deve remunerare il costo desunto dal mercato dei fattori della produzione.

La questione non pare di facile ed immediata soluzione ove si ritenga di applicare lo schema indicato ad organizzazioni che svolgano attività di erogazione di un servizio pubblico, sotto il controllo («gestione») di enti territoriali che hanno provveduto alla sua istituzione per soddisfare un interesse pubblico specifico.

Il mercato dei prodotti appare di difficile individuazione in tutti i casi di monopolio di fatto o di diritto, o a prezzi amministrati, che costituiscono la gran parte dei servizi pubblici locali considerati con caratteri di impresa (smaltimento rifiuti, trasporti, acqua, gas, ecc.).

Senza pretese di ordine generale e ai soli fini utili alla presente trattazione occorre procedere per gradi ad individuare sicuri punti di riferimento.

In prima approssimazione pare possibile acconsentire a quella linea interpretativa che avvicina l'istituzione alla forma di gestione in economia<sup>89</sup>, poiché si è detto che in quest'ul-

<sup>88</sup> Per riferimenti si veda *supra* il paragrafo 1.

<sup>89</sup> M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società ed istituzioni...*, cit., intervento al convegno *Ente pubblico ed enti pubblici* (Firenze, 25-26 ottobre 1991), cit., in Atti ancora in corso di pubblicazione, ma 24 del dattiloscritto consegnato al convegno, poi in *Le Regioni*, 1992, 8 e s.

timo caso l'assenza di ogni carattere economico dell'attività di erogazione del servizio è dato dalla confusione fra esercizio delle funzioni ed erogazione dei servizi che di per sé escludono qualsiasi possibilità di valutazione economica dell'attività di gestione del servizio pubblico da parte dell'amministrazione.

In via empirica si può rilevare che i caratteri dell'impresa mancano inoltre ogni qualvolta il servizio sia erogato all'utenza in assenza di un corrispettivo comunque denominato (prezzo, canone, tassa, tariffa, ecc.), poiché è intuitivo che in tali casi si è lontani da ogni qualificazione economica dell'attività.

Con affermazione più di genere si può ritenere che nessun mercato può essere individuato, e di conseguenza è assente ogni definizione di impresa, ove manchi una contribuzione specifica di quota parte del reddito degli utenti che fruiscono del servizio, a titolo di corrispettivo parziale o integrale del servizio stesso.

Non assume la qualificazione economica, e dunque «imprenditoriale», ogni attività che in ragione della produzione di beni e servizi non ottenga entrate diverse dall'attribuzione di quote di tributi erariali, o di tributi speciali, poiché a differenza di altri (tasse) non sono contribuzioni imposte in ragione della richiesta dell'utente di erogazione di un servizio pubblico (corrispettivi di un servizio)<sup>90</sup>.

L'assenza di ogni corrispettivo comunque denominato

<sup>90</sup> La scienza delle finanze ha da tempo indicato tali ipotesi con la denominazione di tasse: F. FORTE, *Teoria generale della finanza pubblica*, vol. I, Torino, Boringhieri, 1976, 121 e s.; G. TREVES, *Su alcune nozioni di diritto finanziario (imposta, tassa, contributo, tributo)*, in *Temi tributaria*, 1959, 196 e s.; cfr. più di recente C. COSCIANI, *Scienza delle finanze*, Torino, Utet, 1991, 120 e s. Tratta del rapporto fra imposte e utilità pubblica della gestione di un servizio N. LUCIANI, *Scelte pubbliche e gestione dei servizi pubblici*, Milano, F. Angeli, 1984, 27-28.

diverso da quello che provenga dal gettito fiscale d'imposta, siccome non ottenuto in ragione della richiesta di erogazione di un determinato servizio, esclude ogni qualificazione economica dell'attività in tal modo erogata all'utenza.

Si avrà attività non imprenditoriale ove la copertura degli eventuali costi sociali di cui all'art. 23, comma VI, cit., sia la fonte di finanziamento del servizio (istituzione), distinguendosi dalle ipotesi in cui la copertura dei costi sociali sia unicamente volta alla riduzione dei prezzi all'utenza del servizio stesso (azienda).

Continuando la rilevazione empirica, ma con altra direzione di ricerca, è possibile individuare il caso di erogazione di un servizio pubblico che trovi il proprio sostegno prevalente in una volontaria elargizione di prestazioni («volontariato») o di beni (donazioni, comodati, ecc.) che non sono corrispettivi dell'erogazione del servizio.

In tale ipotesi l'attività trova il proprio sostegno in contribuzioni che sono totalmente estranee alle ragioni di mercato e dunque escludono la qualificazione economica ed imprenditoriale dell'attività in tal guisa esercitata.

Si perviene così ad una nozione di impresa che meglio si attaglia alla disciplina indicata dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali e alla normativa comunitaria che nega la possibilità di aiuti alle imprese pubbliche.

Un'impresa è costituita dall'organizzazione dei fattori della produzione ed ancor prima dal reperimento di essi sui mercati finanziari, sul mercato del lavoro (*rectius*: sui diversi mercati del lavoro), in qualsiasi forma giuridica essi si esprimano (banca, borsa, socio di capitali, ecc.; lavoratore dipendente, socio d'opera, ecc.).

Il carattere imprenditoriale può dunque essere definito come necessità istituzionale di rivolgersi al mercato, non nel senso comunemente inteso dei suoi prodotti, siano essi beni o attività, ma dei suoi fattori di produzione.

Non è imprenditore chi produce sostenendosi sul vo-

lontariato, né chi reperisce finanziamenti volontari, o secondo una terminologia comune, a "fondo perduto".

In tali casi, per così dire, i fattori di produzione sono reperiti al di fuori di ogni logica di mercato, e per ciò solo non è svolta dall'ente nessuna attività economica.

Alle organizzazioni che in tal modo, per principio, o per necessità, di fatto, o *ex lege*, si sono poste a priori al di fuori di ogni riferimento al mercato (*rectius*: ai mercati), si può a buon titolo, con riferimento alla attività da essi svolta, negare la qualificazione di impresa ai sensi dell'art. 22 della l. n. 142 del 1990, cit., e al suo titolare quella di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 cod. civ.

Nel caso dell'istituzione l'esclusione dal mercato è definita dalla particolare fonte di finanziamento e più in generale di sostentamento, che è consentita dall'ordinamento a tale organizzazione rispetto ad ogni altro operatore che intenda inserirsi nel mercato (dei prodotti)<sup>91</sup>.

4. *Disposizioni comuni all'azienda e all'istituzione: efficacia, efficienza, economicità e pareggio di bilancio. Peculiarità dell'interpretazione delle norme con riferimento all'istituzione.*

Da quanto detto discende una diversa prospettiva utile all'interpretazione delle disposizioni comuni (art. 23, comma III, IV e VI) alla due forme di erogazione del servizio (istitu-

<sup>91</sup> Ripianamenti finanziari statali e regionali, che la normativa comunitaria vieta a favore delle imprese (caso Lanerossi ed Alfa Romeo, su cui infra vol. II), nonché fruizione di prestazioni di lavoro a titolo gratuito che anche se pattuite non trovano tutela ove disposte a favore di un imprenditore (arg. ex art. 2113, cod. civ., così come mod. dall'art 6 l. 11 agosto 1973, n. 533).

zione e azienda) cui si accennava all'inizio del presente paragrafo.

La comune disciplina prevista dalla legge per l'azienda e per l'istituzione, che le impone di uniformare «la loro attività a criteri di efficacia, efficienza ed economicità» con obbligo del pareggio di bilancio da perseguire attraverso l'equilibrio dei costi e dei ricavi compresi i trasferimenti, assume un diverso significato per l'una e per l'altra forma di organizzazione.

Per l'azienda speciale si è detto che tale disciplina legislativa va intesa come conferma dell'autonomia imprenditoriale e della personalità giuridica, che sottraggono l'azienda ai poteri di ingerenza che erano connaturati alla gestione diretta ed eliminano ogni possibilità di trasferimento all'ente territoriale di utili e perdite di esercizio diverse dal capitale di dotazione (autonomia patrimoniale perfetta).

Correttamente dunque per l'azienda l'«economicità» si identifica con il tradizionale requisito comune a tutti gli enti pubblici economici che sono imprese pubbliche, in forza del quale al termine del ciclo produttivo deve ricavarsi quanto necessario alla remunerazione dei fattori di produzione.

Gli stessi elementi normativi dell'art. 23, comma IV, ove riferiti alla disciplina che è peculiare dell'istituzione (art. 23, comma II, V, VII), assumono un significato del tutto differente.

Efficacia, efficienza ed «economicità», nonché obbligo del pareggio di bilancio, definiscono un limite della gestione del servizio sociale senza rilevanza imprenditoriale che da un lato consente di porre in evidenza le spese di esercizio, evitando la confusione propria della gestione in economia, dall'altro è disciplina dell'autonomia non imprenditoriale dell'istituzione, nel senso che autonomamente, attraverso i propri organi provvede alla ricerca dei proventi necessari all'eroga-

zione del servizio al di fuori di ogni logica di mercato, non utilizzando cioè gli strumenti tipici dell'esercizio d'impresa<sup>92</sup>.

L'ordinamento ha in tal modo riconosciuto all'istituzione la possibilità di ottenere le risorse necessarie per erogare il servizio pubblico senza osservare i limiti propri dell'impresa, anzi elevando l'opposto criterio di gestione («non imprenditorialità») a sua peculiarità.

In tale quadro i «trasferimenti» e il correlato «obbligo di pareggio di bilancio», di cui all'art. 23, comma IV, vanno anch'essi diversamente intesi per l'azienda e per l'istituzione. Per l'azienda i trasferimenti sono remunerazione di prezzi all'utenza inferiori a quelli di mercato dei prodotti<sup>93</sup>, o ai costi di produzione (*rectius*: i costi di mercato dei fattori di produzione), nell'istituzione invece sono in sé e per sé soddisfazione dell'interesse pubblico all'erogazione del servizio.

L'istituzione in tal modo intesa può dunque essere vicina alla gestione in economia<sup>94</sup>, non tanto per simiglianza della propria struttura organizzativa, o per l'oggetto del servizio stesso<sup>95</sup>, ma perché in entrambi i casi l'erogazione del servizio non avviene secondo una logica propria dell'economia di mercato.

Nella gestione in economia si è detto che tale logica manca per la confusione fra organizzazione utile all'erogazione dei servizi pubblici e organizzazione necessaria all'esercizio delle funzioni; nel caso dell'istituzione invece l'estra-

<sup>92</sup> La necessità dei quali impone l'azienda o altra forma di gestione diversa dall'istituzione.

<sup>93</sup> Per talune categorie di utenti.

<sup>94</sup> M. CAMMELLI, *Enti pubblici, società ed istituzioni...*, cit., intervento al convegno *Ente pubblico ed enti pubblici* (Firenze, 25-26 ottobre 1991), cit., in Atti ancora in corso di pubblicazione, ma 24, del dattiloscritto consegnato al convegno, poi in *Le Regioni*, 1992, 8 e s.

<sup>95</sup> Nella gestione in economia infatti può avvenire l'erogazione di un servizio pubblico a carattere non imprenditoriale, sia l'erogazione di un servizio che potenzialmente potrebbe essere erogato da un'impresa.

neità al mercato è data più direttamente dalla necessità di reperire i fattori di produzioni al di fuori di questo.

Sul piano precettivo è possibile concludere che il servizio non è a carattere imprenditoriale ove lo stesso non possa essere gestito secondo i mezzi propri delle imprese, ma debba trarre il proprio sostentamento da fattori di produzione estranei all'economia di mercato<sup>96</sup>.

Ciò non significa incentivare la creazione di istituzioni deficitarie, ma al contrario chiarire che le stesse sono previste dalla legge come organizzazioni autonome di attività i cui elementi di realizzazione, complessivamente intesi, debbono essere inferiori e non superiori ai valori di mercato, o perché l'uso dei beni è a titolo gratuito, o perché le prestazioni sono assicurate dal «volontariato», o perché persistono "liberalità" utili alla remunerazione dei mezzi di erogazione del servizio, siano esse vere e proprie donazioni, ovvero sovvenzioni pubbliche<sup>97</sup>.

Assume al contrario carattere imprenditoriale ogni servizio pubblico anche sociale che possa, in ragione degli sviluppi economici e tecnologici di una determinata epoca storica, contare prevalentemente sulla corresponsione di un corrispettivo pagato dall'utenza per l'erogazione del servizio stesso.

La definizione cui si è pervenuti è conforme alle norme del trattato istitutivo CEE che vieta gli aiuti degli Stati alle imprese pubbliche (art. 90 e 92) e alla proposta relativa all'emanazione della direttiva in materia di servizi.

In essa si definiscono come *autorità pubbliche* lo Stato, gli enti territoriali, gli enti di diritto pubblico e le associa-

<sup>96</sup> In tal senso anche i corrispettivi del servizio pubblico, comunque denominati, non debbono potere assurgere a mezzo prevalente di sostegno dell'erogazione del servizio.

<sup>97</sup> G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 1967-71.

zioni costituite da uno o più enti territoriali o di diritto pubblico, e si definiscono gli enti di diritto pubblico come ogni ente che è: lett. a) «istituito allo scopo specifico di provvedere ad esigenze di pubblico interesse che non abbiano carattere industriale o commerciale», b) è «dotato di personalità giuridica», c) «la cui attività è finanziata in via maggioritaria dallo stato, dagli enti territoriali, o da altri enti di diritto pubblico la cui gestione è sottoposta al controllo di quest'ultimi o il cui consiglio di amministrazione, consiglio direttivo, o consiglio di vigilanza, è composto da membri, più della metà dei quali sia nominata dallo Stato, dagli enti territoriali o da altri enti di diritto pubblico»<sup>98</sup>.

Se si ricorda la definizione di «impresa pubblica» offerta dalla normativa comunitaria<sup>99</sup> si deve rilevare che l'istituzione appartiene più alla categoria delle autorità pubbliche<sup>100</sup> verso

<sup>98</sup> Commissione CEE, proposta di un testo coordinato che integra le disposizioni della proposta di direttiva CO (91) 347 def. (appalti di servizio) nella direttiva 90/531 CEE (appalti di fornitura e di lavori) n. 92/C34/04, in G.U.C.E. 12 febbraio 1992, n. C34/3. Eguale definizione è possibile ritrovare nel decreto legislativo 19 dicembre 1991, n. 406, che recepisce e dà attuazione alla direttiva CEE n. 89/400, in materia di procedura di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, art. 2.

<sup>99</sup> In particolare la direttiva della Commissione CEE del 25 giugno 1980, n. 80/723 (modificata in parte dalla successiva direttiva della commissione CEE 24 luglio 1985, n. 85/413), ha precisato all'art. 2 che sono «poteri pubblici lo Stato e gli altri enti territoriali», mentre è impresa pubblica «ogni impresa nei confronti della quale i poteri pubblici possono esercitare, direttamente o indirettamente, una influenza dominante per ragioni di proprietà, di partecipazione finanziaria, o della normativa che la disciplina. ». L'art. 2 stesso precisa che tale «influenza dominante» è presunta quando i poteri pubblici, direttamente o indirettamente: a) detengono la maggioranza del capitale sottoscritto dall'impresa oppure b) dispongano della maggioranza dei voti attribuiti alle quote emesse dall'impresa, ovvero c) possano designare più della metà dei membri del consiglio di amministrazione, di direzione o di vigilanza dell'impresa».

<sup>100</sup> Anche se difetta del requisito della personalità giuridica (lett. b).

le quali sono da ritenere consentiti finanziamenti da parte dello Stato, o altri enti pubblici territoriali, che sono vietati nei confronti delle imprese pubbliche (azienda speciale)<sup>101</sup>.

<sup>101</sup> Sicché, si è detto (vedi *supra*), la stessa norma che prevede la copertura da parte di comuni e province dei «costi sociali» (art. 23, comma VI), assume un diverso significato per l'azienda e per l'istituzione, poiché nel primo caso trattasi di contributo a copertura del differenziale fra tariffe imposte (art. 32, comma II, lett. g; art. 54, comma VIII) e prezzi di mercato, o costi di produzione, mentre nel secondo il sostegno pubblico può essere determinante indipendentemente da qualsiasi imposizione tariffaria.

CAPITOLO QUINTO  
LE FORME PUBBLICHE ASSOCIATIVE E DI COOPERAZIONE  
DI EROGAZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Consorzi, convenzioni e "unioni di comuni". I consorzi e i servizi sociali con o senza rilevanza imprenditoriale. I Consorzi come forma di cogestione dei servizi pubblici di comuni e province. — 2. I poteri degli enti territoriali consorziati e quelli dell'assemblea consortile. Convenzione istitutiva e statuto. Trasmissione degli atti fondamentali e responsabilità limitata. Il consorzio come ente locale: controllo, vigilanza e rapporto di lavoro. Responsabilità amministrativa e personalità giuridica. Il consorzio «pluri-servizi». — 3. Le convenzioni come strumento giuridico di estensione della gestione altrui, o come mezzo per collegare più gestioni di servizi pubblici. Le differenze fra cogestione di un servizio pubblico e partecipazione alla gestione altrui. La delimitazione dei consorzi ad opera della gestione del comune, della provincia e della città metropolitana.

1. *Consorzi, convenzioni e "unioni di comuni". I consorzi e i servizi sociali con o senza rilevanza imprenditoriale. I Consorzi come forma di cogestione dei servizi pubblici di comuni e province.*

I consorzi sono definiti dall'art. 25 come ulteriore forma «per la gestione associata da parte di comuni e province di uno o più servizi, secondo le norme previste per le aziende speciali in quanto compatibili».

La diversa formulazione utilizzata dalla legge per le convenzioni (art. 24) e per le unioni di comuni (art. 26), nei quali si individua la possibilità alternativa dell'esercizio di funzioni e dell'erogazione di servizi, nonché il riferimento alla disciplina prevista per le aziende speciali, inducono a ritenere che l'oggetto dei consorzi sia delimitato alla sola gestione di servizi pubblici locali.

Nella legge è chiaramente presente una scelta di sfavore verso quelle forme di moltiplicazione degli enti pubblici che un tempo le leggi speciali consentivano per l'esercizio associato di funzioni<sup>1</sup> e servizi attraverso nuove entificazioni (i consorzi) che non importavano al tempo stesso l'eliminazione delle preesistenti (fusioni) di cui, con la creazione del consorzio, si era affermata la necessità di un superamento<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Per la gestione del servizio di segreteria per i segretari comunali si veda il d. p. r. 23 giugno 1972, n. 749, da ritenersi abrogato con l'entrata in vigore dell'art. 25 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali e, ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 18 del d. p. r. 749 del 1972 cit., sarà possibile l'applicazione della convenzione di cui all'art. 24 della l. 142 del 1990 (in tal senso: Consiglio di Stato, sez. I, 6 febbraio 1991; cfr. circolare Ministero degli Interni 23 febbraio 1991). Si veda inoltre l'art. 41, ultimo comma, del r. d. n. 383 del 1934, cit., ove si stabiliva che più comuni della stessa provincia tra loro vicini possono avere in consorzio un solo segretario comunale e un solo ufficio, quando lo consiglino le condizioni finanziarie, la posizione topografica e il numero esiguo degli abitanti (cfr. art. 69, del r. d. 12 febbraio 1911, n. 297). All'abrogazione indicata potrebbe fare eccezione l'art. 1, 7 marzo 1986, n. 65 sull'ordinamento della polizia municipale, che prevede con legge speciale la facoltà per i comuni di costituire consorzi per il servizio di vigilanza urbana.

<sup>2</sup> G. MIELE e G. STANCANELLI, voce *Consorzi amministrativi* dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, 410 e s.; M. BERNARDI, voce *Consorzi fra enti locali*, *ivi*, 419 e s.; F. BENVENUTI, *Gli ordinamenti consortili e i loro sviluppi*, in *Coordinamento e collaborazione nella vita degli enti locali*, in *Atti del V convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1961, 95 e s.; F. PIZZETTI, voce *Consorzi*, in *Annuario 1982 delle Autonomie locali*, Ed. delle Autonomie,

Il principio indicato è *ratio* normativa di molte disposizioni della legge sull'ordinamento delle autonomie locali ed in alcune gli enunciati legislativi lo rivelano in modo particolare.

La convenzione (art. 24) consente a comuni e province di svolgere in modo *coordinato* funzioni e servizi e perciò nega ad un tempo, sia il vero e proprio esercizio associato delle funzioni, sia la possibilità di pervenire alla creazione di nuove persone giuridiche.

L'unione (art. 26) invece, consentita peraltro solo per i comuni, consente un esercizio *associato* delle funzioni, cioè la creazione di un nuovo centro di competenza, ma la struttura è configurata dal legislatore come forma claudicante, destinata inevitabilmente entro il decennio dalla costituzione alla fusione dei comuni interessati, ovvero al suo scioglimento<sup>3</sup>.

La nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali vieta espressamente tra gli stessi comuni e province la possibilità di costituire più di un consorzio<sup>4</sup>.

La scelta di sfavore della legge di riforma verso la moltiplicazione degli enti è desumibile inoltre dall'intera disciplina posta dall'art. 11, ove si attribuisce alle regioni il compito di predisporre un programma di modifica delle circoscrizioni comunali e di fusione dei piccoli comuni, che deve essere aggiornato ogni cinque anni, in modo da adeguare le strutture alle mutevoli esigenze della realtà sociale, nonché dagli incentivi finanziari che Stato e regioni debbono erogare ai co-

Roma, 1981, 151 e s.; in generale: A. TRAVI, *Profili formali e funzionali dei consorzi*, in *Azienditalia*, 1990, n. 9, 44 e s.; M. T. ARGANELLI, *I consorzi quale forma di gestione di servizi locali; la riforma delle autonomie locali e diversificate soluzioni organizzatorie*, in *Comuni d'Italia*, 1991, 753 e s.; E. GIZZI, voce *Consorzi fra enti pubblici* del *Noviss. Digesto it.*, vol. IV, Torino, Utet, 1959, 261; G. STANCANELLI, voce *Consorzi amministrativi* del *Noviss. Digesto it.*, vol. IV, Torino, Utet, 1959, 250.

<sup>3</sup> Art. 26, c. VI, della l. 142 del 1990, cit.

<sup>4</sup> Art. 25, c. VI.

muni inferiori ai cinquemila abitanti che abbiano deciso la fusione (comma II e IV).

L'unica eccezione (funzioni e servizi) a conferma della regola enunciata sono i consorzi obbligatori che la legge statale può imporre a comuni e province in casi di rilevante interesse pubblico «per l'esercizio di determinate funzioni e servizi», demandandone l'attuazione alla legge regionale.

Con riferimento ai servizi pubblici invece occorre osservare che nell'ordinamento previgente del r. d. 3 marzo 1934, n. 383 (art. 156 e s.) la disciplina generale configurava l'antesignano del consorzio in esame come vero e proprio ente morale che poteva provvedere a «servizi od opere di interesse di più comuni o province»<sup>5</sup>.

Il consorzio poteva gestire «servizi ed opere» valendosi del personale dipendente degli enti consorziati<sup>6</sup>, o costituendo un'azienda speciale, o attribuendoli in concessione a terzi<sup>7</sup>.

La gestione a mezzo di azienda trovava disciplina sotto la denominazione dell'azienda consorziale di cui agli artt. 21

<sup>5</sup> Art. 162 e 156, art. 171 e 169, del r. d. n. 383 del 1934, cit. Di particolare interesse è l'art. 161 del r. d. n. 383 del 1934, cit., dal quale era possibile desumere che consorzisti, con potere di nomina dei propri rappresentanti, potevano essere anche enti diversi da comune e provincia.

<sup>6</sup> Art. 159, c. III, del r. d. 383 del 1934 cit.

<sup>7</sup> Distingue, ai fini di configurare il rapporto dei dipendenti come pubblico impiego, o come rapporto di lavoro subordinato di diritto privato, fra l'ipotesi di consorzio che per la gestione di un pubblico servizio vi provveda in economia e l'ipotesi in cui abbia creato una azienda speciale consortile: Cass. civ., sez. un., 4 aprile 1986, n. 2318; per un caso relativo a concessione a terzi; Cass. civ., sez. un., 14 marzo 1980, n. 1713, in *Giur. agr.*, 1982, 157; Cass. civ., sez. un., 14 marzo 1980, n. 1713, in *Foro it.*, 1980, I, 1656 (per ipotesi relativa alla possibilità per il concessionario di agire in via surrogatoria dei comuni consorziati per inerzia del consorzio).

e s. del r. d. n. 2578 del 1925, cit., e poi delle norme regolamentari del d. p. r. n. 902 del 1986, cit. agli artt. 88 e s.

L'art. 25 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali invece preclude la possibilità al consorzio di provvedere alla scelta dei modi di erogazione dei servizi pubblici fra le alternative indicate all'art. 22, comma III, sia per le ragioni sopra indicate che negano la proliferazione degli enti pubblici, sia per l'assorbente richiamo dell'applicazione (in quanto compatibili) delle norme previste per l'azienda speciale (art. 25, comma I).

Sotto altro profilo la nuova disciplina di cui all'art. 25 delimita l'oggetto alla sola gestione di servizi e ad altra norma è demandata la disciplina delle forme di cooperazione fra comuni e province per l'esecuzione di opere.

Gli «accordi di programma» di cui all'art. 27 della legge n. 142 del 1990, cit., sono previsti per l'attuazione e definizione di opere che richiedono l'azione integrata e coordinata di comuni e province (nonché Stato e regioni) con conseguente separazione di ciò che l'abrogato art. 156 del r. d. n. 383 del 1934, cit., aveva ricondotto nella unitaria disciplina dei consorzi.

L'oggetto dell'attività consentita ai consorzi dall'art. 25 può rivelare una antinomia fra la generica indicazione dei servizi e il richiamo alla disciplina delle aziende speciali in quanto compatibile.

Non è chiaro se il consorzio sia configurato dal legislatore come azienda speciale, per così dire, di livello consortile, ovvero come capace di comprendere anche la gestione dei servizi senza rilevanza imprenditoriale.

Indipendentemente dalla soluzione che si voglia accogliere si deve anzitutto ammettere che il consorzio è configurato dalla legge come ulteriore forma di erogazione dei servizi pubblici, che si aggiunge alle cinque indicate all'art. 22, comma III, poiché il riferimento alle norme relative all'azienda speciale debbono essere adattate ad una *ratio* norma-

tiva che fonda una vera e propria cogestione di comuni e province all'erogazione di servizi pubblici.

Del pari agevole è, come vedremo, ritenere che il consorzio mantenga il riconoscimento della personalità giuridica affermata già con riferimento alla disciplina previgente<sup>8</sup>, poiché l'estensione della relativa norma espressamente prevista per le aziende speciali (art. 23, comma I) non è incompatibile con la disciplina dettata per i consorzi dalla legge di riforma della autonomie locali (art. 25).

La normativa vigente può essere a favore della soluzione che circoscrive l'attività consortile ai soli servizi a carattere imprenditoriale<sup>9</sup>, ove si ritenga che il legislatore abbia inteso affermare una normale correlazione fra personalità giuridica e carattere imprenditoriale di un servizio pubblico.

Le stesse ragioni che hanno sorretto la scelta di un «organismo strumentale» senza personalità giuridica nel caso dell'istituzione possono riproporsi per la gestione a favore di più comuni e province dei servizi pubblici a carattere non imprenditoriale, che può avvenire attraverso la convenzione di cui all'art. 24, con esclusione invece dei consorzi di cui al successivo art. 25<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Per tutti si vedano: Cass. civ., sez. un., 27 giugno 1986, n. 4272; T.A.R. Campania, sez. Salerno, 12 febbraio 1990, n. 18, in *Foro amm.*, 1991, 508.

<sup>9</sup> Argomento contrario alla tesi che si accoglie in testo può forse essere tratto dal disegno di legge n. 750, cit., che all'art. 29 *quater*, comma III, degli emendamenti proposti dal governo nel 1991, disciplina solo i consorzi che gestiscono servizi pubblici assunti ai sensi della legge stessa, che è dedicata, dall'art. 30 degli emendamenti, all'«Ordinamento dei servizi pubblici locali di carattere economico e imprenditoriale».

<sup>10</sup> Occorre ricordare che è pur sempre possibile per i comuni pervenire alla costituzione di unioni, verso le quali tuttavia è prevalente la *ratio* normativa dell'agevolazione delle fusioni, la quale pare dunque di per sé giustificare la possibilità di conferire all'unione la gestione di qualsivoglia servizio pubblico.

Se un'analogia è possibile con la legislazione previgente occorre riconoscere che i consorzi di cui all'art. 25 della legge sull'ordinamento della autonomie locali si avvicinano, per l'espresso richiamo delle norme previste per le aziende speciali, alle aziende consorziali di cui all'art. 21 e s. del r. d. n. 2578 del 1925, cit., e agli artt. 88 e s. del d. p. r. n. 902 del 1986, cit.

In tal caso si può affermare che il consorzio è forma che per taluni aspetti pare porsi piuttosto come alternativa della società per azioni a prevalente capitale pubblico locale e per altri alla concessione a terzi.

I consorzi facoltativi sono configurati dalla legge vigente come mezzo di partecipazione dei soli comuni e province per una «gestione associata di uno o più servizi», mentre la società per azioni, come vedremo, può essere costituita ove sia *opportuna* «la partecipazione di altri soggetti pubblici o privati» (art. 22, comma III, lett. e).

Nella concessione a terzi la legge non prevede in capo all'ente territoriale la possibilità di nomina degli amministratori che gestiscono l'impresa di erogazione del servizio pubblico e consente il ricorso a tale forma solo ove sussistano «ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale» (art. 22, comma III, lett. b).

Il Consorzio concorre infine con tutte le altre forme di gestione dei servizi pubblici attraverso il mezzo della convenzione.

Ogni necessità di pervenire ad estendere l'efficacia territoriale di una gestione di servizi oltre la circoscrizione comunale o provinciale trova, come vedremo, nella convenzione lo strumento giuridico di *partecipazione* di comuni e province alla gestione di un servizio di altro comune o provincia, con conseguente estensione della sfera di attività alla popolazione dell'ente territoriale convenzionato.

La forma consortile si impone invece ove i comuni e le province interessati intendano pervenire ad una vera e pro-

pria *cogestione* del servizio pubblico: cioè ove ritengano di istituire una forma associata di gestione (esercizio di poteri di controllo ed erogazione) del servizio stesso.

2. *I poteri degli enti territoriali consorziati e quelli dell'assemblea consortile. Convenzione istitutiva e statuto. Trasmissione degli atti fondamentali e responsabilità limitata. Il consorzio come ente locale: controllo, vigilanza e rapporto di lavoro. Responsabilità amministrativa e personalità giuridica. Il consorzio «pluriservizi».*

Strutturalmente il consorzio si distingue dall'azienda speciale perché ad esso sono imputati dall'ordinamento tutti i poteri che sono, nella gestione individuale, degli organi dell'ente territoriale di riferimento.

Permangono di competenza dell'ente territoriale infatti solo la deliberazione di assunzione del servizio in consorzio, con relativa approvazione della convenzione istitutiva e dello statuto del consorzio stesso (art. 25, comma II), ove deve essere prevista una procedura concertata di determinazione delle tariffe del servizio, nonché la disciplina del potere di ottenere l'invio degli atti fondamentali del consorzio (art. 25, comma III)<sup>11</sup>.

L'art. 25, comma V, attribuisce all'assemblea del con-

<sup>11</sup> Il dovere di trasmissione degli atti fondamentali pare strumentale al potere dell'ente territoriale di revoca della propria partecipazione, la cui competenza è attribuita al consiglio comunale (costituzione e modificazione ex art. 32, c. II, lett. d), ovvero al potere di revoca della delega da parte del sindaco, o del presidente, del proprio delegato come rappresentante in assemblea consortile, ovvero, nel caso di assenza di delega, il dovere di trasmissione si configura come strumentale all'eventuale mozione di sfiducia di cui all'art. 37, c. II, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali. In tutti i casi l'invio degli atti fondamentali è rivolto in particolare all'organo consiglio dell'ente territoriale.

sorzio l'elezione del consiglio di amministrazione e l'approvazione degli atti fondamentali previsti dallo statuto, che l'art. 32, comma II e l'art. 23, comma VI, nella gestione (individuale) dell'azienda speciale, imputano all'ente territoriale di riferimento.

La convenzione, approvata dagli enti territoriali unitamente allo statuto<sup>12</sup>, inoltre stabilisce la partecipazione dei singoli consorzisti con obbligo di conferimento pro quota del capitale di dotazione e deve indicare le finalità (scopi dell'ente) perché sono elemento costitutivo del consorzio.

Il potere di indirizzo, che per l'azienda è attribuito all'ente territoriale<sup>13</sup>, pare riservato invece all'assemblea del consorzio poiché unico organo competente a determinare in forma consortile la volontà di tutti gli associati in ordine alla gestione del servizio, analogamente all'esercizio del potere di controllo e di verifica dei risultati di gestione e alle deliberazioni di copertura degli eventuali costi sociali.

Il potere di indirizzo della gestione del servizio non è infatti previsto dalla legge come concerto fra i consigli degli enti territoriali e la sua configurazione come potere individuale di ogni ente consorziato equivale a negare ogni «gestione associata»<sup>14</sup> del servizio, cioè della stessa definizione del consorzio indicata all'art. 25, comma I, della legge.

In generale e con riferimento al potere di controllo e verifica dei risultati di gestione si è detto che la competenza dell'assemblea consortile è data dalla composizione di quest'organo, ma soprattutto dall'attribuzione ad essa dell'approvazione degli atti fondamentali previsti dallo statuto.

In particolare con riferimento alla copertura degli eventuali costi sociali la competenza assembleare si pone come idonea a vincolare direttamente gli enti territoriali consor-

<sup>12</sup> Art. 25, comma II, l. n. 142 del 1990, cit.

<sup>13</sup> Art. 23, comma VI, l. n. 142 del 1990, cit.

<sup>14</sup> In ciò si distingue dalla convenzione di cui all'art. 24.

ziati, ovvero come richiesta rivolta agli stessi, in ragione delle scelte dedotte in convenzione<sup>15</sup>.

Ciò che la legge ha attribuito all'articolo 23, comma VI, come poteri riservati ai comuni o alle province, è con il consorzio attribuito alla competenza dell'assemblea consortile, in conformità alla preesistente disciplina sulle aziende consortili<sup>16</sup> e a quanto si propone per la futura disciplina dei servizi pubblici locali di carattere economico ed imprenditoriale<sup>17</sup>.

Si spiega in tal guisa il temperamento stabilito dall'art. 25, comma I, in ordine all'estensione delle norme previste per le aziende speciali<sup>18</sup>, poiché si delinea una configurazione del consorzio che avvicina tale ente ai comuni e alle province.

In numerose leggi speciali si attribuisce la titolarità di determinati poteri pubblici indistintamente «ai comuni, alle province e ai loro consorzi»<sup>19</sup>, confermando in tal modo la

<sup>15</sup> La deliberazione dell'assemblea del consorzio di copertura degli eventuali costi sociali è direttamente vincolante per gli enti territoriali consorziati solo se prevista in quanto tale nella convenzione (atto costitutivo). L'atto costitutivo può alternativamente prevedere che i costi sociali dovranno essere coperti con le disponibilità patrimoniali proprie del consorzio. In tal caso le ipotesi possibili sono almeno due: a) procedere alla ricapitalizzazione nel caso di perdite; b) disporre di anno in anno l'accollo dei costi sociali agli enti territoriali. In entrambi i casi la deliberazione dell'assemblea consortile di copertura degli eventuali costi sociali assume il significato di una proposta rivolta agli enti territoriali di riferimento.

<sup>16</sup> Art. 22, del r. d. n. 2578 del 1925, cit.; art. 90 e 99 del d. p. r. n. 902 del 1986, cit.

<sup>17</sup> Art. 29 *quater*, del disegno legge governativo (emendamenti) di cui al 4 dicembre 1991, cit., il quale stabilisce che le funzioni attribuite dalla presente legge all'ente locale nei confronti dell'azienda speciale sono svolti, nell'ordinamento unitario del consorzio, dall'assemblea consorziale di cui all'art. 25 della l. 8 giugno 1980 n. 142.

<sup>18</sup> L'estensione è data «in quanto compatibili».

<sup>19</sup> Si vedano: gli artt. 66 e 346 del r. d. 27 luglio 1934, n. 1265, testo

definizione di quest'ultimi come enti locali (non territoriali).

In ciò è possibile ritrovare un ulteriore carattere differenziale fra consorzi ed aziende e più in generale fra consorzi e ogni altra forma di gestione diversa da quella in economia e forse dall'istituzione.

Negli altri casi (concessione, società per azioni, azienda speciale) i soggetti chiamati all'erogazione del servizio pubblico non sono altro che strumenti di gestione, cioè organizzazioni a tal fine previste o istituite, cui l'ordinamento non attribuisce di per sé l'esercizio di funzioni pubbliche<sup>20</sup>.

Questa diversa configurazione dei consorzi, cui l'ordinamento attribuisce poteri pubblici al pari dell'ente territoriale, pare spiegare inoltre la diversa disciplina stabilita dall'art. 49 della legge di riforma che estende ai consorzi, e non alle aziende, le disposizioni sul controllo e sulla vigilanza dettate per i comuni e le province agli artt. 39 e s. (controllo sugli organi) e 41 e s. (controllo sugli atti).

Forse in tal senso il disegno di legge governativo intende limitare ai soli atti dell'assemblea consortile il controllo del comitato regionale<sup>21</sup>, realizzandosi così una totale simmetria

unico delle leggi sanitarie, che attribuiscono anche ai consorzi il potere di emanare i regolamenti organici del personale sanitario e il regolamento di polizia veterinaria; l'art. 6 della l. 10 maggio 1976, n. 319, norme per la tutela delle acque dall'inquinamento, ove all'ultimo comma prevede che i comuni e i consorzi intercomunali sono responsabili del controllo dei complessi produttivi allacciati alle fognature pubbliche per quanto attiene «alla accettabilità degli scarichi, alla funzionalità degli impianti di pretrattamento adottati, al rispetto dei criteri generali per un corretto e razionale uso dell'acqua, nonché al controllo degli scarichi sul suolo o nel sottosuolo».

<sup>20</sup> Diversamente pare orientato il legislatore con la norma transitoria per le nuove società per azioni nate dagli ex enti pubblici economici (Eni, Iri) all'art. 14, comma IV bis, della l. 8 agosto 1992, n. 359. Ma è diversa questione perché il problema analizzato in testo è circoscritto ai poteri di controllo sul servizio normalmente attribuiti all'ente territoriale.

<sup>21</sup> Art. 29 *quater*, c. III, del disegno di legge sull'ordinamento dei servizi pubblici locali, n. 750/S (emendamenti) cit.

con la gestione a mezzo di azienda speciale, verso la quale gli atti che spettano all'assemblea del consorzio sono con l'azienda attribuiti alla competenza del consiglio comunale e provinciale<sup>22</sup> (art. 23, comma VI, 32, comma II) e perciò sottoposti *ex lege* allo stesso controllo<sup>23</sup>.

Il carattere peculiare del consorzio contribuiva a definire anche la *ratio* interpretativa che pareva preferibile attribuire all'art. 51, comma XI, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, che dispone l'applicazione delle norme previste per comuni e province anche «agli uffici ed al personale degli enti dipendenti, dei consorzi e delle comunità montane, salvo quanto diversamente previsto dalla legge».

Il disegno di legge governativo n. 750 di riforma dei servizi municipalizzati più volte citato stabilisce all'art. 29, *quater*, comma III, (degli emendamenti proposti dal governo nel 1991), che ai consorzi che gestiscono servizi pubblici di carattere economico imprenditoriale non si applica l'art. 51 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

La distinzione aveva un senso anteriormente alla generalizzata determinazione legislativa che sottopone il rapporto di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni alla disciplina di diritto privato (art. 2094 e s. cod. civ.).

A tale risultato normativo era tuttavia possibile pervenire anche in base alla disciplina previgente: agli uffici e al personale delle aziende speciali e dei consorzi, per espressa disposizione dell'art. 51, comma XI, non si estendeva la disciplina di diritto pubblico ove fosse diversamente disposto dalla legge.

<sup>22</sup> Per argomenti a favore della competenza del consiglio in ordine agli atti di cui all'art. 23, comma VI, si veda *supra* il capitolo che precede.

<sup>23</sup> Art. 45, comma I, l. n. 142 del 1990, cit.

La diversa disciplina (diritto privato) del rapporto di dipendenza era già prevista dalla legge per l'attività di impresa pubblica<sup>24</sup>, con la conseguenza che per i dipendenti dei consorzi preposti a tale attività (impresa) era da ritenersi applicabile la disciplina di diritto privato prevista dalla legge per le aziende speciali.

Con riferimento all'oggetto occorre rilevare che la qualificazione dei consorzi come enti locali non consente di affermare la possibilità per le Regioni di considerare tali enti come destinatari di deleghe di *funzioni* amministrative in materia di servizi, al pari dei comuni e delle province (art. 118, comma III, Cost.), salvo il caso espressamente previsto di consorzi obbligatori di cui all'art. 25, comma VII, della legge di riforma delle autonomie locali.

L'eventuale atto regionale che disponga la delegazione di *funzioni* si porrebbe in contrasto con i «principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato» ai sensi dell'art. 117, comma I, Cost., nel caso di legge regionale di delegazione delle funzioni amministrative, perché non rispettosa della scelta di principio della legge sull'ordinamento delle autonomie locali di riservare l'esercizio delle «funzioni associate» da parte di più comuni allo strumento della convenzione, o all'unione di comuni, ovvero di semplice illegittimità dell'atto amministrativo regionale che disponga eguale determinazione per violazione di disposizioni di legge (art. 24, 25, 26).

La delimitazione dell'oggetto dei consorzi ai «servizi» non è dunque superabile dalla qualificazione del consorzio come ente locale, ma la stessa assume invece un particolare significato, non solo in ordine all'applicazione dell'art. 130 Cost. con riferimento al controllo di legittimità degli atti fon-

<sup>24</sup> Art. 25, comma I, l. n. 142 del 1990, cit., con riferimento al r. d. 1 luglio 1926, n. 1130, art. 2093, comma II, cod. civ.; nonché art. 409, n. 5, in combinato disposto all'art. 29 del r. d. 26 giugno 1924, n. 1054, testo unico delle leggi sul Consiglio di Stato.

damentali del consorzio di competenza dell'assemblea<sup>25</sup>, ma anche per l'applicazione dell'art. 58 della legge che dispone l'osservanza delle norme vigenti in materia di responsabilità degli impiegati civili dello stato per «gli amministratori e il personale degli enti locali».

La disciplina di cui all'art. 58 cit. supera la distinzione che si era imposta con la disciplina previgente fra "responsabilità per atti di gestione diretta del patrimonio" e "responsabilità amministrativa generica" che determinava solo nel primo caso la giurisdizione della Corte dei Conti per le relative controversie<sup>26</sup>, perché l'articolo indicato dispone la diretta applicazione della disciplina prevista per gli impiegati civili dello Stato che non conosce tale distinzione<sup>27</sup>.

L'estensione ai consorzi delle norme previste dalla nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali per co-

<sup>25</sup> Di recente la Corte Costituzionale ha chiarito che l'applicazione dell'art. 130 lascia ampi margini di discrezionalità al legislatore per l'individuazione degli atti di comuni e province da sottoporre al controllo di legittimità, riconoscendo dunque la manifesta infondatezza della questione proposta in ordine all'art. 45 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, Corte cost., ord., 30 dicembre 1991, n. 512, in *Foro it.*, 1992, I, 1068.

<sup>26</sup> Tale giurisprudenza consolidata si era affermata in ordine all'interpretazione degli artt. 261-265 dell'abrogato r. d. n. 383 del 1934, cit.: Cass. civ., sez. un., 14 marzo 1990, n. 2081-2082; Cass. civ., sez. un., 15 maggio 1990, n. 4152, in *Cons. St.*, 1990, II, 1487; Corte conti, sez II, 15 luglio 1985, n. 142, in *Foro amm.*, 1986, n. 966; Corte conti, sez II, 24 ottobre 1983, n. 111, in *Foro amm.*, 1984, 782.

<sup>27</sup> D. p. r. 10 gennaio 1957, n. 3, testo unico degli impiegati civili dello stato, art. 18 e s.; r. d. 12 luglio 1934, n. 1214, testo unico delle leggi sull'ordinamento della Corte dei conti, artt. 52 e s.; da ultimo, con riferimento alla immediata applicabilità degli artt. 58 e 64 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali nei confronti della responsabilità di amministratori ed impiegati agli enti territoriali per danno arrecato ai medesimi, afferma la giurisdizione della Corte dei conti nel senso *sopra* indicato in testo: Cass. civ., sez. un., 26 novembre 1990, n. 11366.

muni e province conferma, si è detto, la non integrale assimilazione del consorzio alla disciplina delle aziende speciali, rispetto alle quali il primo si distingue come vero e proprio ente di cogestione del servizio pubblico di cui sono titolari gli enti consorziati.

Cogestione del servizio da parte di comuni e province che non necessariamente è paritaria, ma in proporzione delle quote di partecipazione fissate dalla convenzione e dallo statuto, poiché si è ritenuto che ciò consegua normalmente alla disposizione dell'art. 25, comma IV, cit., che afferma una responsabilità in ragione delle quote di partecipazione<sup>28</sup>.

La legge sull'ordinamento delle autonomie locali pare confermare<sup>29</sup> inoltre al consorzio la preesistente disciplina che attribuiva la personalità giuridica, perché la stessa non è affatto incompatibile con la prescritta responsabilità di ciascun consorzista in ragione della quota di partecipazione fissata dalla convenzione e dallo statuto ed è conforme al principio che attribuisce l'autonomia patrimoniale perfetta agli enti di gestione dei servizi pubblici a carattere imprenditoriale, con conseguente estensione della disciplina prevista per le aziende speciali<sup>30</sup>.

L'accennata *ratio* normativa della legge sull'ordinamento delle autonomie locali volta a limitare la proliferazione degli enti pubblici, che si è detto valida per qualsiasi forma di ero-

<sup>28</sup> In tal senso: A. TRAVI, *Profili formali e funzionali dei consorzi*, in *Azienditalia*, 1990, n. 9, 44-46. In tal modo si pone un'analogia con la disciplina posta dal codice civile per le società di capitali, per le quali non è applicabile l'art. 2363, valido unicamente per le società di persone, ma il principio opposto dell'inderogabile rapporto fra poteri e responsabilità in misura direttamente proporzionale alla partecipazione (artt. 2325, 2350, 2351).

<sup>29</sup> Art. 162 del r. d. 3 marzo 1934, n. 383, per il vero l'articolo definiva i consorzi come enti morali.

<sup>30</sup> Art. 25, comma I, e 23, comma I, della l. n. 142 del 1990, cit.

gazione di servizi pubblici trova espressa affermazione per i consorzi nel comma VI, dell'art. 25 cit.

La gestione di una pluralità di servizi da parte di un medesimo ente che all'art. 22 comma III, lett. c) pare enunciata dal legislatore per l'azienda speciale come mera eventualità<sup>31</sup>, diviene per i consorzi necessaria ove si intenda pervenire alla cogestione di più servizi fra gli stessi enti territoriali, stante il divieto di cui all'art. 25, comma VI.

Nonostante l'infelice enunciazione non pare possibile pervenire a facili elusioni dell'indicato disposto normativo, ritenendo sufficiente ad escludere il divieto la variazione «anche di un solo comune di minime dimensioni»<sup>32</sup>.

Se la soluzione può essere vista come non contraria alla lettera della disposizione, sicuramente è in contrasto con la *ratio* normativa che vieta la moltiplicazione degli enti pubblici locali e che si è vista affermata espressamente in non poche norme della legge sull'ordinamento delle autonomie locali<sup>33</sup> e che valgono ad integrare l'esplicito divieto di istituzione di più consorzi fra gli stessi comuni, o province, di cui al citato art. 25, comma VI.

Oltre ad una vera e propria configurazione di violazione di legge in ragione dei principi enunciati dagli articoli 25, comma I e VI, nonché 24, 26, e 11, di cui si è riferito, parrebbe comunque sufficiente a precludere l'accennata «elusione» dell'art. 25, comma VI, cit., la disciplina di *jus non scriptum* da cui scaturisce il vizio di eccesso di potere<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Si veda l'articolo 22, comma III, cit. ove letteralmente si afferma: «anche per la gestione di più servizi».

<sup>32</sup> In tal senso: F. BASSANI, V. Italia, *Le autonomie locali*, Milano, Giuffrè, 1990, 239.

<sup>33</sup> Si vedano all'inizio del capitolo i riferimenti agli art. 24, 26, e 11 della legge.

<sup>34</sup> Non facile pare infatti motivare la scelta di pervenire alla costituzione di un nuovo consorzio ove sussista già altro che *ex lege* è il destina-

3. *Le convenzioni come strumento giuridico di estensione della gestione altrui, o come mezzo per collegare più gestioni di servizi pubblici. Le differenze fra cogestione di un servizio pubblico e partecipazione alla gestione altrui. La delimitazione dei consorzi ad opera della gestione del comune, della provincia e della città metropolitana.*

Le forme di erogazione dei servizi pubblici indicate dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali consentono agli enti territoriali un alto grado di libertà di scelta che permette di calibrare l'organizzazione di erogazione del servizio pubblico con grande approssimazione all'interesse territoriale della comunità di riferimento.

Alcune disposizioni della legge sull'ordinamento delle autonomie locali, più che costituire una vera e propria forma di erogazione del servizio stesso, operano per così dire come «moltiplicatore» delle forme indicate all'art. 22, comma III, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Anzitutto l'art. 22, comma I, che stabilisce per i comuni, le province e le città metropolitane la stessa disciplina dei servizi pubblici, nel senso che, come vedremo, per tutti valgono le cinque forme di erogazione dei servizi pubblici indicate al successivo comma III dello stesso art. 22.

Un fenomeno in parte simile si verifica con le *convenzioni* (art. 24), che non sono una «forma di gestione» dei servizi pubblici, che si aggiunge a quelle indicate all'art. 22, comma III, ma un modo per comuni e province di «svolgere in modo coordinato funzioni e servizi pubblici determinati».

tario naturale della «gestione di uno o più servizi» (art. 25, comma I). Non pare ad esempio sufficiente affermare come ragione necessaria per costituire un nuovo consorzio la volontà di non adesione di un comune ad uno preesistente, poiché il tal caso si dovrebbe motivare altresì l'insufficienza di una convenzione con la quale si estende la gestione dei comuni consorziati al nuovo riottoso comune.

Con le convenzioni, a differenza dei consorzi, non si perviene a costituire alcuna soggettività giuridica, né alcun organismo differenziato dai soggetti che sono parti della convenzione, sicché non si determina, nemmeno con la gestione in economia, una struttura unificata di «gestione del servizio» stesso<sup>35</sup>.

Diversamente opinando bisognerebbe riconoscere che attraverso la disciplina della convenzione si legittima qualsiasi forma di gestione dei servizi pubblici (società di persone, associazioni, ecc.) in totale contrasto con la tipicità stabilita dall'art. 22, comma III, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali<sup>36</sup>.

La stessa disciplina dell'art. 24 della legge consente una più precisa delimitazione dell'ambito di applicazione delle convenzioni ai servizi pubblici.

Qualora le convenzioni abbiano ad oggetto l'erogazione di un servizio pubblico la «gestione» di questo non potrà che avvenire ad opera di uno degli enti territoriali, ovvero da più di uno di essi, secondo una delle forme indicate dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Più analiticamente si può dire che, escluso il caso di costituzione di un consorzio, la convenzione di cui all'art. 24 pare disciplinare due ipotesi: a) la *partecipazione* di alcuni comuni e province *alla erogazione* di un servizio pubblico la cui gestione è controllata da altri enti territoriali; b) l'intesa volta a *collegare la gestione* di due, o più, enti territoriali.

Nella prima si determina un sinallagma fra l'offerta della

<sup>35</sup> Il fenomeno pare comune anche all'accordo di programma di cui all'art. 27 della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

<sup>36</sup> In tal senso non crediamo si possa affermare che le convenzioni siano un mezzo di «atipico» di gestione dei servizi pubblici, cfr. N. ARCADI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali nel nuovo ordinamento delle autonomie locali*, in *Reg. e gov. loc.*, 1992, 137, che afferma l'atipicità del regime convenzionale.

unificazione della domanda di servizi pubblici contro la richiesta della gestione dei servizi stessi, i cui limiti giuridici ed economici sono dettati dalla convenzione (art. 24 comma II).

In tale ricostruzione va inquadrata la possibilità di procedere ad una estensione «extraterritoriale» dell'attività delle aziende speciali, espressamente affermata dall'art 5 del d. p. r. n. 906 del 1986, cit., cui si è giunti sulla scorta degli ampi consensi della dottrina<sup>37</sup>, ma che per l'unicità della ragione giuridica va intesa con riferimento anche alle altre forme di erogazione di servizi pubblici: gestione in economia, istituzioni, concessione a terzi, società per azioni a prevalente partecipazione pubblica<sup>38</sup>.

L'ipotesi non si distingue molto da un contratto fra privati in cui una organizzazione (di imprese o di utenti) chieda l'erogazione di un determinato servizio a proprio favore, senza perciò partecipare in alcun modo alla gestione del servizio, che è riservata all'imprenditore.

Le pretese dell'ente convenzionato dovranno essere inquadrate e risolte giuridicamente secondo gli schemi di tutela

<sup>37</sup> U. POTOTSCHNIG, *Legittima l'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Il Contatore*, 1971, n. 3, p. 51 es.; F. BASSI, *L'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, in *Atti del convegno regionale Dimensioni territoriali delle aziende municipalizzate del gas e dell'acqua*, Reggio Emilia, 1969, 26 e s.; da ultimo N. AICARDI, *L'attività extraterritoriale*, cit., 136 e s., ed *ivi* a pag. 123, nt. 5 i riferimenti alle opinioni favorevoli e contrarie alla soluzione.

<sup>38</sup> Altra e diversa questione è se in taluni casi non si possa profilare l'elusione di alcune norme di diritto pubblico, come per la concessione a terzi, ove si pretenda di ritenere conseguente alla premessa indicata in testo la possibilità di provvedere all'estensione del servizio dopo aver concluso la gara per l'aggiudicazione. Dalla premessa non consegue affatto la pretesa conclusione, poiché si tratta come è evidente di un'ipotesi di mutamento dell'oggetto del servizio, che potrà essere o non essere disciplinato nel contratto che accede alla concessione, ma che dovrà trovare soluzione nei limiti della disciplina del rapporto giuridico pubblico instaurato fra ente concedente e concessionario.

previsti dal codice civile per le obbligazioni, cioè si tratterà normalmente di un inesatto adempimento, o di una pretesa rescissoria, ecc. dell'obbligazione oggetto della convenzione.

Conferma di tale impostazione può essere trovata nella disciplina della l. 7 agosto 1990, n. 241, sul procedimento amministrativo, che all'art. 15, comma II, ritiene applicabili a tutti gli accordi fra amministrazioni pubbliche utili a «disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune» i «principi in materia di obbligazioni e contratti previsti dal codice civile»<sup>39</sup>.

In tale quadro interpretativo la convenzione si distingue dalla partecipazione, anche di minoranza, a società per azioni in cui l'ente territoriale acquista la diversa qualità di socio, con i relativi poteri previsti dalla legge.

Nessun potere di controllo di gestione è dunque attribuito all'ente richiedente nei confronti delle organizzazioni che provvedono ad erogare il servizio pubblico, né di direzione, né di vigilanza<sup>40</sup>, né quant'altro la legge attribuisce all'ente territoriale verso quest'ultime.

L'ente richiedente ha solo poteri (art. 15 l. n. 241 del 1990, cit.) verso l'ente territoriale con cui è convenzionato, l'unico cui risponderanno le organizzazioni di erogazione del servizio pubblico.

L'ente richiedente darà attuazione al proprio dovere, o obbligo, di erogazione del servizio pubblico, sorto dal relativo atto di assunzione, attraverso la gestione in convenzione

<sup>39</sup> Art. 15, comma II, che rinvia all'art. 11, comma II, III e V, della l. 7 agosto 1990, n. 241. Si determina così la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per le controversie che sorgono in materia di formazione, conclusione ed esecuzione delle convenzioni, ai sensi del citato V comma dell'art. 11, richiamato dall'art. 15, comma II, della legge.

<sup>40</sup> A favore invece di tale potere N. AICARDI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali*, cit., 138.

che è "per suo conto" attuata dall'ente territoriale gestore del servizio.

Si potrà dunque ritenere che la convenzione sia un mezzo per dare attuazione al proprio dovere o obbligo di erogazione di un servizio pubblico, ma non può essere inquadrata nei fenomeni di gestione del servizio stesso ai sensi dell'art. 22, comma III, o dell'art. 25, della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Nella seconda ipotesi invece, si è detto che si ha un semplice *collegamento* fra più gestioni di servizi da parte di determinati comuni e province che abbiano inteso disciplinare in convenzione i rispettivi ambiti di gestione, coordinandoli, o differenziandoli.

In quest'ultimo caso, come nel precedente della richiesta di estensione di una gestione altrui a mezzo di convenzione, si ha uno svolgimento *coordinato* di servizi determinati da parte di comuni e province ai sensi dell'art. 24, comma I della legge sull'ordinamento delle autonomie locali.

Diversa conclusione è possibile per l'unione di comuni di cui all'art. 26, poiché, qualora siano costituite per l'esercizio d'una pluralità di servizi, la relativa attività di gestione (controllo) e di erogazione non trova diversa disciplina da quella prevista per i comuni, con conseguente applicazione integrale di tutta la normazione relativa alla gestione dei servizi pubblici per essi stabilita<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> Applicazione dunque degli artt. 22, 23, 24 (convenzioni) e dell'art. 27 (accordi di programma), e, con qualche perplessità, dell'art. 25 (consorzi) nel rapporto unione e provincia, e unione con altri comuni. E' possibile infatti ipotizzare che un'unione di comuni possa avere interesse a consorzarsi insieme ad altri comuni che non appartengono all'unione per gestire servizi pubblici di livello sovracomunale. Vero è che l'art. 26 della l. n. 142 del 1990, non dispone, analogamente all'art. 18 c. II, che si applicano all'unione le norme relative ai comuni, ma in tal senso depone la *ratio* normativa che disciplina l'unione volta a favorire la fusione in un unico comune di una pluralità di piccoli comuni, che non deve portare a

Sotto altro profilo le forme di cooperazione fra comuni e province paiono essere delimitate dalla presenza delle competenze attribuite alla provincia e alla città metropolitana.

L'art. 22, comma I, cit., stabilisce che comuni e province provvedono alla gestione dei servizi pubblici e tale definizione, che è per così dire "in parallelo", è delimitata subito dopo dal rinvio all'«ambito delle rispettive competenze».

La lettera della legge invita ad un richiamo degli articoli che definiscono le funzioni del comune (art. 9) e della provincia (art. 14), ma il rinvio apre maggiori problemi di quanto non appaia ad una prima lettura della norma.

La legge applica indistintamente ai comuni e alle province sia la disciplina delle cinque forme di gestione dei servizi pubblici di cui all'art. 22, comma III, sia quella delle convenzioni di cui al successivo art. 24, sia dei consorzi (art. 25), riservando invece ai soli comuni la forma dell'unione di cui al successivo art. 26<sup>42</sup>.

risultati interpretativi che determinino una disciplina di minore favore per l'unione di quella prevista normalmente per i comuni. Da ciò la conseguenza che si debbono accogliere quelle interpretazioni che consentano alle unioni di attecchirsi nei confronti degli altri enti locali come un nuovo centro unitario di competenza con poteri di gestione dei servizi e di esercizio delle funzioni uguali a quelli comunali. Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale, concessione a terzi, aziende, istituzioni, gestione in economia e consorzi, sono dunque tutte forme possibili per la gestione-esercizio dei servizi pubblici da parte delle unioni al pari dei comuni.

<sup>42</sup> E le comunità montane di cui all'art. 28 ove si ritenga che «l'esercizio associato delle funzioni comunali» (art. 28, comma I; art. 29, comma II), o che «le funzioni attribuite dalla legge» (art. 29, comma I), siano definizioni che comprendono anche la gestione dei servizi pubblici. Alternativamente le Comunità montane si configurano come l'esatto opposto dei consorzi, perché non possono gestire servizi pubblici, ma unicamente esercitare funzioni. La soluzione interpretativa da ultimo indicata trova sostegno nell'art. 29, comma VIII, della legge n. 142 del 1990,

La legge dispone l'equiparazione della città metropolitana alle province affermando che alla prima si applicano le norme relative a quest'ultima (art. 18, comma II) e che nell'area metropolitana l'amministrazione si articola solo in due livelli: quello comunale e quello metropolitano (art. 18, comma I).

Da una attenta lettura delle norme relative alla gestione dei servizi pubblici da parte degli enti locali emergono differenze di rilievo tra gestione ad opera di comuni, città metropolitane e province.

Anzitutto occorre rilevare che il richiamo dell'art. 22, comma I, alle competenze della provincia (per effetto dell'art. 18, comma II) e della città metropolitana, delimita la gestione dei comuni con particolare riferimento ai consorzi (art. 25), alle convenzioni (art. 24) e, seppure in diversa misura, alle società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale (art. 22, comma II, lett. e).

- Le competenze provinciali trovano definizione secondo una tecnica legislativa a doppia enunciazione: generale sulla base degli interessi e particolare in ragione della enumerazione di materie di competenza (art. 14).

La lettura congiunta dell'art. 14 e 22 cit. pare dettare la seguente disciplina delle attribuzioni provinciali nella gestione dei servizi pubblici.

Spetta alla provincia la gestione dei servizi che riguardino vaste zone intercomunali, o l'intero territorio provinciale, che ricadono nelle materie indicate all'articolo 14, comma I<sup>43</sup>.

ove si afferma che la comunità montana può essere trasformata in unione di comuni, ai sensi dell'art. 26, anche in deroga ai limiti di popolazione, configurando forse un «invito *ex lege*» alle Comunità montane affinché provvedano in tal senso.

<sup>43</sup> Difesa del suolo, tutela e valorizzazione dell'ambiente e prevenzione delle calamità (lett. a) tutela e valorizzazione delle risorse idriche ed

È attribuito all'ente intermedio, in collaborazione con i comuni, la promozione e il coordinamento di «attività», nonché la realizzazione di «opere di rilevante interesse provinciale, sia nel settore economico, produttivo, commerciale e turistico, sia in quello sociale, culturale e sportivo»<sup>44</sup>.

Per tali attività ed opere la legge impone espressamente che la provincia vi provveda nelle forme per la gestione di servizi pubblici previste dalla legge sull'ordinamento delle autonomie locali<sup>45</sup>.

Alla città metropolitana, oltre alle competenze provinciali, si attribuiscono quelle normalmente affidate ai comuni che hanno «precipuo carattere sovracomunale», o quelle che per ragioni di «economicità ed efficienza debbono essere svolte «in forma coordinata nell'area metropolitana».

L'enunciazione di genere, che con riferimento alle competenze comunali si impernia sul livello degli interessi, è anche qui delimitata alle materie espressamente indicate<sup>46</sup>.

Il rinvio alle competenze della provincia, cui letteral-

energetiche (lett. b); valorizzazione dei beni culturali (lett. c); viabilità e trasporti (lett. d); protezione della flora e della fauna, parchi e riserve naturali (lett. e); caccia e pesca nelle acque interne (lett. f); organizzazione dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale, rilevamento disciplina e controllo degli scariche e delle emissioni atmosferiche e sonore (lett. g); servizi sanitari di igiene e profilassi pubblica, attribuiti dalla legislazione statale e regionale (lett. h); compiti connessi alla istruzione secondaria di secondo grado ed artistica e la formazione professionale, compresa l'edilizia scolastica, attribuiti dalla legislazione statale e regionale (lett. i); raccolta ed elaborazione dati, assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali (lett. l).

<sup>44</sup> Art. 14, comma II.

<sup>45</sup> Art. 14, comma III. Cui si aggiunga che qualora lo statuto della provincia suddivida il proprio territorio in circondari sulla base di tale suddivisione deve organizzare uffici e servizi (art. 16, comma I).

<sup>46</sup> Art. 19, comma I.

mente si dovrebbero aggiungere quelle indicate all'art. 19, comma I, si risolve in molti casi in una ridondanza.

Fra le restanti, che sono peculiari della città metropolitana<sup>47</sup>, ve ne sono alcune che coincidono con il tradizionale campo di cogestione dei servizi pubblici da parte dei comuni, quali lo smaltimento dei rifiuti, la raccolta e distribuzione delle acque e delle fonti energetiche, nonché gli «altri servizi urbani di livello metropolitano»<sup>48</sup>.

Tale peculiarità non è assente nella definizione delle competenze della provincia<sup>49</sup>, ma nel caso della città metropolitana è particolarmente insidiosa<sup>50</sup>, perché è assente la più marcata delimitazione in ragione dell'ambito degli interessi di livello provinciale (vaste zone intercomunali, o l'intero territorio provinciale) di cui all'art. 14.

Entro le materie indicate la gestione dei servizi pubblici locali infatti è attribuita alla provincia, o alla città metropolitana, ove riguardino vaste zone intercomunali, o l'intero territorio provinciale, mentre per sola città metropolitana si aggiunge la gestione dei servizi di carattere *sovracomunale*, o che debbano essere dalla stessa erogati in forma coordinata.

I problemi sorgono per la difficoltà di pervenire ad in-

<sup>47</sup> Pianificazione territoriale dell'area metropolitana (lett. a); traffico (lett. b); tutela dei beni culturali (lett. c); tutela idrogeologica (lett. d); smaltimento dei rifiuti (lett. d); raccolta e distribuzione delle acque e delle fonti energetiche (lett. e); servizi per lo sviluppo economico e grande distribuzione commerciale (lett. f); servizi di area vasta nei settori della sanità, della scuola, e della formazione professionale e degli altri servizi urbani di livello metropolitano (lett. g); art. 19, comma I, l. 142 del 1990.

<sup>48</sup> Rispettivamente art. 19, comma I, lett. d), lett. e), lett. g).

<sup>49</sup> Si pensi alla definizione della materia dei trasporti (lett. d), ovvero alla organizzazione dello smaltimento dei rifiuti a livello provinciale (lett. g), indicate all'art. 14 della l. n. 142 del 1990.

<sup>50</sup> Basti pensare all'ipotesi indicata dello smaltimento rifiuti e degli altri servizi urbani di altro livello metropolitano.

dividuare il regolamento di confini fra la città metropolitana e le forme di esercizio associato dei servizi pubblici, con particolare riferimento ai consorzi<sup>51</sup>.

Ogni qual volta sussista la necessità di gestire un servizio che riguardi vasti zone intercomunali (provincia), ovvero di carattere sovracomunale (città metropolitana), o che debba essere svolto in forma coordinata nell'area metropolitana, la possibilità di esercizio in forma associata fra più comuni pare esclusa dalla competenza della provincia e della città metropolitana.

Entro le materie di competenza della città metropolitana i comuni fra loro, o i comuni e la città metropolitana, ben difficilmente infatti possono procedere a istituire consorzi, società per azioni, o stipulare convenzioni, per l'erogazione di servizi pubblici.

In assenza della città metropolitana tali forme associate sono possibili entro l'elencazione di materie che definisce la competenza della provincia ove si possa affermare la presenza di interessi «sovracomunali» (più comuni) che si distinguono da quelli che riguardano «vaste zone intercomunali, o l'intero territorio provinciale» (provincia).

Il riparto di competenza nella gestione di servizi pubblici tra comuni e province pare dunque articolarsi su quattro livelli: comunale, provinciale, «associato» fra comuni, «associato» fra comuni e provincia se presente un interesse sovracomunale e al tempo stesso altro che riguardi vaste zone intercomunali, o l'intero territorio provinciale.

I primi due livelli sono necessari, il terzo e il quarto

<sup>51</sup> Ma il discorso può essere riproposto per le convenzioni, le società per azioni a prevalente capitale pubblico locale nel caso di partecipazione di più comuni, o unitamente a questi delle province, nonché l'azienda speciale, ove si ritenga che possa assumere una sfera di attività territoriale estesa ad altri comuni.

sono lasciati alla discrezionalità degli enti territoriali interessati.

Tale articolazione non pare sussistere nel rapporto fra comuni e città metropolitane nelle materie indicate all'art. 19, poiché ogni «interesse sovracomunale» richiama di per sé la competenza della città metropolitana, con la conseguenza di ritenere normalmente in violazione di legge<sup>52</sup> la costituzione di forme associate di erogazione di servizi da parte dei comuni.

La città metropolitana nega dunque la possibilità di consorzi, società per azioni solo fra comuni e fors'anche convenzioni per l'esercizio associato di servizi pubblici da parte dei comuni che vi appartengono, poiché il percorso sarà piuttosto inverso, cioè verso forme di decentramento dalla città metropolitana ai comuni, o alle relative circoscrizioni.

La gestione dei servizi pubblici in presenza della città metropolitana pare articolarsi dunque solo su due livelli: comunale, ovvero di città metropolitana (interesse sovracomunale)<sup>53</sup>, salva l'ipotesi di erogazione di servizi al di fuori delle materie di cui all'art. 14 e 19 per i quali parrebbe possibile una forma associata fra comuni.

La soluzione è conforme al principio più volte ricordato della legge sull'ordinamento delle autonomie locali che ha inteso delimitare la proliferazione degli enti pubblici, o in genere delle persone giuridiche in mano pubblica, con preferenza per quelle forme di erogazione dei servizi che tendono a utilizzare apparati organizzativi già esistenti.

<sup>52</sup> Per contrasto con gli articoli 22, comma I, e 18, comma II, della l. n. 142 del 1990.

<sup>53</sup> La conclusione pare netta in ragione della competenza metropolitana dei servizi di carattere sovracomunale e per la determinazione della materia indicata alla lett. g) dell'art. 19, c. I, degli altri servizi urbani di livello metropolitano.