

TRATTATO
DI
DIRITTO DI FAMIGLIA

diretto da
PAOLO ZATTI

VOLUME SESTO

TUTELA CIVILE
DEL MINORE
E DIRITTO SOCIALE
DELLA FAMIGLIA

a cura di
LEONARDO LENTI

Seconda edizione



GIUFFRÈ EDITORE

XI. LE FORME GIURIDICHE DI EROGAZIONE DEI SERVIZI SOCIALI ALLA FAMIGLIA

SEZIONE I. LA DISCIPLINA DEL SERVIZIO PUBBLICO (*Roberto Cavallo Perin*). — 1. Il servizio pubblico e l'attività d'interesse pubblico. — 2. I gestori di servizio pubblico e l'obbligazione di servizio pubblico. — 3. La gestione in economia e forme associative dell'ente locale. — 4. La gestione *in house providing*. — 5. La gestione affidata in concessione a terzi. — 6. L'organizzazione mista pubblico privato. — 7. I diritti fondamentali degli utenti e il rapporto tra utenti e gestori dei servizi pubblici. Le carte di servizio pubblico. — 8. La responsabilità per disservizi (cenni).

SEZIONE II: I SOGGETTI EROGATORI DEI SERVIZI SOCIALI (*Manuela Consito*). — 9. I gestori di servizio pubblico locale. — 10. Il principio di sussidiarietà orizzontale: dalla beneficenza all'assistenza. — 11. (*segue*) volontariato e imprese sociali. — 12. L'accreditamento tra autorizzazione e concessione. — 13. L'obiettivo del sistema integrato.

SEZIONE III: LE PROFESSIONI DI SERVIZIO SOCIALE (*Roberto Cavallo Perin e Manuela Consito*). — 14. La formazione universitaria degli assistenti sociali: il Corso di Laurea in Servizio sociale. — 15. L'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio professionale e l'accesso alla professione. — 16. L'ordinamento della professione di assistente sociale e la libera circolazione negli Stati dell'Unione europea. — 17. I doveri dell'assistente sociale tra pubblico impiego e codice deontologico.

Sezione I. — LA DISCIPLINA DEL SERVIZIO PUBBLICO

di *Roberto Cavallo Perin*

1. Il servizio pubblico e l'attività d'interesse pubblico.

La denominazione "servizio pubblico" è stata utilizzata per indicare l'attività non giuridica (prestazioni) della pubblica amministrazione verso i cittadini *uti singuli* o *uti universi*¹ — detta da alcuni "nozione soggettiva" — che ha segnato il passaggio dallo "Stato liberale" alla forma dello "Stato sociale"². Successivamente si è voluto invece distinguere i servizi pubblici dai servizi organizzati dai privati³ ed in tal senso si è avuto modo di capire

¹ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, in V. E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di Diritto amministrativo*, vol. VI, pt. I, S.E.L., 1924, 379 s.; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, vol. I, 18 s., vol. V, 359 s.; G. MIELE, *Pubblica funzione e servizio pubblico*, in *Arch. giur.*, 1933, poi in *Scritti Giuridici*, Giuffrè, 1987, 135 s.

² M. NIGRO, *L'edilizia popolare come servizio pubblico (Considerazioni generali)*, in *Riv. trim. dir. pub.* 1957, 183.

³ Si registra una stigmatizzazione della precedente elaborazione per il suo carattere descrittivo e inattuale: M. NIGRO, *op. cit.*, 185; E. PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, 1931, 198; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Riv. amm.* 53, 616; SANTI-ROMANO, *Principi di diritto amministrativo*, S.E.L., 1901, 290, 297. Taluno procede poi verso forme giuridiche sempre più differenziate, che contemplano sia l'attività giuridica di diritto privato della pubblica amministrazione sia l'utilizzazione di soggetti privati con limitazioni della loro autonomia giuridica: A. AMORTH, *Osservazioni sui limiti dell'attività amministrativa di diritto privato*, in *Arch. dir.*

sino a qual punto possano ritenersi legittime limitazioni pubbliche all'attività economica privata senza travalicare in vincoli di carattere espropriativo⁴.

È noto infatti che l'attività economica — pubblica e privata — può essere indirizzata a fini sociali⁵ attraverso la definizione pubblica (legge) di programmi e controlli opportuni (art. 41, comma 3°, Cost. 6°). Attività dunque di soggetti (d'individui, di enti pubblici o privati) che segna il punto teorico in cui le finalità pubbliche — e i relativi limiti pubblici di disciplina (programma e controlli) — possano ritenersi compatibili con l'esercizio d'impresa privata. La compatibilità con l'autonomia d'impresa segna il punto oltre il quale ogni più pregnante condizionamento (programmi e controlli) nella gestione d'impresa deve essere ritenuto giuridicamente incompatibile con la titolarità aliena dell'impresa stessa, sicché lo Stato deve procedere all'espropriazione (o alla riserva originaria) sempreché ciò sia possibile, ove si tratti di "categorie di imprese che si riferiscano" a "fonti di energia, situazioni di monopolio, o servizi pubblici essenziali" (art. 43 Cost.)⁷.

pub., 1938, 463 s.; in un'analisi di settore sull'edilizia economica popolare si è definito il servizio pubblico come un'attività — di erogazione di servizi svolta da soggetti pubblici o privati — caratterizzata dal suo assoggettamento ad un potere pubblico (uno o più) di "direzione o coordinamento" ad un fine pubblico: M. NIGRO, *op. cit.*, 187.

⁴ U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, 1964, 136 s.

⁵ I fini sociali sono da tempo elemento essenziale del pubblico servizio, che nell'atto-programma di servizio pubblico sono fine di interesse pubblico che le prestazioni debbono soddisfare, pena l'illegittimità dell'atto per vizio di eccesso di potere. La loro definizione si precisa ulteriormente ove posta in relazione con il fondamento costituzionale del servizio pubblico (art. 3, comma 2°, Cost.), che individua il fine del superamento degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione di tutti all'organizzazione sociale del paese. Si è rilevato che la definizione è tuttavia equivoca, poichè è aperta ai fini (anche sociali) perseguiti dalle istituzioni private (associazioni, fondazioni, ecc.), sicché non può dirsi che questi ultimi siano necessariamente propri (fini istituzionali) del solo ente pubblico: U. POTOTSCHNIG, *op. cit.*, 102 s., 223 s., 420 s.

⁶ V. anche d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico sull'ordinamento delle autonomie locali*, art. 112.

⁷ Altre analisi paiono ripartire dall'idea di un'attività "funzionalizzata" dell'amministrazione pubblica come punto comune di percorsi interpretativi tra loro differenti. Taluno ripercorre le teorie sulle obbligazioni pubbliche: per tutti M.S. GIANNINI, *Le obbligazioni pubbliche*, Jandi Sapi, 1964; A. BARETTONI ARLERI, *Obbligazioni, obblighi pubblici e prestazioni amministrative*, Giuffrè, 1966; ID., voce *Obbligazioni pubbliche*, *Enc. dir.*, 383 s.; G. FALZONE, *Le obbligazioni dello Stato*, Giuffrè, 1960; per tale via si giunge a porre in evidenza la "prestazione" e il "rapporto giuridico" di servizio pubblico, con la conseguenza di richiamare l'attenzione sulla qualità di utenti dei destinatari di tale attività dell'amministrazione pubblica, come persone "il cui comportamento è giuridicamente rilevante all'interno del rapporto e quindi sulle vicende di questo: E. FERRARI, *I servizi sociali*, Giuffrè, 1986, 193 s., 223. In altri l'attenzione è portata sull'atto di assunzione del servizio da parte degli enti territoriali con riferimento al fondamento giuridico del servizio pubblico cioè al potere, costituzionalmente garantito, degli enti pubblici territoriali di operare scelte autonome ove assumere il servizio non significa "disporre circa la gestione di questo, né affidare necessariamente un'attività all'apparato pubblico, bensì assicurare alla comunità la cura di quel certo interesse, disponendo in tal senso con legge, regolamento, provvedimento discrezionale, o atto di autonomia", ove emerge il carattere oggettivamente "doveroso" del servizio pubblico che impone a soggetti pubblici o/e privati di svolgere una certa attività (servizio)... quale fine

I punti di approdo delle teorie italiane sui servizi pubblici⁸ consentono di ritrovare in tutti — anche negli autori della prima metà del secolo considerati fautori della c.d. “nozione soggettiva” — i seguenti elementi comuni: a) i servizi pubblici sono prestazioni aventi ad oggetto beni o attività rivolte agli utenti; b) possono essere gestiti sia da organizzazioni controllate da enti pubblici, sia all’opposto da organizzazioni terze (concessionari); c) le finalità sociali e i limiti all’attività di pubblico servizio sono invece definiti e assicurati da enti pubblici — oggi da taluno detti “di regolazione” — quantomeno con la determinazione di programmi e controlli⁹ (art. 41 Cost.) così definiti dalla legge, o in base ad essa con atto regolamentare o atto generale di autonomia; d) l’attività di servizio pubblico non è caratterizzata dall’essere un’attività (coattiva) imposta dall’ente

d’interesse pubblico essa stessa: I. M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Giuffrè, 1986, 149 s. e 156, 160-162; ID., *Scritti in onore di Giuseppe Auletta*, v. III, 262, e nt. 9, per distinzione fra “doverosità” ed essenzialità ex art. 43 Cost.

⁸ Per un’analisi di diritto positivo e dei diversi istituti giuridici che contribuiscono a definire il pubblico servizio: R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Giappichelli, 1998, 54 e s., 58, 60; ID., *Commento all’art. 112*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sull’ordinamento delle autonomie locali*, Cedam, 2006, 626; ID., *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici locali*, Jovene, 1993; ID., *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Diritto Amministrativo*, 2000, 41-79, nonché in *Scritti in onore di Elio Casetta*, Jovene, 2001, 961-1007. V. inoltre lavori più recenti in tema: R. VILLATA, (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Giappichelli, 2011; ID., *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Giuffrè, 2008; L. BERTONAZZI-R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Tomo IV, Giuffrè, 2007, 1791 s.; G. CAIA, *I servizi pubblici nell’attuale momento ordinamentale*, in *Studi in onore di V. Spagnuolo Vigorita*, E.S.I., 2007; ID., *I servizi pubblici*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, 2005, 131 e s.; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, 2005; G. CAIA, *I servizi sociali degli enti locali e la loro gestione con affidamento a terzi. Premesse di inquadramento*, in *Sanità pubblica e privata*, 2004, 355; ID., *Autonomia territoriale e concorrenza nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 2003; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Tomo III, Giuffrè, 2003, 2586; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Cedam, 2003; L. AMMANNATI, M. A. CABIDDU, P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, 2001; F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Annuario A.i.p.d.a.*, Giuffrè, 2001, 63 ss.; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, 2001; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, 2001; ID., *Dai rapporti di cittadinanza ai rapporti di utenza: tendenze e prospettive*, in *Annuario AIPDA*, 2001, 137 s.; M. DUGATO, *La società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Ipsoa, 2001; E. FERRARI (a cura di), *I servizi a rete in Europa*, Cortina 2000; G. M. RACCA, *I servizi pubblici nell’ordinamento comunitario*, in *Diritto amministrativo*, 1994, 201, poi in *La concessione di pubblico servizio*, a cura di G. PERICU, A. ROMANO, V. SPAGNUOLO VIGORITA, Giuffrè, 1995, 269; A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. proc. amm.*, 1994, 459 e s.

⁹ U. POTOSCHNIG, *op. cit.*; poiché “soltanto gli enti pubblici possono sentire la convenienza di fornire una data prestazione al pubblico, come scopo pubblico”: A. DE VALLES, *op. cit.*, 447; mentre di per sé 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: R. ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, *Teoria generale*, II ed., 1956, Giuffrè, 72; contrario O. RANELLETTI, *Il concetto di pubblico nel diritto*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1905, 432; G. ZANOBINI, *op. cit.*, 235 s.

pubblico (art. 23, Cost.); e) i programmi e i controlli pubblici sulla produzione del servizio sono ritenuti limiti che si aggiungono ¹⁰ a quelli generali richiesti a chiunque intenda svolgere lo stesso tipo di attività: quest'ultimi sono limiti minimi compatibili anche con il solo perseguimento di scopi egoistici del produttore (es. una finalità di lucro) ove i primi sono invece posti affinché una determinata attività — anche di privati — sia indirizzata ai fini sociali indicati dalla legge o dagli enti territoriali; f) l'attività di servizio pubblico non può ritenersi garantita da un regime di monopolio, salve le legittime ipotesi di monopolio legale o naturale (art. 106 TFUE, ex 86 TCE), poiché trattasi di attività sottoposta alla disciplina generale comune a ogni produttore del settore e, se impresa, alla disciplina sulla concorrenza ¹¹.

Fondamento ultimo dei servizi pubblici è l'autonomia politica dei cittadini (la Repubblica: art. 114 Cost.) ove l'iniziativa pubblica ¹² s'affianca e si confronta con l'iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), o con l'iniziativa sociale privata degli individui, singoli o associati (artt. 18, 20, 30, 33, comma 3°, 38, Cost.).

Iniziativa privata che può esprimersi in « attività d'interesse generale » di cui la Repubblica « favorisce l'autonoma iniziativa... sulla base del principio di sussidiarietà » (art. 118, u. comma Cost.), cioè con autonoma intrapresa, appunto privata, che perciò si distingue dai servizi pubblici, che non negano all'attività privata di affermarsi come utile mezzo di gestione (concessionario) o di semplice erogazione (appaltatore) dei servizi pubblici ¹³.

Autonomia politica che nel pubblico servizio — soprattutto ove si tratti di dare corso ad una attività d'impresa — si limita a definire e a garantire nel tempo la relativa domanda, consentendo così « ad un'offerta di svilupparsi » ¹⁴, cioè a nuovi imprenditori di immettersi sul mercato ed offrirsi come gestori di servizio pubblico.

La definizione di un servizio pubblico — cioè l'iniziativa pubblica di organizzazione dei bisogni degli utenti come domanda di servizi — trova un proprio spazio che è dunque autonomo e non residuale rispetto alle scelte altrettanto autonome dell'iniziativa privata, portando la definizione di pubblico servizio ad assumere il significato particolare di uno strumento

¹⁰ F. ZUELLI, *Servizi pubblici e attività imprenditoriale*, Giuffrè, 1973, 33 s., 100 s., 199 s.

¹¹ In particolare per i servizi sociali e la libertà di assistenza sociale: Corte Cost. 7 aprile 1988, n. 396, su cui v. *infra* Cap. XII, sez. 2.

¹² F. TRIMARCHI, *Profili organizzativi della concessione di pubblici servizi*, 1967.

¹³ F. DE LEONARDIS, *Coordinamento e sussidiarietà per l'amministrazione dell'emergenza*, in *Foro amm. - CdS*, 2005, 3118; in punto v. anche M. CONSITO, *Accreditamento e terzo settore*, Jovene, 2009, 36, 73, 96; *infra*, sez. 2.

¹⁴ F. FORTE, *Ricerca sulle partecipazioni statali*, a cura di G. COTTINO, Einaudi, vol. I, 1978, 284.

giuridico che segna l'effettività, o la legittimazione, talvolta la ragione stessa di esistenza degli enti locali in un dato periodo storico.

Non si tratta solo d'ipotesi di insussistenza delle condizioni economiche necessarie affinché un bisogno possa assumere dignità di domanda economica, ma anche solo di una concreta inoperatività in un determinato periodo storico dell'offerta degli operatori privati a soddisfare una determinata domanda (o che è lo stesso a soddisfarla in un determinato modo), la cui soddisfazione, non potendo aspettare l'insorgere dello spontaneo (ed eventuale) interesse degli imprenditori, impone in taluni casi all'autonomia politica la definizione di una domanda economicamente interessante per le imprese (incentivi), in altri addirittura la creazione del gestore (« ente pubblico strumentale », su cui *infra*).

La distinzione tra servizi pubblici e attività d'interesse pubblico pare si possa ritrovare anche nelle elaborazioni degli organi dell'Unione europea sulle attività d'interesse economico generale ¹⁵, che recano con sé quelle di obbligo di servizio pubblico e di servizio universale. La categoria dei servizi di interesse economico generale ¹⁶ individua tutte le ipotesi in cui un bisogno non è autonomamente soddisfatto dal mercato, perché il prezzo è troppo elevato per i consumatori cioè non può essere coperto interamente dal mercato (artt. 14 e 106 TFUE, ex artt. 16 e 86 TCE; art. 36 *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*). Si tratta dei casi in cui gli organi nazionali o dell'Unione europea assoggettano i produttori a «specifici obblighi ¹⁷», loro imposti proprio per garantire il conseguimento di obiettivi d'interesse pubblico» ¹⁸. Minimo comune denominatore di tali obblighi di

¹⁵ Trattato di Lisbona, *Protocollo sui Servizi di interesse generale*, 2007/C 306/0; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni che accompagna la Comunicazione « *Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo* ». I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo COM (2007) 725; *Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale*, COM (2004) 374; *Comunicazione della Commissione sull'Agenda sociale*, COM (2005) 33; *Libro verde della Commissione sui servizi di interesse generale*, COM (2003) 270; *Relazione al Consiglio europeo di Laeken, Servizi di interesse generale*, COM (2001) 598; *Comunicazione della Commissione sui Servizi di interesse generale in Europa*, COM (580) 2000; *Comunicazione della Commissione sui Servizi di interesse generale in Europa*, COM (96) 443.

¹⁶ Per una lettura recente: F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato nei servizi di interesse generale: una prospettiva per riconsiderare liberalizzazioni e servizi pubblici*, Giuffrè, 2008.

¹⁷ Non si enuncia tuttavia una sanzione di detti obblighi, lasciando così aperta agli Stati membri la definizione dell'esatta configurazione giuridica degli stessi, con differenti soluzioni tra le quali si possono comprendere l'affermazione dei principi come contenuto di vere e proprie obbligazioni *ex lege* a favore degli utenti, oppure comminare l'inosservanza di tali obblighi — unicamente o in concorso con l'obbligazione di favore per gli utenti — con sanzioni penali o amministrative, pecuniarie o interdittive (chiusura temporanea dell'esercizio, decadenza dall'autorizzazione, ecc.).

¹⁸ Comunicazione della Commissione, *Libro Verde sui Servizi di interesse generale*, Bruxelles 21 maggio 2003, COM(2003)270 def.; Comunicazione della Commissione, *Servizi di interesse generale, inclusi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno per l'Europa*, Bruxelles 20 novembre 2007, COM (2007) 725 def.; Cons. St., Sez. VI, 10 ottobre 2005, n. 5467, *Foro amm.* — CdS, 2005, 3003.

servizio pubblico sono il servizio universale, la continuità, l'accessibilità delle tariffe, la qualità del servizio, la tutela degli utenti e dei consumatori integrati da obblighi particolari in ragione del settore interessato, come nel caso delle industrie di rete ²⁰.

Non pare revocabile in dubbio che i principi europei sull'attività di interesse generale possano involgere sia i servizi che nella tradizione italiana sono detti "pubblico servizio", sia le altre attività di interesse generale che imprese pubbliche o private intendano liberamente svolgere che dai primi si distinguono proprio per la mancanza dell'assunzione un'obbligazione avente ad oggetto le prestazioni — di beni o attività rese ad un pubblico di utenti, poiché in entrambi i tipi di attività di interesse pubblico la presenza di determinati vincoli modali (obblighi di servizio pubblico) può costituire il presupposto che fonda nell'ordinamento europeo la ragione giuridica che consente agli Stati membri una disciplina delle prestazioni in deroga alle norme europee sulla concorrenza: "i limiti in cui l'applicazione di tali norme risulti di ostacolo, in linea di fatto o di diritto, alla specifica missione loro affidata" (art. 106 TFUE, ex art. 86 TCE) ²¹.

¹⁹ COMMISSIONE, *Libro Verde sui Servizi di interesse generale*, Bruxelles 21 maggio 2003, COM(2003) 270 definitivo, 16 s.

²⁰ G.F. CARTEI, *Il servizio universale*, in *Annuario AIPDA*, 2001, cit., 109 s.; A. PERICU, *Imprese e obblighi di servizio pubblico*, in *Annuario AIPDA*, 2001, cit., 175 s.; tra i principi di disciplina dei servizi pubblici si possono ricordare il principio di continuità, che garantisce che l'erogazione dell'attività avvenga senza interruzioni, cioè si impone al produttore — senza perciò poter negare il diritto di sciopero e il rispetto delle norme di legge (riposo infrasettimanale e ferie, orari di lavoro, ecc.) — l'obbligo di svolgere la propria attività senza soluzione di continuità; il principio di accessibilità e di tariffe — inizialmente previsto per le telecomunicazioni e poi esteso ai servizi postali — impone agli Stati membri di prevedere i criteri di definizione di prezzi che consentano a tutti di accedere ai servizi con particolare attenzione alle "esigenze e alla capacità" di gruppi di utenti ritenuti "vulnerabili e emarginati", garantendo l'effettività dell'offerta calmierata con controlli sui prezzi o sussidi ai consumatori. Elemento fondamentale della regolazione dei servizi di interesse generale è la definizione, il monitoraggio e l'applicazione di "requisiti di qualità" delle prestazioni che spetta agli Stati membri definire e fare rispettare, con pubblicazioni di informazioni sugli standard di qualità e sulle effettive prestazioni degli operatori. Per l'Italia v. d.p.c.m. 27 gennaio 1994, *Principi di erogazione dei servizi pubblici*, per una disamina: R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del servizio pubblico tra ordinamento interno e ordinamento europeo*, in *Diritto Amministrativo*, 2000, cit., 604.

²¹ La vigente disciplina sui servizi pubblici locali (d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, art. 4, così come mod. da d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, Conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27) prevede che gli enti locali individuino i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico universale, verificando la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica con liberalizzazione delle attività economiche compatibili con il carattere di universalità e accessibilità del servizio. Il carattere monopolistico del servizio pubblico può essere mantenuto nelle sole ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità.

2. I gestori di servizio pubblico e l'obbligazione di servizio pubblico.

Il servizio pubblico si caratterizza per la definizione da parte dell'ente pubblico di un'obbligazione avente ad oggetto le prestazioni — di beni o attività — rese ad un pubblico di utenti, al fine di realizzare i bisogni sociali e di promuovere lo sviluppo economico e civile di una comunità locale. In tal senso il servizio pubblico appare caratterizzato da tre aspetti differenti, ma reciprocamente connessi: a) l'obbligazione avente ad oggetto prestazioni; b) rivolte imparzialmente e di cui sono destinatari gli utenti; c) l'essere uno strumento per lo sviluppo delle comunità locali.

La scelta dell'ente locale di definire un'obbligazione atta ad assicurare la soddisfazione della domanda di servizio pubblico in conformità ad un programma di gestione che individua l'oggetto delle prestazioni, i tempi di erogazione e le categorie di utenti, definisce il tratto caratteristico del rapporto giuridico di servizio pubblico, che implica l'attribuzione agli utenti ²² di un diritto di credito ad ottenere la prestazione direttamente dal gestore anche solo in ragione del programma definito dall'amministrazione con l'atto di assunzione del servizio pubblico, o per effetto di un successivo atto di ammissione unilaterale o di contratti di utenza; in tutti i casi secondo un'interpretazione che distingue il servizio pubblico dai servizi all'ente o dall'impresa pubblica o dall'attività di interesse economico generale che eroghi prestazioni ad un pubblico di consumatori.

Da sempre indubbio ²³ è che il gestore sia il debitore delle prestazioni di servizio pubblico, discutendosi piuttosto un tempo se il creditore del rapporto fosse l'amministrazione pubblica, forse confondendo il gestore di servizio pubblico con l'appaltatore-produttore che a vario titolo si è obbligato verso il gestore a dare o fare — in tutto o in parte — le prestazioni di servizio pubblico.

È normale che un gestore di servizio pubblico stipuli con i terzi contratti di lavori, forniture o servizi, utili a soddisfare la propria obbligazione di servizio pubblico procurandosi così un "indotto d'impresa al suo servizio".

²² U. POTOTSCHNIG, *Servizi pubblici essenziali: profili generali*, in *Rass. giur. en. el.*, 1992, 273; R. CAVALLO PERIN, *La concessione di servizio pubblico locale*, cit., 68; cfr. G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit., 293. L'erogazione del servizio pubblico a favore di determinate categorie di utenti si qualifica come obbligazione di prestazione nei confronti di qualsiasi utente la richieda in osservanza del principio di parità di trattamento, espressamente previsto in norme speciali (trasporti pubblici di linea: art. 1679 c.c.; imprese in monopolio legale: art. 2597 c.c.), ma enunciato come principio dell'Unione europea, che non disciplina solo la partecipazione delle imprese a gare per la scelta del gestore di un servizio, ma protegge anche i cittadini dell'Unione che sono destinatari delle prestazioni di servizio pubblico (art. 20 TFUE, ex art. 17, TCE) da cui consegue l'obbligo a contrarre o di ammissione al servizio a condizioni di parità: *Comunicazione interpretativa della Commissione sulle concessioni nel diritto comunitario*, 12 aprile 2000.

²³ A. DE VALLES, *I servizi pubblici*, cit., 575.

L'affidamento ad un terzo di parte o anche di tutta la produzione delle prestazioni di servizio pubblico, non determina il venire meno per ciò solo della sua qualità di gestore del servizio pubblico. A titolo esemplificativo se la pubblica amministrazione è il gestore di un servizio pubblico (gestione in economia: v. *infra*) e stipula un appalto con un terzo avente ad oggetto le prestazioni di servizio pubblico, correttamente si può affermare che l'ente locale è il creditore verso l'appaltatore di tali prestazioni, proprio al fine di procurarsi le prestazioni che servono a soddisfare il proprio debito agli utenti creditori del servizio pubblico. Analogamente un concessionario che affidi a un imprenditore la produzione delle prestazioni di servizio pubblico in una parte del territorio ad esso affidato, non cessa perciò di essere il gestore di quel servizio del territorio per il quale è risultato aggiudicatario, ivi compresa la parte oggetto del contratto di appalto al terzo.

La circostanza che l'obbligazione di servizio pubblico non trovi unicamente o principalmente definizione in un atto del debitore o del creditore non è una novità nel nostro ordinamento, così è per l'obbligazione tributaria, in modo diverso per il contratto con persona da nominare (art. 1401 c.c.), il contratto a favore di terzo (art. 1411 c.c.), la promessa del fatto o dell'obbligazione altrui (art. 1381 c.c.), fermo restando che anche per il rapporto di servizio pubblico — come negli altri casi — è normale un atto di volontà del debitore (concessione-contratto; convenzione di affidamento, salvo si configuri un vero e proprio dovere istituzionale dell'ente controllato) o un atto o fatto (inizio di esecuzione) adesivo del creditore, non importa ora se come accettazione di un'offerta al pubblico (art. 1336 c.c.) o come condizione di fatto di una promessa unilaterale che di per sé vale obbligazione (artt. 1988, o 1987 c.c.).

Al rapporto principale di servizio pubblico che intercorre tra il gestore-debitore e gli utenti-creditori, si affianca normalmente un rapporto accessorio (convenzione o contratto di servizio pubblico) che intercorre unicamente tra pubblica amministrazione e gestore, volto a mantenere l'equilibrio economico-finanziario del rapporto principale di servizio pubblico: il programma (costi di produzione e investimenti contro tariffe o tasse) può determinare infatti un attivo o al contrario un passivo di gestione, che va posto sin dall'inizio in equilibrio, segnando introiti o oneri finanziari per l'ente locale.

L'indicato equilibrio economico-finanziario del programma di gestione — definito *ex ante* — non va confuso con il rischio dei risultati di gestione, che sono *ex post* e che debbono essere sopportati dal gestore (che possono ricadere anche sull'ente locale nel caso di gestione in economia), oppure — nei limiti del capitale conferito — dai soggetti che partecipano alla sua organizzazione (azienda o istituzione, o società di capitali totalitaria o mista). Rischio che comprende oltre a quello (lato delle uscite) di gestione

dei fattori di produzione (beni, lavoro, ecc.) anche quello (lato entrate) di gestione degli utenti, che può subire contraccolpi dalla concorrenza di altri produttori (siano o non siano essi gestori di servizio pubblico), o da risolutive innovazioni tecnologiche (l'energia elettrica rispetto al gas come fonte di energia a fine-inizio del XX secolo).

3. La gestione in economia e forme associative dell'ente locale.

La gestione in economia è stata definita come uno dei modi di assunzione diretta dei servizi pubblici locali privi di rilevanza economica i cui presupposti possono essere individuati nelle *modeste dimensioni* del servizio, che non renderebbero conveniente la costituzione di un apparato organizzativo differenziato dall'ente locale, e nelle *caratteristiche* del servizio, che escludono l'opportunità di costituire un'istituzione o un'azienda, riferita ad ipotesi in cui risulti inscindibile l'erogazione del servizio pubblico dall'esercizio delle funzioni.

Due ragioni positive — sia « le caratteristiche » (inscindibilità), sia le « modeste dimensioni » (economicità) del servizio — e una negativa (impossibilità di un'azienda o di un'istituzione, su cui *infra*) debbono indurre gli enti locali ad adottare la presente forma di gestione, il cui ricorso permane ad oggi legittimo per la gestione dei servizi pubblici privi di rilevanza economica ²⁴, fermo restando il dovere di motivazione dell'adeguatezza della scelta operata in ragione di altre possibili forme di gestione ²⁵.

La scelta della forma di gestione è deliberata dal consiglio dell'ente locale (per comuni e province v. d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 42, comma

²⁴ Occorre fare distinzione tra gestione diretta — sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario — e affidamento diretto, postulante la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno del comune interessato, il che non può accadere se non mediante gara ad evidenza pubblica. Infatti, nessuna norma obbliga i comuni ad affidare all'esterno determinati servizi (illuminazione pubblica, centri assistenziali, case di accoglienza, case di riposo, case famiglia, assistenza domiciliare per anziani ed handicappati, asili nido, mense scolastiche, scuola-bus, biblioteche, impianti sportivi: tutti servizi che, notoriamente, gran parte dei comuni italiani gestiscono direttamente, senza appaltarli a privati), ove preferiscano amministrarli in via diretta e magari in economia, mentre, nel caso di una differente scelta, il discusso conferimento a terzi deve avvenire tramite gara rispettosa del regime comunitario di libera concorrenza: Cons. St., sez. VI, 26 gennaio 2011, n. 552; tenuto conto delle caratteristiche del servizio e delle sue modeste dimensioni, l'ente locale ha sempre il potere di preferire la formula della gestione diretta rispetto a quella dell'affidamento a soggetti esterni all'amministrazione: TAR Lazio Roma, Sezione II *ter*, 4 febbraio 2011; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004, n. 2726.

²⁵ Ciò anche a seguito della sentenza della Corte costituzionale 27 luglio 2004, n. 272, che ha affermato per i servizi locali che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri e alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di "rilevanza economica", la permanenza di uno spazio per una specifica e adeguata disciplina di fonte regionale e anche locale.

2°, lett. e) e la proposta deve essere accompagnata dai dati tecnici ed economico-finanziari utili a corredare la motivazione della scelta della forma di erogazione del servizio opportunamente coordinati e sviluppati in un apposito programma di massima dal quale trarre un'esauriente motivazione anche *per relationem* al programma tecnico finanziario e alla relazione che lo accompagna circa la convenienza dell'assunzione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale ²⁶.

Al consiglio è attribuito inoltre il potere di determinare la disciplina generale delle tariffe dei servizi ²⁷ (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 117; art. 42, comma 2°, lett. f), nonché il potere di indirizzo e di controllo sull'erogazione del servizio pubblico, che seppure espressamente previsto per altre forme di gestione (quali le aziende pubbliche: art. 42, comma 2°, lett. g) non pare revocabile in dubbio neppure per la gestione in economia.

Nella gestione in economia il servizio pubblico, quando non è dato in appalto a terzi, è erogato dalla struttura amministrativa dell'ente territoriale, cioè l'organizzazione di beni (art. 826, comma 3°, c.c.) e persone che sono la definizione di ufficio valida ad un tempo per i procedimenti amministrativi dell'ente territoriale o per l'erogazione di servizi ²⁸, per i quali valgono le regole generali.

Ai dirigenti dell'ente locale (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 107) spetta l'attività di erogazione del servizio, ivi compresa l'emanazione di tutti gli atti e provvedimenti a rilevanza esterna necessari al suo svolgimento, nonché l'assunzione di tutte le decisioni utili a garantire l'efficienza della gestione con le conseguenti responsabilità ²⁹.

Atteso che l'organizzazione dei pubblici servizi spetta al consiglio dell'ente locale (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 42, comma 2°, lett. e), con competenza che si affianca alla disciplina regolamentare del funzionamento degli organi e degli uffici e per l'esercizio delle funzioni, di competenza della Giunta ove abbia ad oggetto l'ordinamento degli uffici e dei servizi (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 7), occorre distinguere tra la potestà regolamentare in materia di gestione in economia, che normalmente ha ad oggetto la struttura di competenza della giunta, dai regolamenti che disciplinano il *servizio* pubblico locale, cioè il « programma » di servizio pub-

²⁶ L. 7 agosto 1990, n. 241, *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*; Cons. St., Sez. V, n. 223 del 1981, in *Foro amm.*, 1981, I, 1094; TAR, Abruzzo, sez. l'Aquila, n. 623 del 1982, in *I TAR*, 83, I, 644.

²⁷ M. CONSITO, *La competenza consiliare nella determinazione delle tariffe per la fruizione di beni e servizi comunali*, in *Foro amm. - C.d.S.*, 2003, 3813.

²⁸ Santi ROMANO, *Scritti minori*, rist. 1990, Giuffrè, 479 s.

²⁹ Al sindaco e al presidente della provincia spetta il potere di sovrintendere al funzionamento dei servizi e degli uffici, in attuazione delle norme statutarie fondamentali di organizzazione dell'ente e del regolamento della giunta sull'ordinamento degli uffici e dei servizi.

blico che può avere natura giuridica di un atto generale, con la conseguenza non irrilevante che l'erogazione del servizio risulta derogabile dai dirigenti nei casi d'eccezione di cui abbiano offerto congrua motivazione, senza escludere che il programma possa assumere — almeno in parte — forma regolamentare.

Tra le diverse forme di esercizio associato di servizi pubblici tra una pluralità di enti territoriali devono includersi le convenzioni (art. 30, d.lgs. n. 267 del 2000), i consorzi (art. 31, d.lgs. n. 267 del 2000) e le unioni di comuni (art. 32, d.lgs. n. 267 del 2000), oltre alle forme di esercizio associato di servizi da parte i comuni che la regione può promuovere (art. 33, commi 3° e 4°, d.lgs. n. 267 del 2000), ciascuna delle quali presenta particolarità che valgono a distinguerla alle altre.

La convenzione costituisce la forma più semplice di collaborazione e coordinamento tra enti locali ³⁰, poiché non implica la costituzione di un nuovo oggetto, come per l'unione di comuni e il consorzio. La legislazione regionale è orientata nel senso di considerare le convenzioni come "forme associate" di esercizio di servizi in ambiti territoriali ottimali individuati. L'alternativa tra la convenzione e la costituzione di enti associativi dipende dalla minore o maggiore complessità dei compiti da assolvere in collaborazione.

La convenzione è indicata (art. 42, comma 2, lett. e), d.lgs. n. 267 del 2000, cit., come una possibile modalità di affidamento di « attività o servizi », laddove i « servizi pubblici » sono oggetto di una disciplina particolare rispetto a cui la convenzione può essere fonte di disciplina delle modalità di gestione di un servizio, ma non essa stessa una modalità di gestione.

Sulla base della convenzione può essere scelta qualunque modalità organizzativa (ordinaria o derogatoria) di gestione del servizio pubblico. In passato la convenzione era utilizzata per l'affidamento per estensione territoriale dell'attività del gestore pubblico di un servizio di altro comune (azienda speciale) per accordo diretto tra gestore e comune (art. 5, d.p.r. 4 ottobre 1986, n. 902, da ritenersi abrogato ³¹).

La convenzione può comportare la costituzione di uffici comuni o consistere in una delega a uno degli enti che sarà chiamato a scegliere la modalità di gestione del servizio in nome e per conto di tutti gli altri, con conseguente eventuale legittimazione dell'ente strumentale di uno dei comuni convenzionati ad operare nel territorio dell'ente convenzionato

³⁰ C. TUBERTINI, *Le forme associative e di cooperazione fra enti locali tra i principi di autonomia e di adeguatezza*, in *Le istituzioni del federalismo*, n. 2, 2000, 320; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 30*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 177 e s.

³¹ TAR Marche, n. 146 del 1999, in *Giur. merito*, 1999, 1082.

extra moenia, ove tale estensione risulti a vantaggio delle esigenze della collettività e non diretta a conseguire vantaggi economici e finanziari in aree territoriali distanti dai comuni associati ³².

La convenzioni, come le altre forme di esercizio associato di servizi, sono forme di « autorganizzazione degli enti locali per lo svolgimento dei servizi di interesse comune ³³ » che devono tuttavia garantire il soddisfacimento dei requisiti di affidamento *in house* (il controllo analogo e la destinazione principale in capo ad ogni ente locale convenzionato: v. *infra*) ed evitare ogni forma di estensione territoriale del servizio non già prevista con esattezza nell'originario capitolato di gara in caso di gestione tramite società mista o terzo scelto con gara (v. *infra*) ³⁴.

Alle convenzioni si applicano i principi del codice civile sulle obbligazioni (l. n. 241 del 1990, cit., art. 15) e la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo per la formazione, la conclusione e l'esecuzione dell'accordo ³⁵. Le attività dedotte in convenzione sono perciò oggetto di obbligazioni in senso proprio e ciò anche quando il loro contenuto è costituito dalla necessità di adottare provvedimenti amministrativi di cui siano stati eventualmente preordinati in tutto o in parte i contenuti, con conseguente possibilità di esperire le azioni per il risarcimento in forma specifica (art. 2931 c.c.), o la risoluzione per inadempimento (artt. 1453 c.c., 1256 c.c.), su quelle risarcitorie (art. 1218 c.c.) ³⁶.

Il *favor* del legislatore per la convenzione e per l'unione di comuni ³⁷ — che, a differenza della prima, è un ente locale costituito da due o più comuni di norma contermini, allo scopo di esercitare congiuntamente una pluralità di funzioni di loro competenza — si è manifestato ulteriormente con l'introduzione della norma che ne prevede l'obbligo per l'esercizio di tutte le funzioni amministrative e di tutti i servizi pubblici loro spettanti ³⁸ per i comuni fino ai 1.000 abitanti e per l'esercizio di talune funzioni — tra cui quelle

³² R. CAVALLO PERIN, *Comuni e province nella gestione dei servizi pubblici*, Jovene, 1993; Cons. Stato, sez. V, n. 2012 del 2002, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2002, 930; Id., n. 1874 del 2002, *ivi*, 2002, 917.

³³ Cons. Stato, sez. V, n. 2012 del 2002, cit. 930; TAR Emilia-Romagna, Parma, n. 422 del 2000, in *Riv. trim. appalti*, 2001, 340.

³⁴ Per un caso di servizio pubblico di trasporto disabili affidato per legge regionale alle ASL, con conseguente stipulazione di convenzioni con le medesime da parte dei comuni al fine di garantire la continuità e l'organizzazione del servizio, fermo restando il rimborso a favore delle stesse degli oneri di competenza dei comuni: Cons. St., sez. V, 5 maggio 2009, n. 2802.

³⁵ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, *Attuazione dell'articolo 44 della legge 18 giugno 2009, n. 69, recante delega al governo per il riordino del processo amministrativo*, art. 133, comma 1°, lett. a), punto 1.

³⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 30*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 178.

³⁷ D.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 32.

³⁸ D.l. 13 agosto 2011 n. 138, *Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*, art. 16, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148.

del settore sociale — che sono intese come fondamentali ³⁹ ai sensi della disciplina sul finanziamento integrale del fabbisogno standard dei comuni e sino alla legge generale *ex art.* 117 Cost., comma 2°, lett. p ⁴⁰ per i comuni fino a 5.000 abitanti o sotto i 3.000 abitanti se in comunità montane.

I consorzi sono associazioni di enti locali istituiti per il soddisfacimento dei compiti istituzionali cui ciascun ente dovrebbe comunque attendere singolarmente e possono pertanto essere costituiti anche per la gestione di servizi pubblici ⁴¹.

Il consorzio tra enti locali, in alternativa ad altre forme, diverse dagli enti locali stessi, può avere ad oggetto l'esercizio associato di funzioni oppure la gestione associata di servizi. I servizi pubblici a rilevanza economica hanno tuttavia una disciplina speciale che, salvo norme transitorie, esclude dalla gestione la forma giuridica dei consorzi in esame ⁴², i quali possono avere ad oggetto, oltre alle funzioni, i soli servizi pubblici privi di rilevanza economica. Da un coordinamento con la definizione di ente locale di cui al testo unico (art. 2, comma 2°, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.) si evince che ai consorzi per la gestione dei servizi privi di rilevanza economica si applicano le norme previste per le aziende speciali (art. 31, comma 8°, d.lgs. n. 267 del 2000, cit.), mentre ai consorzi per l'esercizio associato di funzioni e a quelli per la gestione dei servizi sociali, salvo che ciò sia escluso dallo statuto, si applica la disciplina prevista per gli enti locali ⁴³.

In ragione di tale differente regolamentazione — quella delle aziende speciali e quella degli enti locali — si possono individuare due tipi di consorzi: a c.d. struttura imprenditoriale, modellati sull'azienda consortile e poi soggetti a possibile trasformazione in società di capitali ⁴⁴, e il c.d. consorzio istituzionale ⁴⁵ o burocratico, che ricalca il tipo « ente locale » ⁴⁶.

³⁹ Sono fondamentali le funzioni di: a) amministrazione, gestione e controllo; b) polizia locale; c) istruzione pubblica; d) viabilità e trasporti; e) gestione del territorio e dell'ambiente (eccezioni: edilizia residenziale pubblica e locale; piani di edilizia; servizio idrico integrato); f) settore sociale: l. 5 maggio 2009, n. 42, *Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell'art. 119 Cost.*, art. 21, commi 2° e 3°.

⁴⁰ D.l. 31 maggio 2010 n. 78, *Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica. Convertito nella l. 30 luglio 2010, n. 122*, art. 14, commi 25°-31°.

⁴¹ D.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, art. 31.

⁴² D.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 113 e s.m.

⁴³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 31*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 188.

⁴⁴ L. n. 448 del 2001 art. 35, comma 8, e d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 115, comma 7-bis, aggiunto dalla l. n. 448 del 2001, cit., art. 35, comma 1.

⁴⁵ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 30*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 185; TAR Valle d'Aosta, 12 dicembre 2001, n. 190; TAR Lombardia, Milano, 13 marzo 1995, n. 355.

⁴⁶ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 31*, in R. CAVALLO PERIN, A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, cit., 184.

Con norma recente ⁴⁷ è stata disposta la soppressione dei consorzi di funzioni tra gli enti locali, con assunzione da parte dei comuni delle funzioni già esercitate dai consorzi soppressi e delle relative risorse e con successione in tutti i rapporti giuridici, ivi compreso i rapporti di lavoro a tempo indeterminato ⁴⁸.

Tutte le forme associative enunciate (convenzioni, consorzi, unioni di comuni) nonché quelle ulteriormente individuate in sede regionale ⁴⁹ non costituiscono modalità dirette di gestione dei servizi pubblici alternative a quelle già definite dall'art. 113 e 113 *bis*, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 e dall'art. 23-*bis*, comma 7, d.l. n. 112 del 2008, ora abrogati, ma piuttosto sedi decisionali per la scelta di una forma di gestione unitaria per tutti gli enti locali associati tra quelle previste da tali disposizioni.

Gli enti associati dovranno quindi optare per i moduli ordinari (mercato) o per quello derogatorio (*in house providing*) nel rispetto delle relative discipline giuridiche nazionali ed europee, ove al riguardo la Corte di giustizia europea ha confermato ⁵⁰ la compatibilità delle forme associate di gestione dei servizi pubblici tra enti territoriali, purché non siano di ostacolo alle forme di gestione ritenute compatibili con l'ordinamento dell'Unione europea.

4. La gestione *in house providing*.

Diverse sono le ipotesi di gestione tramite un ente strumentale, quale l'istituzione e l'azienda speciale ⁵¹, dal ricorso, in applicazione del principio di coordinamento tra comuni e province nella gestione dei servizi pubblici, a forme associative quali i consorzi, le unioni di comuni o, per i comuni montani, le comunità montane ⁵².

Secondo la più diffusa definizione l'ente pubblico strumentale è tale poiché costituito per perseguire fini non propri, ma dello Stato o di un ente territoriale ⁵³. Da altri la relazione è specificata nel potere d'indirizzo

⁴⁷ L. 23 dicembre 2009, n. 191, *Legge finanziaria per il 2010*, art. 2, comma 186°.

⁴⁸ Si discute se dalla soppressione possano essere sottratti i consorzi per la gestione dei servizi sociali: a favore: Corte conti, sez. reg. controllo Lazio, 17 dicembre 2010, delib. n. 15/2011; Corte conti, sez. reg. controllo Lombardia, 13 ottobre 2010, delib. 952/2010; *contra*: Corte conti, sez. reg. controllo Piemonte, 17 dicembre 2010, delib. n. 101/2010; Id., 22 febbraio 2011, delib. n. 28/2011; Corte conti, sez. reg. controllo Campania, 22 luglio 2010, delib. n. 118/2010.

⁴⁹ Esercizio associato di servizi di cui all'art. 33, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267.

⁵⁰ CGUE, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione CE c. Repubblica Federale di Germania*; Id., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*.

⁵¹ D.lgs. n. 267 del 2000, cit., artt. 114 e s.

⁵² D.lgs. n. 267 del 2000, cit., artt. 28, 31, 32.

⁵³ V. OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Cedam, 1959; Id., voce *Ente pubblico*,

dell'ente territoriale su quello strumentale, ove quest'ultimo è costituito per esercitare funzioni o servizi di cui il primo è titolare ⁵⁴.

In ogni caso la qualificazione « strumentale » ricorda che la legge ha riservato a detti enti (aziende o istituzioni) il compito di erogare un servizio pubblico dell'ente territoriale che li ha costituiti, con interpretazione che conferma il principio di separazione del controllo dell'ente territoriale *ex ante* (programma, nomina degli amministratori), *in corso* (approvazione degli atti fondamentali) ed *ex post* (vigilanza e valutazione) dalla erogazione dell'ente strumentale, posto dalla legge per ogni forma di gestione dei servizi pubblici locali.

La disciplina non definisce l'azienda o l'istituzione come persona giuridica o ente di diritto pubblico, ma in tal senso è l'opinione quasi unanime con un'unica e ormai lontana eccezione ⁵⁵.

In particolare l'azienda speciale è una delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, che ha come antecedente storico l'azienda municipale ⁵⁶, dotata di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di un proprio statuto, ove il rapporto di strumentalità con l'ente territoriale di riferimento si precisa giuridicamente nella definizione dell'oggetto sociale con delimitazione nel tempo (a termine o condizione) e nello spazio (limitazione della c.d. extraterritorialità) della sfera giuridica di attività dell'azienda pubblica, secondo quanto definito dal programma di erogazione del servizio pubblico. L'oggetto sociale è peraltro limitato dalla legge, atteso che la costituzione della aziende speciali non può avvenire per attività diverse dai servizi pubblici locali.

L'« autonomia imprenditoriale » contiene un duplice enunciato normativo che è riconducibile in gran parte al prevalere del significato di una delle due parole che costituiscono il binomio utilizzato dal legislatore. L'autonomia segna il principio di non ingerenza dell'ente territoriale nell'attività dell'azienda speciale. Oltre al procedimento di costituzione dell'ente e di controllo della gestione la legge attribuisce all'ente territoriale unicamente

Enc. D., XIV, 963 s.; L. ACQUARONE, *In margine alla nozione di strumentalità: le c.d. funzioni delegate del comune*, *Studi in onore di Zanobini*, Giuffrè, 1961; G. GUARINO, *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, 1962, 30 s.; G. ARANGIO RUIZ, *La persona giuridica come soggetto strumentale*, Giuffrè, 1952.

⁵⁴ E. CAPACCIOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Cedam, 1983, 194-195.

⁵⁵ F. FERRARA, *Teorie delle persone giuridiche*, Marghieri, 1923, 815 s.

⁵⁶ L. n. 103 del 1903; r.d. n. 2578 del 1925; F. BASSI, *Natura giuridica della azienda municipalizzata*, Giuffrè, 1957; G. TREVES, *Le imprese pubbliche*, Giappichelli, 1950; A. TROCCOLI, *Le aziende municipalizzate*, Noccioli, 1963; G. PISCHEL, *La municipalizzazione in Italia, ieri, oggi e domani*, Confederazione della Municipalizzazione, 1965; P. PIRAS, in *Atti del Convegno celebrativo del centenario delle leggi di unificazione, I Comuni*, a cura di M.S. GIANNINI, Pozza, 1967; R. TORRIGIANI, *Le aziende autonome pubbliche*, Giuffrè, 1971; F. LEVI, *Impr. pubbl.* 75, 6; M. ALESSI, *Impianto ed esercizio di servizi pubblici comunali*, Giuffrè, 1967; Gi. BOZZI, voce *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Enc. D.*, XXVII; A. BARDUSCO, voce *Aziende pubbliche III) Aziende municipali*, in *Enc. giur.*, IV; G. CAIA, voce *Municipalizzazione dei servizi pubblici*, *ivi*, XX.

i poteri di indirizzo e vigilanza sulla concreta attuazione da parte dell'azienda del programma di servizio pubblico.

Il significato della locuzione è più vicino al suo tenore letterale, che non riguarda l'oggetto dell'attività d'azienda, ma unicamente il carattere d'autonomia dell'ente che impone all'organizzazione azienda — che non può svolgere un'attività di impresa — il parametro di professionalità che è proprio delle organizzazioni imprenditoriali, che è più elevato rispetto a quanto richiesto dalla stessa norma all'istituzione, per la quale difetta tale parametro. L'economicità, unitamente all'efficienza e all'efficacia, è posta dalla norma come principio cui debbono informare la propria attività sia l'azienda sia l'istituzione, ma il riferimento nell'una (azienda) e il difetto nell'altra (istituzione) del carattere imprenditoriale segna un diverso grado di professionalità organizzativa e ancora prima di dipendenza finanziaria dall'ente locale.

In particolare la seconda, la cui denominazione è stata forse mutuata dalle « istituzioni speciali » che erano amministrate direttamente dall'ente locale, con una contabilità considerata parte integrante del bilancio dell'ente locale ⁵⁷, è definita un « organismo strumentale dell'ente locale per l'esercizio di servizi sociali ⁵⁸, dotato di autonomia gestionale ».

Le istituzioni non sono soggette ai limiti stabiliti dall'ordinamento comunitario per le organizzazioni d'impresa, né sono state dotate dell'autonomia patrimoniale perfetta che è connessa all'attribuzione o al riconoscimento della personalità giuridica, con la conseguenza immediata di una corresponsabilità finanziaria che pare legittimare in capo agli enti territoriali un potere in senso proprio di approvazione degli atti fondamentali, la cui ampiezza segna la misura dell'autonomia gestionale riconosciuta all'istituzione dall'ente territoriale nell'attività di gestione del servizio pubblico. La legge ha tuttavia posto l'autonomia gestionale come carattere essenziale dell'istituzione che fonda un sindacato di legittimità per vizio di eccesso di potere ogni qualvolta l'estensione del potere di approvazione degli atti fondamentali, oltre la ragione dettata dall'assenza di una personalità giuridica (atti finanziari), non trovi sostegno in motivi di interesse pubblico sufficienti a giustificare la limitazione del principio di autonomia gestionale.

Secondo una lettura più ampia nella disciplina europea degli appalti pubblici ⁵⁹ ha trovato declinazione la definizione di organismo di diritto pubblico che è stato definito come un'amministrazione aggiudicatrice al pari dello Stato, degli enti territoriali o loro associazioni. Si ha un organi-

⁵⁷ R.d. 3 marzo 1934, n. 383, *Testo unico delle leggi comunali e provinciali*.

⁵⁸ Per un approfondimento sulla nozione di servizio sociale v. *infra*, sez. 2 e cap. XII, sez. 2.

⁵⁹ Dir. UE 2004/18, 31 marzo 2004; d.lgs. 12 aprile 2006, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, art. 3, comma 26°.

smo di diritto pubblico ogni qual volta un ente sia: a) una persona giuridica, b) istituita per soddisfare specificamente esigenze d'interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale, c) di cui lo Stato, gli enti territoriali o altri organismi di diritto pubblico abbiano alternativamente: c1) il controllo della gestione, oppure c2) finanziato in modo maggioritario l'attività, oppure c3) designato più della metà dei componenti degli organi di amministrazione, o di direzione o di controllo ⁶⁰.

Ove un ente possa essere così qualificato non sarà soggetto alla disciplina europea sull'evidenza pubblica (v. *infra*), che non trova applicazione per gli appalti pubblici di servizi aggiudicati ad altra amministrazione aggiudicatrice.

Da essa si distingue l'organizzazione *in house providing* ⁶¹, che si ha ogni qualvolta l'organizzazione 1) realizzi ⁶² la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano, 2) i quali ultimi debbono inoltre avere sulla stessa un controllo analogo a quello che hanno sui propri servizi. Per le società di capitali la disciplina italiana ha introdotto espressamente l'ulteriore vincolo del capitale esclusivamente in mano ai soggetti pubblici.

L'*in house providing*, come elaborato dalla giurisprudenza europea e confermato nel *Libro Verde relativo ai partenariati pubblico-privati* ⁶³, non

⁶⁰ D. CASALINI, *Concessionario, organismo di diritto pubblico o gestore in house: chi sopporta il rischio economico della gestione delle autostrade?*, in *Urb. App.*, 2009, 882 ss.; R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *Control over In-house Providing Organisations*, in *Public Procurement Law Review*, Issue 5, 2009, 227-241; R. DIFACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Milano, 2006; R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *L'in house providing, un'impresa dimezzata*, in *Diritto amministrativo*, 2006, 51-97; A. MASSERA, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 1201 ss.; S. VALAGUZZA, *Gli affidamenti a terzi e a società miste*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2011, 31 ss.; D. CASALINI, *L'organismo di diritto pubblico e l'organizzazione in house*, Jovene, 2003; da ultimo sull'applicazione del diritto antitrust agli organismi di diritto pubblico e sull'ambito di applicazione agli stessi della clausola di esenzione ex art. 8, comma 2°, l. n. 287 del 1990: Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2011, n. 3013.

⁶¹ CGUE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e TREA Leuna*, § 48 e Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1 marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 42, 71 e 80, CGUE, 11 marzo 2003, C-186/01, *Dory*; Cons. St., sez. V, 23 ottobre 2007, n. 5587; TAR Lazio, sez. II ter, 16 luglio 2007, n. 9988; Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514; TAR Sardegna, sez. I, 21 dicembre 2007, n. 2407; Cons. St., sez. V, 18 settembre 2003, n. 5316; R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., 51 ss.

⁶² Anche senza vincolo statutario: CGUE, 12 dicembre 2002, C-470/99; Concl. Avv. gen. J. Kokott 1 marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, § 83; CGUE, 10 settembre 2009, C-573/07, *Sea srl v. Comune di Ponte Nossas-Setco spa*, § 80.

⁶³ Commissione CE, 30 aprile 2004, *Libro Verde sui partenariati pubblico-privati e sul diritto comunitario dei contratti pubblici e delle concessioni*, COM (2004) 327 def., § 63, su cui v. anche G. MARCHEGIANI, *Alcune considerazioni in tema di diritto comunitario concernente le concessioni ed i c.d. « affidamenti in house »*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 945 ss.; Comunicazione della Commissione 20 novembre 2007 sui *Servizi di interesse generale, inclusi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno per l'Europa*, COM (2007) 725 def.; Comunicazione della Commissione *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, COM (2006) 177, su cui v. anche M. CONSITO, *The Organization of Social Services in Europe: from Philanthropy*

è stato disciplinato dalla direttive europee in materia di appalti pubblici poiché correttamente si è ritenuto ⁶⁴ che tale forma giuridica sia alternativa al contratto di appalto di servizi.

La disciplina della concorrenza per l'aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni presuppone infatti un rapporto con il mercato ⁶⁵, ma l'ente pubblico è libero di autoprodurre il servizio di cui necessita ⁶⁶ con gli uffici del proprio ente (gestione in economia) o della propria organizzazione *in house providing* ⁶⁷, ad esempio perché la stessa amministrazione non vuole correre l'avventura e il conseguente rischio di un affidamento a terzi in tempi di crisi del mercato finanziario.

La definizione dell'*in house providing* ridefinisce i confini dell'organizzazione pubblica anche con riferimento ai rapporti che la stessa instaura con i terzi che sono per essa prestatori di beni e servizi, assoggettandoli all'osservanza della disciplina sui contratti pubblici, poiché verso i terzi gli enti *in house* sono amministrazioni aggiudicatrici in quanto definiti parte strutturale dell'organizzazione dell'ente territoriale controllante ⁶⁸.

Quanto all'oggetto l'organizzazione *in house* può svolgere in via principale le attività istituzionali di produzione di beni e servizi degli enti pubblici controllanti, o che sono per essi serventi, quindi in ragione dei bisogni (es. servizi pubblici, oppure servizi all'ente) attribuiti dalla legge alla competenza di enti pubblici che sono soci di controllo dell'organizzazione *in house*, configurando dunque l'organizzazione *in house* come imprenditore dimezzato ⁶⁹ o addirittura come non imprenditore (es. artt. 2602

to *Social Solidarity*, in D.A. FRENKEL (a cura di), *International Law, Conventions and Justice*, Atti della 7th Annual International Conference on Law, Athens Institute for Education and Research, Athens, 2011, 179 s.

⁶⁴ CGUE, 18 novembre 1999, C-107/98, § 51; concl. Avv. gen. Léger, C-94/99, § 54, 59.

⁶⁵ Concl. Avv. gen. Y. Bot, 20 settembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c. Administración del Estado*, § 75.

⁶⁶ CGUE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, § 26; CGUE, 15 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, § 62.

⁶⁷ CGUE, sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant SA v. Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale*, §§ 48-49; Concl. Avv. gen. J. Kokott, 1° marzo 2005, C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, cit., §§ 68-70; CGUE, 8 aprile 2008, C-337/05, *Commissione CE c. Italia*, § 36; Id., 19 aprile 2007, C-295/05, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)*, § 55; Id., sez. I, 18 gennaio 2007, C-220/05, *Aroux e Comune de Roanne c. SEDL*; Id., 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle e RPL Lochau GmbH c. TREA Leuna*; Id., 22 luglio 2005, C-231/03, *CONAME c. Comune di Cingia de' Botti*; Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1; Cons. Stato, sez. II, parere 18 aprile 2007, n. 456; Id., sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514.

⁶⁸ D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, *Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'articolo 23-bis, comma 10, del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133*, art. 6, ora caducato a seguito del referendum abrogativo del 11 e 12 giugno 2011 sull'art. 23 bis, d.lgs. n. 112 del 2008, cit.

⁶⁹ Per l'idea di un'autonomia imprenditoriale pubblica dimezzata già R. CAVALLO PERIN-D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, cit., 51 s.

ss. c.c.), ove la legge o lo statuto dell'organizzazione *in house* escludano senz'altro ogni produzione per conto o a favore di enti non di controllo.

Una recente disciplina — poi abrogata dal referendum del 12 e 13 giugno 2011 ⁷⁰ — sui servizi pubblici locali a carattere economico (art. 23 *bis*, comma 9°, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133) aveva relegato l'organizzazione *in house providing* ad un'ipotesi di eccezione, dovendo gli enti locali anzitutto provare a rivolgersi al mercato, affidando il servizio in concessione a terzi o a società miste con la partecipazione ad almeno il 40% del capitale sociale di privati cui affidare compiti operativi. Soluzione che è stata ancora in parte riproposta nella disciplina vigente per i servizi pubblici locali a carattere economico ad esclusione del ciclo completo delle acque (d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148; d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, conv. in l. 24 marzo 2012, n. 27, art. 25) secondo un susseguirsi di alterni principi che non pare riesca ad avere fine in materia.

La disciplina dei servizi sociali è normalmente ricondotta — dopo la sentenza della Corte costituzionale ⁷¹ sull'art. 113 *bis*, d.lgs. n. 267 del 2000, cit. — ad ipotesi di servizi pubblici privi di rilevanza economica, con possibilità di procedere ad affidamenti in economia o *in house providing* ad enti privi di rilevanza economica come i consorzi tra enti locali, oppure con affidamento a enti strumentali o in convenzione ad uno tra gli enti locali che assolve al servizio per conto di tutti gli altri, senza necessità di procedere alla previa gara pubblica ⁷², che è necessaria ogni qualvolta si preveda un corrispettivo per le prestazioni, non importa se pagate dall'ente pubblico, dagli utenti o da terzi benefattori.

⁷⁰ La Corte costituzionale ha accolto la questione riguardante l'art. 23 *bis*, comma 10°, lett. *a*, d.l. n. 112 del 2008, cit., con cui il legislatore statale pretendeva d'assoggettare — con regolamento — i « soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno » ove l'ambito d'applicazione di tale patto di stabilità attiene alla potestà legislativa concorrente (« coordinamento della finanza pubblica »: art. 117, comma 3°, Cost.), non alle materie di potestà legislativa statale esclusiva per le quali lo Stato ha il potere regolamentare (art. 117, comma 6°, Cost.): Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325. L'art. 23 *bis*, d.l. n. 112 del 2008, cit., è stato poi abrogato per effetto del referendum del 12 e 13 giugno 2011, cui non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate dal medesimo articolo: Corte cost. 26 gennaio 2011, n. 24; Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 31; Corte cost. 30 gennaio 1997, n. 40, ma conseguirebbe invece l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa europea (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di *referendum*) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica. In generale pare evidenziarsi una tendenza a rimettere in discussione talune modalità di gestione dei servizi pubblici secondo forme imprenditoriali, ove già il Parlamento dell'Unione europea, in tema di gestione delle risorse idriche, ricorda come questa si basi su un'impostazione partecipativa e integrata, che coinvolga gli utenti e i responsabili decisionali nella definizione delle politiche in materia di acqua a livello locale e in modo democratico: Risoluzione del Parlamento europeo sul Quarto forum mondiale dell'acqua (Città del Messico), 15 marzo 2006.

⁷¹ Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272.

⁷² CGCE, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee v. Repubblica federale di Germania*.

5. La gestione affidata in concessione a terzi.

L'obbligo per gli Stati membri di prevedere procedure selettive (aperte, ristrette, negoziate) a garanzia della concorrenza ⁷³ diviene un principio che sicuramente disciplina le attività di interesse economico generale, ogni qualvolta l'autorità pubblica scelga di affidare la titolarità della gestione del servizio a terzi, assicurando — normalmente con una obbligazione — che le prestazioni siano erogate agli utenti, poiché sono procedure atte a “garantire condizioni eque a tutti i fornitori, pubblici o privati”, interessati e potenzialmente idonei, garantendo “che tali servizi siano forniti alle condizioni economicamente più vantaggiose disponibili sul mercato” ⁷⁴.

Con l'affidamento le autorità definiscono — oltre gli indicati obblighi di servizio pubblico — le stesse “caratteristiche del servizio da erogare, comprese quelle relative alla qualità e nel perseguimento degli obiettivi di politica pubblica”, con erogazione di servizi che l'esercizio dell'autonomia politica ritiene indispensabile assicurare alla vita delle comunità locali, organizzandone la domanda e demandando la soddisfazione dell'offerta ad enti pubblici, organismi di diritto pubblico, organizzazioni *in house*, oppure a un soggetto terzo, cioè a colui che abbia assunto l'obbligazione di prestazione del servizio pubblico a favore degli utenti, presentando nella competizione con altri l'offerta al prezzo più basso o alle condizioni economicamente più vantaggiose.

La gara è mezzo necessario di attribuzione a terzi della titolarità del servizio che si afferma solo ove l'ente locale intenda affidare la qualità di gestore di servizio pubblico ad un numero chiuso di operatori.

Anche nella concessione ai dirigenti spetta — come atto di gestione (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 107) — la definizione degli elementi essenziali dell'obbligazione: l'oggetto (le prestazioni di servizio pubblico), i soggetti attivi (le categorie di utenti destinatari delle prestazioni) e i soggetti passivi. Quest'ultimi nella concessione a terzi sono indicati *per relationem* a successivi atti dell'ente locale: anzitutto la scelta della forma di gestione con valutazione comparativa tra *in house providing*, società mista e concessione a terzi; poi il procedimento di selezione di chi tra gli offerenti assumerà la qualità di gestore, cioè di debitore dell'obbligazione di servizio pubblico.

⁷³ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*; d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, *Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; in particolare per i servizi nel mercato interno*; d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59, *Attuazione della direttiva 2006/123/CE relativa ai servizi nel mercato interno*.

⁷⁴ Cons. St., Sez. V, 5 aprile 2005, n. 1568, in *Foro amm.* - CdS, 2005, 1131.

Di competenza del consiglio (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 42) è invece ritenuto il previo atto di assunzione del servizio pubblico che definisce i fini sociali da soddisfare (bisogni della comunità).

Dalla concessione di pubblico servizio si è distinto l'appalto pubblico di servizi, instaurato dall'amministrazione aggiudicatrice — che permane il gestore del servizio pubblico — con un'impresa che è debitrice verso l'amministrazione stessa delle prestazioni di servizio pubblico locale senza alcun rapporto giuridico con gli utenti, i quali ultimi mantengono il diritto di credito alle prestazioni di servizio pubblico verso l'amministrazione. All'appalto di servizi si applicano le disposizioni generali sugli appalti pubblici di servizi e non solo i principi come per le concessioni di servizi ⁷⁵.

Sia l'appaltatore ⁷⁶ sia il concessionario assumono giuridicamente il rischio d'impresa, ma con una sostanziale differenza: se l'appaltatore di servizi subisce il « rischio » della sua produzione connesso al suo rapporto giuridico con l'amministrazione aggiudicatrice (eventuale aumento dei prezzi dei fattori di produzione), il concessionario di servizi invece subisce inoltre il rischio della gestione del servizio pubblico locale, cioè quello connesso al suo rapporto giuridico principale con gli utenti (eventuale riduzione del numero dei consumatori).

Il debitore dell'obbligazione avente ad oggetto le prestazioni di servizio pubblico agli utenti è normalmente anche il creditore delle corrispettive tasse o tariffe di servizio pubblico (d.lgs. n. 267 del 2000, cit., art. 117, comma 3°).

6. L'organizzazione mista pubblico privato.

La titolarità della gestione del servizio pubblico può essere conferito ad un'organizzazione partecipata da soggetti pubblici e privati (mista) ⁷⁷. L'acquisto della qualità di associato da parte di privati è subordinato al

⁷⁵ Direttiva Cee n. 18 del 2004, cit., art. 1; d.lgs. n. 163 del 2006, cit., artt. 1-3, art. 30.

⁷⁶ Artt. 1655 e 1677 c.c.; Direttiva Cee n. 18 del 2004, cit., art. 1.

⁷⁷ Comm. Ue, *Libro verde sul partenariato pubblico-privato*, 30 aprile 2004 COM(2004); d.l. n. 138 del 2011, cit., art. 4, comma 12. E. SCOTTI, *Osservazioni a margine di società miste e servizi pubblici locali*, in *Foro it.*, 2002, III, 554; C. VOLPE, *Le società miste nei servizi pubblici locali: evoluzione o involuzione del modello*, in *Urb. e app.*, 2003, 721; F. TRIMARCHI, *Le società miste per i servizi pubblici locali*, Giuffrè, 1999; A. NIUTTA-A. POLICE, *Forma e realtà nelle società per la gestione dei servizi pubblici locali*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, 477; G. F. CAMPOBASSO, *La costituzione di società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Riv. soc.* 1998, 390; G. DI GIANDOMENICO, R. FAGNANO, G. RUTA, *Le società miste locali per la gestione dei servizi pubblici*, E.S.I., 1997; G. CAIA, in *Nuova Rass.* 1995, 1082; G. ABBAMONTE, in *Studi in Onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, 1999, spec. 7 s.; R. DIPACE, *Partenariato pubblico privato e contratti atipici*, Giuffrè, 2006, spec. 49 s.; già Cons. St., sez. V, n. 192 del 1998, *App. e lav. pubbl.* 98, 402, nt. R. GAROFOLI; Cons. St., sez. V, n. 4586 del 2001; C 99/754, in *Foro it.*, 2000, 804, nt. F. FRACCHIA, che supera i precedenti contrari di C 95/4991 e C 95/4989, entrambe in *Foro it.*, 1996, I, 1363, nt. F. CARINGELLA; ma cfr. Cons. St., sez. V, n. 27 del 2005.

positivo esito di « una gara » esperita « con procedure ad evidenza pubblica » ⁷⁸ svolta in osservanza delle norme interne e dell'Unione europea in materia di concorrenza, secondo gli indirizzi impartiti dalle autorità competenti.

Per le gestioni non aventi rilevanza economica il rapporto giuridico può avere ad oggetto la sola partecipazione all'organizzazione ⁷⁹ per effetto della quale il partecipe acquista i diritti e gli obblighi previsti dalla legge e dallo statuto: essenzialmente il diritto di voto in assemblea, i diritti di informazione ed ove previsto il « diritto agli utili deliberati dall'assemblea ».

Per i servizi di rilevanza economica invece la partecipazione deve essere collegata a determinati compiti operativi connessi alla gestione del servizio e dedotti in un appalto o in una concessione ⁸⁰, per atto contrattuale o unilaterale (anche legislativo o regolamentare).

Il bando deve indicare la consistenza economico-giuridica dell'instaurando rapporto dell'ente locale con il gestore a composizione mista (convenzioni ente locale-gestore), gli affidamenti aventi ad oggetto i compiti operativi connessi alla gestione del servizio, il prezzo di acquisto della partecipazione il cui valore di norma non può, tuttavia, avere carattere prevalente (d.l. n. 138 del 2011, cit., art. 4, comma 12).

La partecipazione del privato può essere coeva alla creazione *ex novo* di una società di capitali che prevede la partecipazione del privato all'atto costitutivo della società stessa, oppure per successivo atto di cessione da parte dell'ente locale di una percentuale delle quote di partecipazione ad una società *in house providing* già destinataria di un affidamento diretto ⁸¹.

In ogni caso l'operazione in esame — ove il socio pubblico è l'affidante — ha normalmente ad oggetto l'appalto o la concessione di servizi al socio privato, che si obbliga verso la società a produrre le prestazioni richieste, con la conseguenza che la scelta del socio privato collegata a tale vicenda di servizi va fondata non tanto sull'entità del contributo al capitale sociale, ma

⁷⁸ All'esito della gara tra l'ente locale e il terzo è stipulato un contratto di servizio pubblico, ma il *nomen juris* (concessione o contratto) non è determinante della natura giuridica del rapporto che il terzo instaura con l'amministrazione, poiché anche la stipulazione di un contratto non impedisce di riconoscere la natura giuridica di concessione di pubblico servizio: C 89/3203; Cons. St., n. 889 del 1978, in *Cons. Stato*, 1978, I, 1201; TAR Lazio, Sez. II, n. 148 del 1982, in *ITAR*, 1982, I, 759.

⁷⁹ G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, 2005, 397; G. MARCHI, *Le Fondazioni bancarie socie di società miste per la gestione di servizi pubblici locali*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di), *Le Fondazioni Casse di Risparmio*, Maggioli, 1998, 391-410. La gara può anche avere ad oggetto la collocazione dei titoli azionari sul mercato oppure la destinazione di una quota all'azionariato diffuso.

⁸⁰ *Libro verde sul partenariato*, cit., § 8, 46; Cons. St., sez. V, n. 3672 del 2002.

⁸¹ *Libro verde sulle attività di interesse generale*, 2003, cit., 24; sull'illegittimità dell'affidamento diretto senza gara, da parte di un'asl ad una società mista, del servizio di assistenza domiciliare alla persona, qualora al momento della scelta del socio privato non siano state rigorosamente definite le caratteristiche della gestione del servizio: Cons. St. ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro amm.-CdS*, 2008, 740.

sulla quantità e sulla qualità dell'offerta di servizi che deve assicurare il privato ed ancora prima (requisiti soggettivi) sulla capacità tecnica ed economica del privato a svolgerle ⁸².

Il pagamento del conferimento a capitale (o del sovrapprezzo di acquisto di azioni o quote) — con diritto agli utili o a subire le perdite — è invece la conseguenza dell'acquisto della qualità di socio e può anche essere indicata come variabile del prezzo dell'offerta economicamente più vantaggiosa o del prezzo più basso ⁸³.

Anche per la forma mista la scelta del socio privato — collegata ad un appalto o concessione — deve rispettivamente essere conforme alle direttive in materia di lavori forniture e servizi (Direttiva Cee n. 18 del 2004, cit.) e alle relative norme interne di recepimento, oppure ai principi di non discriminazione in ragione della nazionalità e di libera circolazione dei capitali ⁸⁴.

7. I diritti fondamentali degli utenti e il rapporto tra utenti e gestori dei servizi pubblici. Le carte di servizio pubblico.

La Commissione dell'Unione europea ha elaborato una propria politica in materia di tutela dei consumatori anche con specifico riferimento alle attività che importano obblighi di servizio pubblico ⁸⁵. Alcuni principi sono validi anche per i servizi pubblici locali: *a)* chiara definizione degli obblighi atti a garantire la prestazione di un servizio di buona qualità, elevati livelli di sanità pubblica e di sicurezza fisica dei servizi; *b)* piena trasparenza sugli elementi essenziali del rapporto giuridico con il gestore, in particolare sulle tariffe, le clausole e le condizioni contrattuali, la scelta e il finanziamento del gestore; *c)* diritto di scelta del servizio e se possibile del gestore; *d)*

⁸² Cons. St., sez. V, n. 3672 del 2005; Id., n. 5582 del 2004, che esclude l'offerta condizionata; cfr. anche Id., Sez. IV, n. 3113 del 2005, in *Foro amm.* - *CdS*, 2005, 1716.

⁸³ I bandi delle procedure ad evidenza pubblica di scelta del socio privato debbono in tal caso avere necessariamente ad oggetto l'appalto di servizi che si intende affidare allo stesso socio privato (capitolato), dare conoscenza dell'atto costitutivo e dello statuto e degli affidamenti su cui può contare la società mista nel periodo di partecipazione del socio privato e di durata dell'appalto, chiarendo il complessivo rapporto economico giuridico cui si intende dare vita, poiché le condizioni di acquisto della qualità di socio sono dedotte come elemento essenziale dell'aggiudicazione del servizio e non possono discriminare od ostacolare ingiustamente la libertà di prestazione o di stabilimento, o essere sproporzionate rispetto allo scopo da raggiungere.

⁸⁴ Cfr. art. 63 TFUE; Dir/Cee n. 88/361/CEE, all. 1; Corte Ue, 4 giugno 2002, C-367/98; 4 giugno 2002, C-483/99; 13 maggio 2003, C-463/00; 13 maggio 2003, C-98/01; Cons. St., sez. V, n. 3166 del 2005, in *Foro amm.* - *CdS*, 2005, 1778; per un caso d'eccezione v. Corte Ue, 4 giugno 2002, C-503/99.

⁸⁵ *Libro verde sulla tutela dei consumatori*, COM(2001) 531 definitivo; *Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale, al Comitato delle Regioni — Strategia della politica dei consumatori 2002-2006*, 8 giugno 2002, COM(2002) 208 def., in particolare § 3. 2; *Servizi di interesse generale in Europa*, 20 settembre 2000, COM(2000) 580 def., 7; *Libro verde sui Servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, COM(2003) 270 definitivo, 19.

un'effettiva concorrenza tra i produttori ed ove necessario la creazione di organi di regolamentazione indipendenti dai gestori; e) disponibilità agli utenti di mezzi di reclamo e di composizione extragiudiziale delle controversie; f) rappresentanza e partecipazione attiva degli utenti alla definizione degli standard, alla scelta delle modalità di pagamento, alla valutazione in concreto della qualità dei servizi erogati ⁸⁶. Sono richiamati inoltre il principio di servizio universale, la continuità, l'elevata qualità e l'accessibilità dei prezzi, come cardini della politica europea a favore degli utenti e consumatori nel settore dei servizi di interesse generale con particolare riferimento a persone disabili e a basso reddito, o a zone di utenza difficilmente raggiungibili.

Del pari nell'ordinamento italiano il legislatore ha inteso garantire come prioritaria detta tutela, poiché nell'esercizio delle loro funzioni, gli enti locali, anche in forma associata, individuano gli *standard* di qualità ⁸⁷ e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori secondo una prospettiva di garanzia dei diritti fondamentali loro riconosciuti ⁸⁸. Per tale ragione ora gli enti affidatari sono tenuti a rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati (d.l. n. 138 del 2011, cit., art. 4, comma 33 *bis*).

Tutela prioritaria che il legislatore ha voluto poi precisare e rafforzare, poiché si è imposto agli enti locali — al fine di tutelare « i diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali », comunque garantiten-

⁸⁶ S. LICCIARDELLO, *Informazione e servizi pubblici*, in F. MANGANARO-A. ROMANO TASSONE (a cura di), *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto all'informazione*, Giappichelli, 2005, 47 s.

⁸⁷ In linea con la disciplina europea si pone da tempo quella italiana nel voler assicurare la garanzia di standard di qualità per i servizi pubblici. I servizi pubblici locali debbono essere erogati secondo modalità che: a) promuovano il miglioramento della qualità; b) assicurino la tutela dei cittadini e degli utenti; c) garantiscano la partecipazione di cittadini e utenti alle procedure di valutazione e definizione degli standard qualitativi, anche nelle forme associative riconosciute dalla legge: d.lgs. 30 luglio 1999, n. 286, *Riordino e potenziamento dei meccanismi e strumenti di monitoraggio e valutazione dei costi, dei rendimenti e dei risultati dell'attività svolta dalle amministrazioni pubbliche, a norma dell'articolo 11 della legge 15 marzo 1997, n. 59*, art. 11, comma 1, 5. Permane tuttora un'utile ricognizione dei principi vigenti in materia di disciplina delle carte dei servizi il d.p.c.m. 27 gennaio 1994, *Principi sull'erogazione dei servizi pubblici* e le analoghe comunicazioni interpretative della Commissione europea che — seppure in via ricognitiva — individuano i principi dell'ordinamento giuridico che sono un limite alla disciplina legislativa o regolamentare di regioni ed enti locali. Sono state poi introdotte alcune disposizioni di rafforzamento della tutela dei diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi pubblici locali e della garanzia della qualità, dell'universalità e dell'economicità delle prestazioni di servizio pubblico: l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria 2008), art. 2, comma 461, lett. d).

⁸⁸ D.lgs. 6 settembre 2005, n. 204, *Codice del consumo*, art. 2, ove tra i "fondamentali diritti" dei consumatori e utenti si possono ricordare quello alla "sicurezza e qualità dei prodotti e dei servizi" (art. 2, comma 2°, lett. b) o "all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità ed efficienza" (art. 2, comma 2°, lett. g).

do « la qualità, l'universalità ed economicità delle relative prestazioni » di servizio pubblico — di definire anzitutto « una carta della qualità dei servizi ⁸⁹ » in conformità « a previe intese con le associazioni di tutela dei consumatori e con le associazioni imprenditoriali interessate », carta che il gestore fa propria (« emana ») e che stabilisce « gli *standard* di qualità e di quantità relativi alle prestazioni erogate così come determinati nel contratto di servizio, nonché le modalità di accesso alle informazioni garantite, quelle per proporre reclamo e quelle per adire le vie conciliative e giudiziarie nonché le modalità di ristoro dell'utenza, in forma specifica o mediante restituzione totale o parziale del corrispettivo versato, in caso di inottemperanza ⁹⁰ », oltre ai « diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio »: d.l. n. 1 del 2012, art. 8 (conv. in l. n. 27/2012, cit.).

L'approvazione della carta dei servizi può essere deliberata dagli enti locali come elemento essenziale del programma di servizio pubblico e anteriormente all'affidamento, come utile completamento della definizione dell'obbligazione di servizio pubblico che dovrà essere assunta dal gestore. La medesima approvazione può invece essere successiva all'affidamento ove assolva unicamente a una funzione dichiarativa di obblighi già assunti dal gestore con il capitolato o con il contratto di servizio pubblico, assumendo le vesti di presa d'atto della dichiarazione di adempimento del gestore. Gli utenti possono chiedere la disapplicazione (art. 5, l. n. 2248/1865, all. E) delle carte di servizio pubblico locale — anche non innovative dell'obbligazione di servizio pubblico — emanate in violazione (norme imperative) dei diritti fondamentali loro riconosciuti espressamente oppure perché posti in forza di norme o di principi di derivazione europea che — come è noto — sono un limite di diritto pubblico per l'ordinamento italiano

⁸⁹ La cui adozione è prevista come obbligatoria per taluni erogatori attraverso specifici meccanismi di attuazione diversificati in relazione ai settori: d.lgs. n. 204 del 2005, cit., art. 101, comma 4°; per i servizi sociali: l. 8 novembre 2000, n. 328, *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, art. 13. L'art. 101, comma 1°, del c.d. codice del consumo, di cui al d.lgs. n. 206 del 2005 non sottrae i diritti dell'utente del servizio pubblico al suo operare ove in relazione alla specifica modalità del rapporto di utenza le norme del codice risultino applicabili, ma consente soltanto allo Stato e alle regioni, nell'ambito delle rispettive competenze, di dettare norme che applichino i principi stabiliti dal codice tenendo conto delle peculiarità della disciplina del singolo servizio pubblico e delle modalità con cui avviene il suo espletamento. Affermata, dunque, la tendenziale riferibilità del codice anche all'utente del servizio pubblico, in mancanza di adozione di una specifica normativa da parte dello Stato e delle regioni per gli ambiti di loro rispettiva competenza (normativa che potrebbe esprimersi anche con atti di normazione secondaria), deve ritenersi in linea tendenziale che all'utente del servizio pubblico la disciplina del codice possa applicarsi previo riscontro della idoneità del relativo rapporto ad essere ricondotto sotto le norme del codice del consumo di volta in volta considerate: Cass. [ord.], sez. III, 2 aprile 2009, n. 8093, in *Foro it.*, 2009, I, 2683.

⁹⁰ L. 24 dicembre 2007, n. 244, art. 2, comma 461°, lett. a); ulteriore richiamo alle carte dei servizi era previsto dal d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 3, comma 3°, lett. g); sulla « tutela non giurisdizionale » degli utenti si veda ancora d.p.r. n. 168 del 2010, cit., art. 11.

(artt. 11, 117, comma 1°, Cost.; art. 169 TFUE). Norme e principi cui debbono uniformarsi anche i contratti di utenza ⁹¹, a pena la nullità delle rispettive clausole difformi, ed avverso le quali è data un'azione "inibitoria", nonché una tutela amministrativa avanti all'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato (d.lgs. n. 206 del 2005, cit., art. 37, 37 bis; art. 669 bis c.p.c.).

La disciplina prescrive ⁹² — oltre all'obbligo del gestore di emanare una carta dei servizi (lett. a) — anche che le associazioni dei consumatori siano « consultate obbligatoriamente » dal gestore e dall'amministrazione (lett. b); la verifica periodica — assieme al gestore e all'amministrazione — della « adeguatezza dei parametri quantitativi e qualitativi del servizio erogato fissati nel contratto di servizio alle esigenze dell'utenza cui il servizio stesso si rivolge » (lett. c); la partecipazione al « sistema di monitoraggio ⁹³ permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale o dell'ambito territoriale ottimale », con possibilità per « ogni singolo cittadino » di rivolgersi alle stesse « associazioni dei consumatori » (lett. d); la partecipazione alla « sessione annuale » con amministrazione e gestore per la « verifica del funzionamento dei servizi » ove « si dia conto dei reclami, nonché delle proposte ed osservazioni » dei cittadini pervenute alle associazioni dei consumatori, all'amministrazione od al gestore (lett. e).

8. La responsabilità per disservizi (cenni).

L'ente gestore — sia esso un'impresa terza, un'organizzazione *in house providing* o una società mista — è sempre responsabile nello svolgimento del servizio pubblico dei danni arrecati agli utenti per disservizi (inadempimento *ex art. 1218, c.c.*) o altrimenti causati a terzi (art. 2043 c.c.). Può

⁹¹ Su cui v., tra gli altri, G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, cit.

⁹² L. n. 244 del 2007, cit., art. 2, comma 461.

⁹³ Si pone l'obbligatoria « previsione di un sistema di monitoraggio permanente del rispetto dei parametri fissati nel contratto di servizio e di quanto stabilito nelle Carte della qualità dei servizi, svolto sotto la diretta responsabilità dell'ente locale o dell'ambito territoriale ottimale, con la partecipazione delle associazioni dei consumatori ed aperto alla ricezione di osservazioni e proposte da parte di ogni singolo cittadino che può rivolgersi, allo scopo, sia all'ente locale, sia ai gestori dei servizi, sia alle associazioni dei consumatori ». La anzidetta attività di monitoraggio, tuttavia, non può essere oggetto di affidamento (diretto) alle associazioni dei consumatori, in quanto la normativa in questione prevede (solo) una partecipazione di tali associazioni all'attività di controllo dell'ente sul servizio pubblico. Pertanto, l'ente locale deve senz'altro favorire la partecipazione delle associazioni dei consumatori, ma senza spogliarsi dell'esercizio della funzione di monitoraggio, che concreta una sua funzione istituzionale: Corte conti, sez. reg. controllo Regione Piemonte, 7 ottobre 2010 n. 56.

altresì ravvisarsi la responsabilità amministrativa degli organi politici degli enti locali affidanti i cui comportamenti producano un danno erariale in quanto contrastanti con i principi di efficienza ⁹⁴ o per omessa vigilanza sull'operato degli amministratori della società controllata o partecipata o dell'ente *in house*.

Il mancato doveroso esercizio dell'azione sociale, poi estinta per prescrizione, da parte dell'ente locale socio nei confronti degli amministratori di una società mista gestore di servizio pubblico può dar luogo alla responsabilità amministrativa degli organi politici che hanno omesso di agire per il risarcimento del danno patito dalla società e dunque dall'ente territoriale socio ⁹⁵.

Accanto alla legittimazione del socio, sia esso l'ente locale o il socio privato, a proporre le azioni sociali ordinarie (artt. 2393 s. c.c.) e a quella del procuratore regionale presso la Corte dei conti nel promuovere l'azione di responsabilità amministrativa (art. 1, l. n. 20 del 1994), deve riconoscersi la legittimazione sostitutiva di « ciascun elettore [a] far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia » (d.lgs. n. 267 del 2000, art. 9, comma 1°). Ciascun elettore può promuovere l'azione popolare per far valere la responsabilità sociale degli amministratori delle società pubbliche, miste o degli enti *in house* dell'ente locale di cui è elettore ai sensi degli artt. 2392 s. c.c.

L'azione popolare è infatti posta nell'interesse dell'ente territoriale che è surrogato dall'elettore e non nell'interesse privato di questo (come invece avviene nel caso delle azioni collettive ⁹⁶).

È invece da escludere l'esperibilità di un'azione popolare innanzi alla Corte dei conti ove l'instaurazione del giudizio di responsabilità amministrativa per danno erariale è riservata al procuratore regionale, la cui funzione non è surrogabile con l'azione popolare ⁹⁷, salvo ipotizzare che la riserva alla procura sia in violazione dell'art. 28, Cost. ⁹⁸.

⁹⁴ Es. disponendo ricapitalizzazioni: Corte dei conti, sez. giur. Marche, 12 luglio 2005, n. 492; o imponendo scelte strategiche o produttive diseconomiche o inefficienti che determinano il dissesto economico della società controllata: Cass., sez. un., ord. 27 febbraio 2008 n. 5083; Corte dei conti, sez. giur. Lazio, 7 maggio 2008, n. 765. V. anche R. CAVALLO PERIN, *Le regole dell'organizzazione e della gestione*, in *L'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica*, a cura di H. BONURA e M. CASSANO, Giappichelli, 2011, 156.

⁹⁵ Cass., sez. un., 22 luglio 2004, n. 13702; Corte dei conti, II sez. giur. appello, 26 marzo 2002, n. 96; Corte dei conti, sez. giur. Lazio, 10 settembre 1999, n. 1015.

⁹⁶ Cfr. Cass., sez. un., 3 marzo 2003, n. 3150.

⁹⁷ Cass., sez. un., n. 3150 del 2003; Cass., sez. un., n. 179 del 2001; F. SATTÀ, *Commento all'art. 9*, in R. CAVALLO PERIN-A. ROMANO, *Commentario al Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*, cit., 65.

⁹⁸ Cfr. R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI-CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione, Etica e statuto dei funzionari pubblici*, F. Angeli, 2009, 147 e s.

Agli utenti del servizio pubblico è riconosciuta la possibilità di agire in giudizio collettivamente innanzi al giudice « al fine di ripristinare il corretto svolgimento della funzione o la corretta erogazione di un servizio » (c.d. *class action*). Tutti « i titolari di interessi giuridicamente rilevanti ed omogenei per una pluralità di utenti e consumatori possono agire in giudizio » nei confronti dei concessionari di servizi pubblici qualora « derivi una lesione diretta, concreta ed attuale dei propri interessi [...] dalla violazione degli obblighi contenuti nelle carte di servizi ovvero dalla violazione di standard qualitativi ed economici stabiliti, per i concessionari di servizi pubblici, dalle autorità preposte alla regolazione ed al controllo del settore ⁹⁹ ».

La *class action* nei confronti del gestore del servizio pubblico non può essere tuttavia proposta: 1) « se un organismo con funzione di regolazione e di controllo istituito con legge statale o regionale e preposto al settore interessato ha instaurato e non ancora definito un procedimento volto ad accertare le medesime condotte oggetto dell'azione »; o 2) se è stata promossa avanti il giudice ordinario la concorrente e alternativa azione di classe prevista dal Codice del consumo (art. 140 *bis*, d.lgs. n. 206 del 2005, cit.) per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e alla restituzione delle somme spettanti ai singoli consumatori o utenti nell'ambito di rapporti giuridici relativi a contratti stipulati ai sensi dell'art. 1342 c.c., ovvero in conseguenza di atti illeciti extracontrattuali, di pratiche commerciali scorrette o di comportamenti anticoncorrenziali, quando sono lesi i diritti di una pluralità di consumatori o di utenti.

⁹⁹ D.lgs. 20 dicembre 2009, n. 198, *Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici*, art. 1, comma 1°.