

# Il concetto di servizio pubblico locale nel d.lgs. n. 201/2022 di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica: una visione critica

Joaquín Tornos Mas\*

## 1. Il concetto di servizio pubblico locale

Che cos'è un servizio pubblico e, più specificamente, che cos'è un servizio pubblico locale? Si tratta di un concetto centrale all'interno del diritto amministrativo, che negli ultimi anni si è rinnovato grazie agli apporti del diritto comunitario. Un concetto giuridico che, come ha affermato Tomas Ramon Fernandez, si è evoluto nel tempo, ma risulta ancora confuso, perché l'ampiezza di cui si vuole dotare finisce per provocare «una nebbia che non permette di distinguere i contorni della figura»<sup>1</sup>. Più di recente, la dottrina spagnola ha affermato che «tra le maggiori carenze dell'attuale legislazione basica sugli enti locali che si ripercuotono sull'erogazione di attività e servizi pubblici c'è la mancata definizione del concetto di competenza locale e l'imprecisione della nozione stessa di servizio pubblico, che ancora oggi crea dubbi e posizioni contrastanti sulla procedura concretamente stabilita per la sua attuazione e per la modifica delle modalità di gestione»<sup>2</sup>. Anche in Italia è stato recentemente affermato che «il problema relativo alla definizione del concetto di ser-

\* Già Professore ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di Barcellona

<sup>1</sup> T.R. FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, *Del servicio público a la liberalización, desde 1950 hasta hoy*, in *Revista de administración pública* (RAP), 150, 1999, p. 57 ss.

<sup>2</sup> E. MONTROYA MARTÍN, *Algunas reflexiones sobre los servicios públicos de iniciativa económica local: balance después de diez años de aprobación de la LRSAL*, in *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época (REALA)*, 19, 2023, p. 22 ss.. Si veda anche E. MALARET GARCÍA, *Servicios públicos, funciones públicas, garantía de los derechos de los ciudadanos*, in RAP, 145, 1998, pp. 49-88. Più recentemente, N. MAGALDI, *Actividad de prestación y garantía*, nel volume collettivo, in F. VELASCO CABALLERO, M. MERCÉ DARNACULETA I GARDELLA, *Manual de derecho Administrativo*, Madrid, 2023, p. 570 afferma: «È tuttavia praticamente impossibile fornire una definizione accettata dalla maggioranza della dottrina di ciò che si deve intendere con l'espressione "servizio pubblico"». La suddetta autrice propone quindi di abbandonare questo concetto e di parlare di «attività di prestazione e garanzia».

vizio pubblico locale è strettamente connesso a quello che coinvolge la nozione stessa di servizio pubblico in generale, ed appare anch'essa tra quelle più tormentate cui la scienza del diritto amministrativo ha dedicato particolare attenzione»<sup>3</sup>.

La difficoltà di costruire una precisa nozione giuridica di servizio pubblico risiede probabilmente nella natura marcatamente politica di questo concetto, considerato che il servizio pubblico è stato legato alla finalità stessa dei poteri pubblici, in particolare dalla dottrina francese. In ogni caso, ciò che è certo è che ci troviamo di fronte a un concetto impreciso e diversificato all'interno dei Paesi europei. Tuttavia, tale imprecisione non deve indurci a rinunciare a ricercarne una definizione, in quanto si tratta di un concetto direttamente legato allo scopo dei poteri pubblici di garantire la prestazione di servizi essenziali per la vita dei cittadini e della comunità, scopo che legittima la loro esistenza, e anche l'esistenza del diritto pubblico.

La recente approvazione in Italia del decreto legislativo di Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica del 23 dicembre 2022, n. 201, in cui la nozione di servizio pubblico locale è direttamente collegata alla definizione europea di servizio di interesse economico generale (SIEG), costituisce l'occasione per confrontare questo concetto con la disciplina dei servizi pubblici locali in Spagna e per svolgere alcune considerazioni sulla scelta del legislatore italiano di utilizzare un concetto giuridico – quello di SIEG – che, a nostro avviso, pone problemi importanti se applicato alla necessaria costruzione giuridica di ciò che i servizi pubblici locali dovrebbero essere nella società odierna.

## ***2. I servizi pubblici locali nel diritto spagnolo***

L'attuale legge generale in materia di governo locale, la l. n. 7/1985 del 2 aprile 1985 (*Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, LBRL), definisce i servizi pubblici locali in modo molto ampio. Così, il primo comma dell'articolo 25 stabilisce che «il Comune, per la gestione dei propri interessi e nell'ambito delle proprie competenze, può promuovere attività ed erogare servizi pubblici che contribuiscano a soddisfare i biso-

<sup>3</sup> M. DUGATO, *Servizi pubblici locali*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici III, Torino, 2022, p. 1086.

gni e le aspirazioni della comunità locale nei termini stabiliti dal presente articolo». D'altra parte, l'articolo 85 stabilisce che «i servizi pubblici locali sono quelli prestati dagli enti locali nell'ambito delle loro competenze». Pertanto, il concetto di servizio pubblico utilizzato dalla LBRL equivale a tutte le attività che il Comune può esercitare in virtù delle proprie competenze per soddisfare i bisogni e le aspirazioni della comunità locale. In realtà, questo concetto ampio non consente di individuare un regime giuridico specifico per le varie attività che possono rientrarvi. Per questo motivo, la legge stessa e la giurisprudenza hanno cercato di costruire un concetto più preciso di cosa si debba intendere per servizio pubblico locale e delle diverse forme di erogazione dei servizi ai cittadini. Da un lato, la stessa legge stabilisce una serie di servizi obbligatori<sup>4</sup>. In questo modo, la legge fondamentale sul governo locale determina con precisione quali servizi devono essere forniti dai Comuni (con un regime differenziato a seconda della popolazione). Si tratta di servizi riservati

<sup>4</sup> L'art. 26 stabilisce che «1. I comuni devono assicurare, in ogni caso, i seguenti servizi:

a) In tutti i comuni: illuminazione pubblica, cimitero, raccolta dei rifiuti, pulizia delle strade, erogazione di acqua potabile per uso domestico, fognature, accesso ai centri abitati e pavimentazione delle strade pubbliche.

b) Nei comuni con una popolazione superiore a 5.000 abitanti, inoltre: parco pubblico, biblioteca pubblica e trattamento dei rifiuti.

c) Nei Comuni con una popolazione superiore ai 20.000 abitanti, inoltre: protezione civile, valutazione e informazione sulle situazioni di bisogno sociale e attenzione immediata alle persone in situazione o a rischio di esclusione sociale, prevenzione ed estinzione degli incendi e impianti sportivi pubblici.

d) Nei comuni con una popolazione superiore a 50.000 abitanti, inoltre: trasporto pubblico urbano di passeggeri e ambiente urbano.

2. Nei comuni con una popolazione inferiore a 20.000 abitanti, la Giunta provinciale (l'organo di governo della Provincia) o un organo equivalente coordinerà la fornitura dei seguenti servizi:

a) Raccolta e trattamento dei rifiuti.

b) Fornitura di acqua potabile alle famiglie e smaltimento e trattamento delle acque reflue.

c) Pulizia delle strade.

d) Accesso ai centri abitati.

e) Pavimentazione delle strade urbane.

f) Illuminazione stradale».

L'articolo 86.2 stabilisce poi che «le seguenti attività o servizi essenziali sono dichiarati riservati a favore degli Enti Locali: fornitura e depurazione dell'acqua domestica; raccolta, trattamento e utilizzo dei rifiuti; trasporto pubblico di passeggeri, in conformità con le disposizioni della legislazione settoriale applicabile. Lo Stato e le Comunità autonome, nell'ambito delle rispettive competenze, possono stabilire per legge una riserva identica per altre attività e servizi.

L'effettivo svolgimento di queste attività in regime di monopolio richiede, oltre all'approvazione dell'assemblea plenaria dell'ente locale corrispondente, l'approvazione dell'organo competente della Comunità Autonoma».

agli enti locali, esclusi in linea di principio dal mercato (servizi pubblici in senso stretto). La loro prestazione è un obbligo dell'autorità locale, che ha la responsabilità di garantire che essa avvenga secondo i principi di economicità, qualità e continuità.

Pertanto, la legge crea servizi obbligatori che sono esclusi dal mercato. I cittadini possono richiedere l'effettiva prestazione di questi servizi all'autorità locale, che è titolare del servizio e responsabile della sua erogazione. L'articolo 18.1.g stabilisce che «1. I diritti e i doveri dei residenti sono: g) Richiedere la prestazione e, se del caso, l'istituzione del servizio pubblico corrispondente, nel caso in cui esso costituisca una competenza comunale di natura obbligatoria». Se il Comune non dà seguito alla richiesta del cittadino, adducendo una mancanza di fondi di bilancio, il cittadino può impugnare i successivi bilanci comunali per chiedere che vengano inseriti i fondi necessari per la erogazione del servizio richiesto. Secondo questi precetti, il servizio pubblico locale può essere identificato con il servizio pubblico soggettivo, in quanto riservato esclusivamente alla titolarità locale<sup>5</sup>. L'aspetto importante è che questo concetto ha due conseguenze giuridiche rilevanti. Un'attività economica è stata esclusa dal mercato e la responsabilità della sua erogazione in condizioni di economicità, continuità e qualità spetta all'autorità locale. D'altra parte, la sua forma di gestione può essere diretta o indiretta, in quest'ultimo caso, attraverso le procedure di evidenza pubblica tipiche dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione. In questo modo, l'esclusione dell'attività dal mercato consente la concorrenza attraverso il mercato. L'articolo 85 elenca poi le diverse forme di gestione dei servizi pubblici locali<sup>6</sup>, permettendo di distinguere tra due diversi momenti che riguar-

<sup>5</sup> Nella dottrina spagnola, la nozione soggettiva, che identifica il servizio pubblico con un'attività di titolarità dell'amministrazione, è quella maggioritaria: v. J. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de derecho administrativo I*, 2ª ed., Madrid 2009, p. 304; M. SÁNCHEZ MÓRON, *Derecho administrativo*. Parte General, 7ª ed., Madrid 2011, p. 766; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *Sistema de derecho administrativo*, 1ª ed. Cizur Menor, 2012, p. 420; J. ESTEVE PARDO, *Lecciones de derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, 2013. In precedenza, lo stesso concetto di servizio pubblico si trova nell'opera di F. GARRIDO FALLA, *El concepto de servicio público en el derecho español*, in *RAP*, 135, 1994, p. 21.

<sup>6</sup> «1. I servizi pubblici locali sono quelli forniti dagli enti locali nell'ambito delle loro competenze.

2. I servizi pubblici di competenza locale devono essere gestiti nel modo più sostenibile ed efficiente tra quelli elencati di seguito:

A) Gestione diretta:

dano il rapporto tra il settore pubblico e quello privato: la creazione del servizio e la determinazione della sua modalità di erogazione. Da un lato, la creazione di un servizio pubblico riservato ai Comuni esclude queste attività di servizio dal mercato, ma il settore privato può accedere alla gestione di queste attività attraverso un contratto pubblico. Secondo l'attuale legislazione spagnola sugli appalti, la l. n. 9/2017, l'accesso può avvenire attraverso un contratto di concessione di servizi, se esiste un rischio operativo, o attraverso un appalto di servizi «che comportano servizi diretti al pubblico», disciplinato dall'articolo 312 (nella precedente legislazione sui contratti della pubblica amministrazione, entrambi i contratti erano inclusi nella categoria dei contratti di gestione di servizi pubblici).

L'articolo 284.2 della legge sui contratti specifica che «prima di procedere alla concessione di servizi, nei casi in cui si tratti di servizi pubblici, deve essere stato stabilito il suo regime giuridico, che stabilisce espressamente che l'attività in questione è assunta dalla rispettiva amministrazione come propria, determina l'ambito dei benefici a favore degli amministrati e regola gli aspetti di natura giuridica, economica e amministrativa relativi alla fornitura del servizio»<sup>7</sup>. Pertanto, le forme di gestione sono legate

- a) Gestione da parte dell'Autorità locale stessa.
- b) Ente autonomo locale.
- c) Ente pubblico economico locale.
- d) società commerciale locale, il cui capitale sociale è di proprietà pubblica.

Le forme previste alle lettere c) e d) possono essere utilizzate solo se viene dimostrato, attraverso una relazione giustificativa appositamente redatta, che esse sono più sostenibili ed efficienti rispetto alle forme previste alle lettere a) e b), a tal fine devono essere presi in considerazione i criteri di redditività economica e di recupero dell'investimento. Inoltre, la relazione che giustifica la consulenza ricevuta deve essere inclusa nel fascicolo che sarà sottoposto all'approvazione dell'Assemblea plenaria e che comprenderà le relazioni sul costo del servizio, nonché il supporto tecnico ricevuto, che dovrà essere pubblicizzato. A tal fine, si richiederà una relazione al controllore locale che valuterà la sostenibilità finanziaria delle proposte presentate, in conformità con le disposizioni dell'articolo 4 della legge organica n. 2/2012, del 27 aprile, sulla stabilità di bilancio e la sostenibilità finanziaria.

B) Gestione indiretta, attraverso le diverse forme previste per i contratti di gestione dei servizi pubblici nel testo rivisto della legge sui contratti del settore pubblico, approvata dal Regio decreto legislativo n. 3/2011, del 14 novembre».

<sup>7</sup> Nello stesso senso, l'articolo 312 lo stabilisce per gli appalti di servizi che comportano servizi diretti a favore dei cittadini: «Gli appalti di servizi che comportano servizi diretti a favore dei cittadini devono soddisfare i seguenti requisiti:

a) Prima di procedere all'appalto di un servizio di questa natura, deve essere stato stabilito il suo regime giuridico, che dichiara espressamente che l'attività in questione è assunta dalla rispet-

all'esistenza di un servizio pubblico, di un'attività a titolarità amministrativa. Solo in questo caso si discute se la gestione debba essere diretta o indiretta.

In base a quanto sopra, in linea di principio, a nostro avviso, in ambito locale è possibile parlare di servizio pubblico solo con riferimento a quelle attività economiche che sono state oggetto di riserva o di pubblicizzazione. La riserva viene effettuata in virtù del legame tra l'attività di servizio e l'interesse generale, che ne giustifica l'esclusione dal mercato e la correlativa assunzione di responsabilità per la sua erogazione da parte dell'amministrazione locale<sup>8</sup>.

In questo processo di istituzione di servizi pubblici locali, occorre fare un'ulteriore precisazione. Una volta istituito il servizio pubblico, è necessaria una successiva decisione dell'autorità locale, in virtù della quale essa decide di assumere effettivamente la prestazione del servizio, il che significa dare attuazione alla riserva ed escludere l'iniziativa economica privata: la dottrina spagnola parla al riguardo di municipalizzazione del servizio. Pertanto, un servizio pubblico locale può esistere in virtù della sua riserva legale a favore dell'ente locale, ma quest'ultimo può non averne assunto l'effettiva fornitura perché non ha effettuato la municipalizzazione, ovvero la definitiva assunzione della garanzia di questa prestazione, escludendo la libera iniziativa economica, fatta salva la successiva decisione sulla sua forma di gestione, diretta o indiretta<sup>9</sup>.

In base a questa interpretazione, si può concludere che, in linea di principio, i servizi pubblici locali sono quelli dichiarati come tali dagli articoli 26 e 86 della LBRL. Tutte queste attività materiali, secondo quanto stabilito dalla legge fondamentale del governo locale, sono servizi pubblici di titolarità e responsabilità comunale.

tiva amministrazione come propria, determini l'ambito delle prestazioni a favore delle parti amministrative e regoli gli aspetti giuridici, economici e amministrativi relativi alla fornitura del servizio.

<sup>8</sup> J. TORNOS MAS, *Liberalización de los servicios públicos locales y modalidades de acción local en los servicios liberalizados*, in *REALA*, 7, 2017 e I. DEL GUAYO CASTIELLA, *Nuevo régimen jurídico de los servicios públicos locales tras la ley n°27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local*, in *REALA*, 2, 2014.

<sup>9</sup> Nello stesso senso J. ORTEGA BERNARDO, *Competencias, servicios públicos y actividad económica de los municipios*, in *RAP*, 169, 2006, p. 67. Si veda anche P. MENÉNDEZ GARCÍA, *Una interpretación renovada de la reserva de servicios esenciales en favor de las entidades locales*, in *Revista española de derecho administrativo (REDA)*, 89, 1996, pp. 183-212.

Questo concetto di servizio pubblico in senso stretto implica l'adozione di una prima decisione che incide direttamente sul rapporto pubblico-privato, poiché istituendo un servizio pubblico, questa attività viene esclusa dal mercato. Tuttavia, ciò apre immediatamente un altro dibattito sul rapporto pubblico-privato, incentrato in questo caso sulle forme di gestione e sulla scelta tra gestione privata o pubblica. Questo dibattito si è evoluto nel tempo ed è stato segnato da tensioni ideologiche. La legislazione spagnola, come si è detto, prevede che la scelta della forma di gestione sia effettuata sulla base di criteri di efficacia ed efficienza; ma va sottolineato che di recente si è molto insistito per un ritorno alla gestione pubblica dei servizi pubblici locali (almeno di alcuni di essi, come l'approvvigionamento idrico). In breve, questo è ciò che si intende con la nuova parola d'ordine della "rimunicipalizzazione". Con questo concetto si vuole dare un nome al recupero della gestione diretta di molti servizi locali, attualmente erogati attraverso formule di gestione indiretta. È quindi più corretto parlare di questa pratica come "reinternalizzazione" dei servizi pubblici locali, poiché la modifica della modalità di gestione non implica in ogni caso una nuova municipalizzazione (ovvero, un atto di assunzione)<sup>10</sup>, in quanto questi servizi non hanno mai cessato di essere servizi a titolarità pubblica.

Sulla base di quanto detto, si può trarre una prima conclusione. Nel diritto spagnolo, i servizi pubblici locali sono attività che possono avere un contenuto economico e che fanno parte delle competenze materiali locali. Alcuni di questi servizi sono di titolarità locale, cioè sono riservati alle autorità locali dalla legge di base del regime locale e alle autorità locali è imposto l'obbligo di garantirne l'erogazione secondo il regime giuridico di un servizio pubblico. La riserva della titolarità non implica la riserva della loro gestione, poiché questa può essere effettuata direttamente o indirettamente.

Tuttavia, riteniamo che questa categoria giuridica, il servizio pubblico in senso stretto, quello creato dalla LBRL, non esaurisca tutta la realtà dei

<sup>10</sup> Su questo dibattito si veda, J. TORNOS MAS, *La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales*, in *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 58-59, 2016, pp. 32-40, e H. WOLLMANN, *La experiencia de los ordenamientos europeos ¿ un retorno a las gestiones públicas municipales?*, in *Cuadernos de derecho local*, 31, 2013, pp. 70-80.

servizi economici di interesse generale in cui intervengono gli enti locali; è dunque vero che il concetto di servizio pubblico locale è più ampio. A questo proposito, va ricordato che l'articolo 25 della LBRL esprime un concetto di servizio pubblico locale genericamente legato alle competenze locali<sup>11</sup>. Pertanto, nell'ambito materiale delle proprie competenze riconosciute dalla legge, l'ente locale può decidere che l'esercizio di alcune di queste competenze sia svolto come servizio pubblico, il che significa assumersi la responsabilità di garantire che questa particolare prestazione sia svolta alle condizioni di un servizio pubblico. In questi casi, l'elenco dei servizi pubblici locali viene ampliato. Oltre ai servizi obbligatori, istituiti e garantiti dalla legge, nei diversi comuni possono comparire servizi assunti volontariamente per decisione politica dell'autorità locale, se questa ritiene che un determinato servizio sia di interesse generale per la comunità locale. Oltre alla natura volontaria, questi servizi in linea di principio hanno anche la caratteristica di non essere servizi riservati esclusivamente all'ente locale. Saranno quindi erogati in collaborazione con il settore privato, ma non su base competitiva, bensì in un regime di titolarità pubblica tipico di un servizio pubblico. Anche questi servizi possono essere gestiti direttamente o indirettamente.

Un esempio è il caso dei parcheggi pubblici. La competenza in materia di pianificazione del traffico può giustificare la creazione di questo servizio pubblico che, in quanto tale, coesisterà con i parcheggi privati. In questo senso, la Corte Suprema si è espressa nella sentenza del 6 maggio 1999, ricorso n. 2298/1993, relatore Lescure Martín. Per la Corte, «il concetto restrittivo di servizio pubblico su cui si basa la sua argomentazione, coincidente con il significato speciale di servizio pubblico essenziale, cioè di settori di attività riservati in linea di principio, con o senza monopolio, all'iniziativa e alla gestione dell'ente pubblico (si veda

<sup>11</sup> L'articolo 25, commi 3 e 4, stabilisce che «3. Le competenze comunali nelle materie di cui al presente articolo sono determinate dalla legge e l'adeguatezza dell'attuazione dei servizi locali è valutata in base ai principi di decentramento, efficienza, stabilità e sostenibilità finanziaria. 4. La legge di cui alla sezione precedente deve essere accompagnata da una relazione economica che rifletta l'impatto sulle risorse finanziarie delle Amministrazioni pubbliche interessate e il rispetto dei principi di stabilità, sostenibilità finanziaria ed efficienza del servizio o dell'attività. La legge deve prevedere lo stanziamento delle risorse necessarie a garantire la sufficienza finanziaria degli Enti Locali senza che ciò comporti, in nessun caso, maggiori spese da parte delle Amministrazioni Pubbliche».



l'art. 128.2 CE), non è compatibile con il concetto giuridico dell'art. 85.1 della l. n. 7/1985, del 2 aprile, che regola i fondamenti del regime locale, secondo cui «i servizi pubblici locali sono quelli che tendono a realizzare i fini indicati come di competenza degli Enti Locali», evidenziando la chiara connessione che il servizio di parcheggio pubblico mantiene con la competenza sull'«organizzazione del traffico di veicoli e persone sulle strade urbane», che l'articolo 25.2 b) della stessa legge attribuisce ai Comuni. *E ciò senza dimenticare che questo stesso precetto descrive in termini generali la competenza comunale* includendovi la fornitura di «qualsiasi servizio pubblico che contribuisca a soddisfare le esigenze e le aspirazioni della comunità di quartiere», non potendo ignorare che tra le esigenze attuali della popolazione urbana vi è la fornitura di servizi di parcheggio pubblico. Per quanto riguarda la giurisprudenza, a differenza dell'unica sentenza citata nel motivo, che allude alla nozione rigorosa di servizio pubblico di cui sopra, esiste un'abbondante giurisprudenza che qualifica specificamente come servizio pubblico comunale l'attività di parcheggio pubblico fornita da privati in regime di concessione su suolo pubblico. A questo proposito, oltre alla sentenza del 27 luglio 1983 citata dal ricorrente, possono essere citate le sentenze dell'8 novembre 1990 e dell'11 marzo e 12 giugno 1991, e quelle ivi citate.

In questo caso, secondo la Corte Suprema, un servizio pubblico è «qualsiasi servizio pubblico che contribuisca a soddisfare i bisogni e le aspirazioni della comunità locale». Se c'è un interesse generale, cioè se si tratta di soddisfare i bisogni e le aspirazioni della comunità locale, possiamo riconoscere che siamo di fronte a un servizio pubblico e possiamo applicare il regime dei servizi pubblici a questa attività.

Oltre al caso dei parcheggi, si possono citare altri servizi, come la creazione di impianti sportivi nei comuni con meno di 20.000 abitanti (in quelli con più di 20.000 abitanti è un servizio pubblico obbligatorio), scuole di lingua o di musica, asili nido, centri di assistenza sociale, case per anziani o assistenza domiciliare.

Si tratta, quindi, di veri e propri servizi pubblici assunti come tali dall'autorità locale quando ritiene che la loro fornitura sia legata a uno scopo di interesse generale. Non sono obbligatori secondo la LBRL, né escludono l'iniziativa privata, ma saranno forniti in un regime giuridico di servizio pubblico e con il sostegno materiale e finanziario dell'ente locale.

Una categoria diversa è quella dei cosiddetti servizi impropri o attività regolamentate. Si tratta di servizi di interesse generale, ma che vengono forniti all'interno del mercato in conformità a regole pubbliche riguardanti l'accesso e la forma di fornitura. Non si tratta di attività di servizio pubblico, in quanto l'amministrazione non si assume la responsabilità della fornitura, né prevede l'accesso a tali servizi mediante un contratto di servizio o di concessione di servizi. Si tratta di attività private, ma nella misura in cui incidono su finalità di interesse generale, sono intensamente regolate dall'amministrazione. Non si tratta di una concessione, ma di un'autorizzazione, che deve essere rilasciata in regime di concorrenza nel caso di autorizzazioni con un numero limitato.

Un buon esempio di questa attività regolamentata è il servizio taxi. In Spagna il servizio taxi è stato regolamentato a livello statale solo nel 1964 e fin dall'inizio è stato classificato in dottrina come un servizio di interesse generale o per il pubblico. In realtà, ci troviamo di fronte a un'attività privata fortemente regolamentata perché consiste nella fornitura di un servizio che, pur non essendo un servizio pubblico, è di interesse generale, e per questo definito anche servizio pubblico improprio (concetto italiano) o servizio pubblico virtuale (concetto francese). In questo senso, il servizio taxi può essere descritto come un'attività economica al di fuori del mercato, la cui prestazione è garantita dall'amministrazione e alla quale si può accedere solo tramite autorizzazione amministrativa<sup>12</sup>. In questo senso, nella sentenza n. 921/2018 del 4 giugno, ric. ordinario n. 438/2017, la Corte di Cassazione ha affermato che «il settore dei taxi, di competenza delle amministrazioni autonome e locali, pur non essendo un servizio pubblico in senso tecnico-giuridico, è sempre stato considerato un servizio di interesse generale, soggetto a un'intensa regolamentazione (anche tariffaria e di contingentamento del numero di licenze) al fine

<sup>12</sup> Nella dottrina spagnola, cfr. R. ENTRENA CUESTA, *El servicio del taxi*, in RAP, 1958, 42 e 45; J. SOCIAS CAMACHO, *La prestación del servicio de taxi y la libertad de empresa*, in *Revista de estudios de la vida local y autonómica*, n° 284, 2000, 733 e ss. Si v. anche V.M. TENA PIAZUELO, *El transporte urbano*, in *El derecho* de J. BERMEJO VERA, *Los transportes terrestres*, Barcellona, 1999, p. 214. D'altro lato, J. BOTELLA CARRETERO, *El régimen jurídico del servicio del taxi*, Valencia 2002, pp. 409-425, descrive il servizio taxi come un'attività privata fortemente intervenuta, e M. TARRÉS VIVES, *La regulación del taxi y legislación autonómica y derecho comparado*, Barcelona, 2006, 21, afferma che il taxi è un'attività privata di interesse generale.

di garantirne la qualità e la sicurezza, con requisiti che ne rendono più onerosa la prestazione».

In ogni caso, ciò che ci interessa sottolineare è che si tratta di un'attività privata di interesse generale, soggetta a una forte regolamentazione, ma non di un servizio pubblico. Per questo motivo l'accesso a questa attività avviene tramite autorizzazione e non tramite concessione. I cittadini non hanno il diritto di richiedere questo servizio (come invece hanno il diritto di richiedere il trasporto urbano). La legislazione settoriale può regolare questo servizio e può cercare di proteggerlo dagli altri servizi di trasporto con conducente, adducendo l'esistenza di motivi imperativi di interesse generale. A questo punto, la questione è la portata dell'intervento sulle attività private dal punto di vista del diritto comunitario<sup>13</sup>.

Il regime giuridico generale di queste attività si trova negli articoli 84 e 84 *bis* della LBRL. L'autorità locale esercita la sua funzione di regolamentazione di queste attività, non garantisce la loro prestazione<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Nel diritto interno, le normative settoriali devono tenere conto delle disposizioni della l. n. 20/2013 del 9 dicembre 2013 sulla garanzia dell'unità del mercato, il cui articolo 5 stabilisce che «Le autorità competenti che, nell'esercizio dei rispettivi poteri, stabiliscono limiti all'accesso a un'attività economica o al suo esercizio, o impongono il rispetto di requisiti per lo sviluppo di un'attività, devono giustificare la loro necessità di salvaguardare un motivo imperativo di interesse generale tra quelli inclusi nell'articolo 3.11 della l. 17/2009, del 23 novembre, sul libero accesso alle attività di servizi e al loro esercizio. Qualsiasi limite o requisito stabilito in conformità con il paragrafo precedente deve essere correlato al motivo imperativo di interesse generale invocato e deve essere proporzionato in modo tale che non vi siano altri mezzi meno restrittivi o distortivi per l'attività economica». Gli articoli 16 e 17 stabiliscono le garanzie di libertà di stabilimento e di circolazione.

<sup>14</sup> Questa diversità di concetti e di regimi giuridici è stata chiaramente illustrata nella sentenza della Corte Suprema (2 marzo 1979, RJ 1979/1175), che ha stabilito una precisa delimitazione del concetto di servizio pubblico locale: «come risulta dal sistema e dal contesto della Regolamentazione dei Servizi delle Corporazioni Locali, questi Enti svolgono una triplice attività di intervento, promozione e servizio pubblico, e quest'ultimo può essere gestito direttamente dalla Corporazione o fornito tramite concessione, locazione o convenzione, ma in ogni caso, affinché un'attività possa essere considerata un servizio pubblico, non è sufficiente che fornisca un'utilità al pubblico, altrimenti il concetto verrebbe snaturato, bensì deve trattarsi di un'attività tecnica, rivolta al pubblico, fornita su base regolare e continuativa, volta a soddisfare un bisogno pubblico, e la cui titolarità è attribuita a un ente pubblico. Ciò non osta al fatto che la gestione corrisponda a un privato, tutti elementi che servono a individuare quello che non è un servizio pubblico, ma semplicemente un servizio di interesse pubblico, espressione che comprende quelle attività la cui titolarità non corrisponde a un Ente Pubblico, ma che, pur rimanendo in mano a privati, sono destinate al pubblico e in cui il pubblico è il beneficiario, sono destinate al pubblico e in cui esiste un interesse pubblico in grado di giustificare un intervento amministrativo attraverso una regolamentazione di polizia, attività, insomma, note come servizi

Un altro caso, simile al precedente, è quello dei servizi liberalizzati. In questo caso, quello che era un servizio pubblico, un'attività riservata all'autorità locale, viene restituito al mercato per essere fornito in regime di libera concorrenza. Tuttavia, poiché questa attività può mantenere il suo legame con finalità di interesse generale, l'amministrazione può regolamentare le modalità di erogazione. Questo sarebbe simile al caso dell'attività regolamentata che abbiamo appena visto. Tuttavia, la particolarità di queste attività liberalizzate è che l'autorità locale non può riconvertirle in un servizio pubblico, poiché una legge statale di base le ha poste al di fuori del regime di servizio pubblico e della competenza dell'autorità locale a riprendere questo tipo di fornitura. L'ente locale può regolamentarle, può imporre obblighi di servizio pubblico all'ente privato e può fornire questi servizi in concorrenza con il settore privato in esercizio del principio della libera iniziativa economica, su un piano di parità con le imprese private che sono entrate in questo settore, ma non può riconvertirli in servizi pubblici di proprietà locale.

Un primo esempio è il caso dei servizi funebri, che erano contemplati nell'articolo 86 della LBRL come servizi riservati a favore degli enti locali fino all'approvazione del Regio decreto l. n. 7/1996, che ha liberalizzato la fornitura di servizi funebri eliminandoli dagli articoli 26.1-c e 86.3 della LBRL<sup>15</sup>. Questo cambiamento normativo ha avuto riflesso nella regolamentazione specifica di questa attività. Così, ad esempio, la l. catalana 2/1979 sui servizi funebri è arrivata a definire questi servizi come «servizi

pubblici impropri, che non sono oggetto di un accordo attraverso una delle procedure di selezione del contraente, ma sono soggette all'ottenimento di una preventiva autorizzazione amministrativa, servizi pubblici impropri di cui all'art. 1 n. 4 del Regolamento dei Servizi. 1 n. 4 del Regolamento dei servizi (che li definisce servizi di privati destinati al pubblico) e all'art. 17 dello stesso testo normativo (dove si parla di servizi di privati destinati al pubblico). 17 dello stesso corpo normativo (dove si parla di servizi privati forniti al pubblico), chiaramente diversi, quindi, dai servizi pubblici in senso stretto, il cui affidamento deve avvenire seguendo i canali stabiliti dal Regolamento sugli Appalti degli Enti Locali, e alla luce di quanto sopra, è evidente che la semplice ed elementare attività di installazione e noleggio dell'uso di sdraio, materassini e ombrelloni non costituisce un servizio pubblico, in senso tecnico, ma semplicemente un'attività fornita da privati, di pubblica utilità, e quindi, corporativamente intervenuta».

<sup>15</sup> A questo proposito, si veda E. PARICIO RALLO, *Los servicios fúnebres en la nueva tipología de servicios municipales*, in *Quaderns de dret local (QDL)*, 33, 2013, pp. 77-89. Anche J. TORNOS MAS, *Liberalización de servicios públicos locales y modalidades de actuación local en los sectores liberalizados*, cit., pp. 103-114.

essenziali di interesse generale», ma non più come servizi pubblici, e ha modificato il regime di accesso a questa attività per le imprese private, poiché il regime di concessione è stato cambiato in quello di autorizzazione non contingentata.

Una seconda liberalizzazione ha riguardato i mercati comunali. La l. 27/2013, LRSAL, ha eliminato il riferimento ai mercati come servizi obbligatori per i comuni con più di 5.000 abitanti, come precedentemente stabilito dall'articolo 26.1-b della LBRL<sup>16</sup>.

In questo tentativo di categorizzare i concetti giuridici relativi ai servizi di contenuto economico, possiamo menzionare anche i servizi essenziali. I servizi essenziali sono menzionati nell'articolo 28 della Costituzione quando stabilisce che «è riconosciuto il diritto di sciopero dei lavoratori per la difesa dei loro interessi. La legge che regola l'esercizio di questo diritto deve stabilire le garanzie necessarie per assicurare il mantenimento dei servizi essenziali della comunità». Il precetto costituzionale ricorre a un concetto nuovo quando si tratta di stabilire i limiti del diritto di sciopero. Di fronte al dubbio se questo concetto debba essere identificato con quello di servizio pubblico, la Corte Costituzionale ha affermato che «il servizio essenziale non deve essere confuso con il servizio pubblico, avendo il primo una maggiore rilevanza a livello costituzionale ed una propria tutela nei confronti del diritto di sciopero» (SSTC 53/1986 e 8/1992)<sup>17</sup>.

Infine, dobbiamo fare riferimento al concetto di libera iniziativa economica, come attività di servizio a contenuto economico che le amministrazioni possono fornire su base competitiva e a parità di condizioni rispetto al settore privato. Questa attività esula dal concetto di servizio pubblico e dal concetto di SIEG, poiché quando si agisce in questo regime non si possono stabilire misure a favore dell'ente pubblico che limitino o con-

<sup>16</sup> Sui mercati comunali si veda M.A GONZÁLEZ BUSTOS, *El servicio municipal de mercado de abastos tras la ley 27/2013 de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la administración local*, in T.FONT LLOVET- J.J. Díez SÁNCHEZ (a cura di), *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Madrid, 2017, pp. 189-204.

<sup>17</sup> L'articolo 10 del d.l. n. 17/1997 stabilisce che «quando viene proclamato uno sciopero nelle aziende responsabili della fornitura di qualsiasi tipo di servizio pubblico o di riconosciuta e urgente necessità e sussistono circostanze particolarmente gravi, l'autorità governativa può concordare le misure necessarie per garantire il funzionamento dei servizi. Il Governo può anche adottare misure di intervento adeguate a tali scopi».

dizionino l'esercizio della libera attività privata. La Costituzione spagnola riconosce questo diritto alla libera iniziativa economica all'articolo 128. Questa iniziativa pubblica non è soggetta al principio di sussidiarietà, ma deve essere esercitata in piena concorrenza con l'iniziativa privata. In questo senso, si deve comprendere che esiste una chiara differenza tra i servizi pubblici (in cui il diritto della concorrenza subisce importanti modulazioni) e l'iniziativa economica comunale, che è pienamente soggetta al diritto generale della concorrenza. Alcune leggi regionali sul governo locale hanno approfondito la distinzione tra servizio pubblico e iniziativa economica. È il caso della legge andalusa 5/2010, dell'11 giugno, sull'autonomia locale, che distingue chiaramente tra «servizi locali di interesse generale» (art. 26) e «iniziativa economica locale», in cui l'ente locale corrispondente agisce in regime di «libera concorrenza» (art. 45.1). Analoga è la disciplina degli articoli 93 e 96 della legge basca n. 2/2016, del 7 aprile, sulle istituzioni locali<sup>18</sup>.

Quanto detto ci permette di concludere che all'interno di un concetto ampio di servizio pubblico possiamo includere diverse categorie giuridiche, con diversi regimi giuridici. Così, i servizi pubblici soggettivi sono le attività economiche di titolarità pubblica riservate all'amministrazione locale. Questa riserva può essere stabilita per legge (approvvigionamento idrico o rifiuti) o oggetto di decisione dell'autorità locale (parcheggio pubblico, palestra). Questi servizi possono essere gestiti direttamente o indirettamente. D'altro canto, esistono attività regolamentate, che non sono riservate all'amministrazione, ma il cui esercizio può essere soggetto ad autorizzazione (servizio taxi). In terzo luogo, le attività liberalizzate che possono essere soggette a obblighi di servizio pubblico, come i servizi funebri. Infine, i servizi essenziali sono quelli la cui fornitura è garantita in caso di sciopero<sup>19</sup>.

Per specificare il contenuto di queste diverse categorie, se prendiamo ad esempio il trasporto pubblico locale, possiamo distinguere tra trasporti obbligatori e riservati per legge, la cui fornitura può essere richiesta

<sup>18</sup> Riprendo i riferimenti delle leggi autonome dal lavoro di N. MAGALDI, *op. cit.*, p. 51.

<sup>19</sup> Questo contenuto plurale del concetto di servizio pubblico si trova in G. FERNÁNDEZ FARRE-RES, *El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía*, in *Justicia Administrativa*, 18, 2003, p. 12.

dai cittadini (autobus, tram, metropolitana interurbana), trasporti che un'autorità locale decide di creare come servizio pubblico (ambulanze, trasporto scolastico), servizi che saranno forniti in linea di principio in concorrenza con il settore privato ma con un regime speciale, e attività regolamentate, come i taxi. Alcune attività di trasporto potrebbero anche essere liberalizzate. Il trasporto potrebbe anche essere classificato come servizio essenziale, al fine di poter stabilire misure per regolare gli scioperi nella fornitura di questi servizi; infine, questo servizio potrebbe essere fornito in un sistema di libera iniziativa economica in concorrenza e a parità di condizioni con il settore privato (ad esempio, l'autobus turistico)<sup>20</sup>.

### ***3. Il nuovo concetto di servizio pubblico locale nella legislazione italiana. Il decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, recante la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica***

L'ordinamento italiano ha tentato di introdurre ordine e chiarezza nella disciplina dei servizi pubblici locali di natura economica con la recente approvazione del decreto legislativo del 23 dicembre 2022, n. 201. Tra i molti aspetti di interesse offerti dalla lettura di questa riforma ci interessa in particolare analizzare la nuova nozione di servizio pubblico locale che essa introduce, chiaramente collegata alla normativa comunitaria e al suo concetto di Servizio di interesse economico generale, SIEG. A nostro avviso, questo concetto, come categoria giuridica, pone una serie di problemi derivanti dalla sua finalità e dal suo ampio contenuto materiale, quando deve essere applicato alla realtà delle attività economiche di interesse generale svolte dagli enti locali, il che lo rende meno efficace quando deve essere applicato a presupposti fattuali diversi. Per questo motivo, presteremo particolare attenzione al contenuto e alla portata di questo concetto comunitario.

<sup>20</sup> La classificazione giuridica dell'attività di autobus turistico, nel senso di trasporto *hop-on hop-off*, non è chiaramente definita. A questo proposito, vale la pena sottolineare l'ordinanza della Corte di Cassazione dell'8 giugno 2023, ricorso n. 4568/2021, che ha ammesso il ricorso contro la sentenza secondo cui questo tipo di servizio può essere un servizio riservato al Comune. L'ente privato ricorrente sostiene che si tratta di un'attività economica che deve essere erogata sulla base della libera concorrenza, se necessario soggetta a una regolamentazione basata su ragioni di uso del suolo pubblico e di mobilità urbana, citando a questo proposito la sentenza della CGUE *Yellow cab*, causa C-338/09).

Il testo attuale, in realtà, ha un immediato antecedente nel tentativo operato dalla l. 7 agosto 2015, n. 124 (cd. legge Madia), di emanare un T.U. dei servizi pubblici locali di interesse economico generale, facendo riferimento al concetto comunitario di SIEG<sup>21</sup>. Il d.lgs. n. 201 del 2022 è stato emanato sulla base della delega conferita al Governo dall'articolo 8 della l. 5 agosto 2022, n. 118 (la legge annuale per il mercato e la concorrenza del 2021, circostanza non priva di significato).

Dall'articolo 1, che illustra gli elementi fondamentali del nuovo testo unico, si evincono alcuni principi che vale la pena sottolineare.

A differenza della legge spagnola sul governo locale, il decreto non stabilisce l'elenco dei servizi che devono essere considerati servizi locali, ma stabilisce i principi che dovrebbero governare l'istituzione e la gestione di questi servizi. È vero che il Titolo IV, disposizioni finali, fa riferimento a servizi specifici (i servizi di trasporto locale, i servizi idrici e di smaltimento dei rifiuti, le farmacie e la distribuzione di gas ed elettricità), rimandando alla legislazione settoriale e all'applicazione del diritto comunitario. Tuttavia, a nostro avviso, ciò che è rilevante è che un decreto legislativo il cui oggetto sono i servizi pubblici locali non stabilisca un elenco minimo di questi servizi la cui titolarità e garanzia di corretta erogazione è attribuita alle autorità locali, le cui prestazioni potrebbero quindi essere oggetto di una specifica pretesa da parte dei cittadini. In questo senso, si deve sottolineare che la legge delega del 5 agosto 2022 all'art. 8 aveva richiesto che il decreto procedesse alla «individuazione delle attività di interesse generale il cui svolgimento è necessario al fine di assicurare la soddisfazione delle esigenze delle comunità locali, in condizioni di accessibilità fisica ed economica, di continuità, universalità e non discriminazione, e dei migliori livelli di qualità e sicurezza, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale e territoriale». Questo primo articolo ha anche un particolare interesse laddove prevede due regole generali relative al regime giuridico dei servizi pubblici locali. Da un lato, un principio materiale tratto dal diritto comunitario che deve governare la creazione di servizi pubblici e la loro erogazione: il rispetto del principio di libera concorrenza. Dall'altro, un principio organizzativo,

<sup>21</sup> A questo proposito, si veda G. CAIA, *Servizi pubblici locali*, in AA.Vv., *Libro dell'anno del diritto 2017*, Roma, 2018, pp. 1-10.



che attribuisce allo Stato le funzioni di gestione, controllo e regolazione degli enti locali, al fine di raggiungere l'omogeneità nello sviluppo dei servizi pubblici e la coesione sociale e territoriale.

Ma senza dubbio uno degli aspetti più rilevanti del d.l. n. 201 del 2022 è la definizione dei servizi pubblici locali facendo riferimento al concetto comunitario di Servizio di interesse economico generale (SIEG). L'articolo 2, lettera c), definisce infatti il concetto di SIEG come segue: «servizi di interesse economico generale di livello locale» o «servizi pubblici locali di rilevanza economica»: i «servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, nonché per garantire l'uniformità dello sviluppo e la coesione sociale».

In tal modo, come si legge nel dossier del Servizio Studi del Senato della Repubblica e della Camera dei Deputati del 22 novembre 2022, il decreto identifica la nozione di «servizi pubblici locali di rilevanza economica» – espressione da tempo in uso nella legislazione italiana (si veda in tal senso il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali - TUEL), in particolare gli articoli 112 e seguenti, che sono correlativamente abrogati dalla lettera b) del comma 1 dell'articolo 36 del decreto) – con i servizi di interesse economico generale di livello locale (SIEG), di derivazione europea in quanto utilizzata nei Trattati.

Come sottolineato dalla dottrina<sup>22</sup>, nel sistema italiano era già stata rilevata la somiglianza delle due nozioni, interna e comunitaria. Così, nell'importante sentenza della Corte costituzionale del 17 novembre 2021, n. 325, era già stata affermata la sostanziale coincidenza tra la nozione comunitaria di servizi di interesse economico generale e quella interna di servizi pubblici locali di rilevanza economica. La Corte costituzionale ha affermato che le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento, invero, ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività

<sup>22</sup> M. DUGATO, *op. cit.*, p. 1091.

economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato»; b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche “fini sociali”) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini. Le due nozioni, inoltre, hanno l'identica funzione di individuare i servizi la cui gestione deve essere affidata, a tutela della concorrenza, a terzi tramite procedure competitive a evidenza pubblica. Le due nozioni, e le relative discipline, divergono, invece, nelle conclusioni della norma citata.

La Corte costituzionale riconosce la somiglianza tra la nozione comunitaria e quella nazionale, e aggiunge che entrambe mirano a proteggere la concorrenza favorendo la gestione indiretta dei servizi pubblici, ma riconosce anche le differenze tra le due nozioni.

Nel modello italiano di disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico<sup>23</sup>, essi corrispondono quindi al concetto comunitario di SIEG. Nell'ambito del concetto generale di SIEG, tuttavia, il d.lgs. n. 210 del 2022 all'articolo 2 riconosce due possibili casi di esclusione della libera iniziativa privata: quando vengano stabiliti diritti esclusivi per svolgere l'attività di prestazione, o diritti speciali (la riserva della erogazione a favore di due o più fornitori economici). Questi interventi sono considerati eccezionali e devono essere giustificati da una maggiore efficienza economica<sup>24</sup> rispetto ad altre possibili misure normative meno dannose. L'articolo 2 riconosce quindi la categoria dei servizi pubblici riservati agli enti locali, ovvero quei casi in cui l'attività economica è al di fuori del mercato e a cui l'iniziativa privata può accedere solo attraverso un titolo autorizzatorio, un contratto di gestione di servizio pubblico.

Quando «il perseguimento dell'interesse pubblico deve essere assicurato mediante l'affidamento del servizio pubblico a un unico operatore o a

<sup>23</sup> Il decreto non include i servizi che, ai sensi della normativa europea, potrebbero essere inclusi nel concetto più ampio di SIG, come l'istruzione, la sanità o i servizi sociali.

<sup>24</sup> L'attribuzione di diritti speciali o esclusivi è ammessa, in conformità al diritto dell'Unione europea, solo se indispensabile all'adempimento della funzione affidata al gestore del servizio pubblico locale di rilevanza economica, in assenza di misure meno restrittive della libertà d'impresa e sulla base di un'adeguata analisi economica. L'ente locale dà conto dell'analisi e della valutazione circa la necessità di attribuire diritti speciali o esclusivi nella deliberazione di cui all'articolo 10, comma 5.

un numero limitato di operatori, che provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione» (articolo 14), l'erogazione di tali servizi deve essere assicurata mediante una procedura che garantisca la pubblicità e la concorrenza in conformità alla normativa sugli appalti pubblici (articolo 14, paragrafo 1, lettera a), e articolo 15). In questi casi, che nell'ordinamento spagnolo sarebbero servizi pubblici in senso stretto, riservati e di titolarità locale, le forme di gestione sono quelle generalmente elencate nell'articolo 14, ossia la gestione indiretta<sup>25</sup> o la gestione diretta attraverso la creazione di una società a economia mista<sup>26</sup>, ed eccezionalmente «limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000».

La scelta della modalità di gestione non è lasciata alla discrezione dell'autorità locale. L'articolo 14, paragrafo 2, stabilisce i criteri da prendere in considerazione, che devono essere motivati nella relativa relazione di accompagnamento. Tali criteri devono tenere conto dei requisiti stabiliti dalla legislazione comunitaria.

### ***3.1 Alcune considerazioni derivanti dalla qualificazione del servizio pubblico locale di natura economica come SIEG***

La breve sintesi del contenuto del d.lgs. n. 201 del 2022 ci ha permesso di evidenziarne alcuni elementi centrali, e in particolare l'influenza del diritto comunitario e del concetto di SIEG nella legislazione italiana.

La trasposizione della nozione comunitaria nel diritto interno richiede, a nostro avviso, una attenta valutazione del contenuto giuridico della

<sup>25</sup> Articolo 15: «Gli enti locali e gli altri enti competenti affidano i servizi di interesse economico generale di livello locale secondo la disciplina in materia di contratti pubblici, favorendo, ove possibile in relazione alle caratteristiche del servizio da erogare, il ricorso a concessioni di servizi rispetto ad appalti pubblici di servizi, in modo da assicurare l'effettivo trasferimento del rischio operativo in capo all'operatore». Oltre al riferimento al diritto contrattuale, è richiesto il ricorso ad appalti in cui l'appaltatore si assume il rischio operativo.

<sup>26</sup> Anche nel caso dell'*in house*, il decreto stabilisce la preferenza a favore della gestione indiretta: «gli enti locali e gli altri enti competenti adottano la decisione di affidare il servizio sulla base di una motivazione qualificata che tiene espressamente conto delle ragioni del mancato accesso al mercato al fine di garantire una gestione efficiente del servizio».

stessa<sup>27</sup>. Come è noto<sup>28</sup>, infatti, la creazione di un mercato unico con l'obiettivo di favorire la concorrenza interna e consentire la formazione di grandi imprese comunitarie ha portato all'imposizione di un processo interno di liberalizzazione dei servizi pubblici, basato sulla convinzione che in un mondo globalizzato fosse necessario favorire la creazione di grandi imprese di servizi e che il mercato potesse garantire le prestazioni di questi servizi pubblici, mentre la concorrenza ne avrebbe migliorato la qualità e il prezzo. Ciò ha portato alla liberalizzazione della telefonia, della televisione, dei servizi postali, della fornitura di gas ed elettricità, dei trasporti, dei servizi postali ed altro. Il diritto comunitario non parla di servizi alla persona (sanità, istruzione, servizi sociali), poiché questi erano forniti in regime di monopolio e non sono considerati, in un primo momento, di competenza delle istituzioni comunitarie<sup>29</sup>.

La liberalizzazione, tuttavia, non significa che questi servizi perdano la loro natura di servizi di interesse generale per i consumatori e gli utenti. Per questo motivo, dopo la liberalizzazione, il diritto comunitario ha sviluppato il concetto di servizi economici di interesse generale, che può includere quelle attività economiche che hanno una natura di servizi e uno scopo di interesse generale. La legge si preoccupa di aprire il mercato e di garantire la concorrenza, ma non vuole abbandonare i cittadini quando il mercato non garantisce l'accesso ai servizi di interesse generale in condizioni di uguaglianza e di economicità. In questi casi, le regole della concorrenza possono essere modulate, in quanto sono ammessi i fallimenti del mercato. Se le finalità di interesse generale non sono garantite dal funzionamento di un mercato dominato dalle regole

<sup>27</sup> La necessità di ricorrere ai concetti comunitari senza dimenticare la singolarità dei concetti propri del diritto interno è stata difesa, tra gli altri, da D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi economici di pubblica utilità*, in *Diritto pubblico*, 1999, p. 371 ss. In tal senso anche E. BRUTI LIBERATI, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale nelle riflessioni di Domenico Sorace*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2020, pp. 533-549.

<sup>28</sup> Si veda il mio lavoro *El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario*, in *RAP*, 200, 2016, pp. 193-211.

<sup>29</sup> Il riferimento a questi diritti della persona compare nell'articolo 2 del Trattato sull'Unione europea: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

della libera concorrenza, si possono stabilire delle eccezioni, che però hanno l'unico scopo di garantire tali finalità di interesse generale.

Questo è il significato dell'*ex* articolo 86 del Trattato CE e dell'attuale articolo 106 del TFUE: «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata»<sup>30</sup>.

Ciò dà origine al concetto comunitario di SIEG, costruito sulla base degli articoli 14 e 106 del TFUE. Si tratta di un concetto ampio, che comprende tutti i servizi economici la cui prestazione è legata a finalità di interesse generale. Questo legame con l'interesse generale è ciò che consente un'eccezione al regime generale di libera concorrenza, nei casi in cui questa impedisca l'adempimento della missione specifica di gestione dei servizi di interesse generale.

La CGUE ha chiarito la portata del concetto di SIEG. Da un lato, ha sottolineato che gli Stati membri hanno il potere di definire l'ambito di applicazione e l'organizzazione dei SIEG, ma tale potere non è illimitato e deve essere conforme al diritto dell'Unione. A questo proposito, la CGUE ha precisato che le deroghe alle norme del Trattato sono ammesse solo se necessarie all'esecuzione di un compito specifico affidato a un'impresa incaricata della gestione di un SIEG (sentenze del 7 novembre 2018, causa C-171/17, cdo. 52 e del 30 settembre 2020, causa C-817/18, cdo. 95 a 99). A questo proposito, ha evidenziato la necessità di specificare gli obblighi di servizio pubblico per riconoscere l'esistenza di un SIEG e, quindi, la possibilità di derogare alle regole della libera concorrenza (sentenza del 20 dicembre 2017, causa C-66/16, punti 72 e 73).

Affinché sia riconosciuta l'esistenza di un SIEG, devono quindi essere soddisfatte tre condizioni:

- 1) il servizio deve avere caratteristiche specifiche rispetto ad altre attività economiche;
- 2) il servizio deve essere prestato in adempimento di una specifica missione di servizio pubblico;

<sup>30</sup> L'attuale formulazione dell'articolo 106 del TFUE non è cambiata rispetto ai Trattati originari.

3) l'impresa deve essere incaricata di obblighi di servizio pubblico, che devono essere chiaramente definiti dal diritto nazionale.

Un esempio recente di questa dottrina si trova nella sentenza della CGUE sulla domanda di pronuncia pregiudiziale sulla conformità al diritto dell'UE di un regolamento che stabilisce misure restrittive dell'attività dei servizi di noleggio con conducente (sentenza dell'8 giugno 2023, causa C-50/21). Il conflitto tra il settore dei taxi e l'attività delle piattaforme UBER o CABIFAY, che ha dato origine alla domanda di pronuncia pregiudiziale, è sorto quando l'amministrazione ha imposto una serie di misure che limitano l'attività delle nuove piattaforme, ritenendo che un settore speciale come quello dei taxi debba essere protetto. Così, il 26 giugno 2018 l'Autorità Metropolitana di Barcellona (AMB) ha approvato un regolamento sui taxi che impone ai servizi di trasporto urbano con conducente diversi dai taxi di avere una licenza e limita il numero di queste licenze (in un rapporto di 1 a 30), oltre ad altre limitazioni sulle modalità di svolgimento dell'attività. L'AMB ha giustificato queste limitazioni sulla base della necessità di proteggere il settore dei taxi, che descrive come un servizio di interesse generale che deve essere preservato in quanto elemento importante dell'organizzazione generale del trasporto urbano nella conurbazione di Barcellona.

Nella citata sentenza, il giudice europeo si chiede se il fatto che nell'ordinamento spagnolo il servizio di taxi sia classificato come servizio di interesse generale giustifichi l'istituzione di misure restrittive alla prestazione di tale attività in conformità alla nozione di SIEG di cui all'articolo 106 del TFUE. Secondo la Corte, «non vi è alcun elemento nel fascicolo sottoposto alla Corte di giustizia che dimostri che i prestatori di servizi di taxi operanti nell'agglomerato urbano di Barcellona siano incaricati dell'esercizio di un servizio di interesse economico generale (in prosieguo: il "SIEG") ai sensi dell'articolo 106 paragrafo 2, TFUE, né che l'assenza di restrizioni alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi di trasporto con conducente ostacolerebbe, in diritto o in fatto, l'adempimento di una specifica missione di servizio pubblico affidata a tali prestatori di servizi di taxi»<sup>31</sup>. Per rafforzare la sua argomentazione, la CGUE specifica

<sup>31</sup> Di particolare interesse sono le considerazioni dell'Avvocato Generale nella causa del 15 dicembre 2022, in particolare i nn. 63-66.

cosa si debba intendere per SIEG in conformità alla giurisprudenza sopra citata, e in particolare afferma che, affinché esista un SIEG, le imprese beneficiarie devono essere effettivamente incaricate dell'adempimento di obblighi di servizio pubblico e tali obblighi devono essere chiaramente definiti nel diritto nazionale, il che presuppone l'esistenza di uno o più atti di autorità pubblica che definiscano con sufficiente precisione almeno la natura, la durata e la portata degli obblighi di servizio pubblico che incombono alle imprese incaricate dell'adempimento di tali obblighi.

Nel caso dei taxi, la CGUE ritiene che essi non forniscano un servizio economico di interesse generale e che pertanto il TFUE 106 non possa essere applicato. La CGUE ritiene che i taxi siano un'attività fortemente regolamentata, ma a cui non è stata assegnata una specifica missione di servizio pubblico da atti dell'autorità pubblica; di conseguenza, la CGUE afferma che «per quanto riguarda, più specificamente, l'obiettivo di garantire la qualità, la sicurezza e l'accessibilità dei servizi di taxi, dal fascicolo sottoposto alla Corte di giustizia emerge, innanzitutto, che l'attività dei servizi di taxi è fortemente regolamentata, in quanto tali servizi sono soggetti, in particolare, a diritti di licenza, a tariffe regolamentate, all'obbligo di trasporto universale e all'accessibilità per le persone a mobilità ridotta. Alla luce di queste caratteristiche, il servizio di taxi è considerato, in particolare dall'AMB, un "servizio di interesse generale" che merita di essere preservato in quanto elemento importante dell'organizzazione generale del trasporto urbano nella conurbazione di Barcellona». Ma aggiunge che «la circostanza che l'attività di servizio di taxi presenti le caratteristiche indicate al punto 66 della presente sentenza e sia pertanto fortemente regolamentata non dimostra che l'interesse di tale attività presenti caratteristiche specifiche rispetto a quelle di altre attività economiche, ai sensi della giurisprudenza citata al punto 77 della presente sentenza, né che i prestatori di servizi di taxi siano stati incaricati di una specifica missione di servizio pubblico da atti dell'autorità pubblica sufficientemente precisi al riguardo» (cfr. punto 81). La CGUE ritiene che il fatto che i taxi siano soggetti a un'intensa regolamentazione per garantirne la qualità, la sicurezza e l'accessibilità non implichi di per sé che essi siano incaricati della fornitura di un servizio pubblico, poiché tale obbligo deve essere chiaramente definito nel diritto nazionale. Pertanto, per la CGUE, il taxi non è un SIEG, ma un'attività regolamen-

tata. Un SIEG può essere un servizio di ambulanza, soggetto a specifici obblighi di servizio pubblico, ma non un taxi, che opera all'interno di un quadro regolamentato ma non deve rispettare specifici obblighi di interesse generale. Questo quadro regolamentato dovrà rispettare i criteri della direttiva 123/2006, ove opportuno.

Un'altra importante manifestazione della dottrina della CGUE in materia di SIEG si trova nelle sentenze in cui essa insiste sulla necessità di applicare in modo proporzionato le misure che limitano la libera concorrenza. Tali misure devono essere giustificate e proporzionate al raggiungimento di obiettivi di interesse generale e devono essere applicate le misure meno restrittive per il libero esercizio dell'attività economica. Questa dottrina è stata recentemente ribadita nella sentenza del 18 gennaio 2023, causa C-292/21. L'oggetto del dibattito erano i corsi per il recupero dei punti persi sulla patente di guida. Le imprese che svolgono questa attività economica rispondono a uno scopo di interesse generale, sono un SIEG. Ma la Corte si chiede se il servizio debba essere fornito mediante una concessione di servizi. Al punto 67 si legge: «né si può escludere che tale obiettivo possa essere raggiunto mediante un sistema di autorizzazione amministrativa anziché mediante un servizio pubblico da fornire in concessione».

Il concetto comunitario di SIEG può quindi comprendere diverse categorie giuridiche<sup>32</sup>. In ogni caso, deve trattarsi di un'attività di servizio di natura economica, legata a uno scopo di interesse generale, il cui esercizio è stato subordinato all'imposizione di una specifica missione di servizio pubblico. Ma il modo per realizzare questa specifica missione

<sup>32</sup> Aggiungiamo un'ultima considerazione. Il concetto di servizio di interesse generale compare anche nella direttiva 123/2006. In questo caso, tale concetto può giustificare l'istituzione di misure che limitano l'accesso alle attività economiche (autorizzazione) e il loro esercizio. Tuttavia, nella direttiva 123/2006 le misure restrittive sono giustificate dalla concomitanza di motivi imperativi di interesse generale, ossia da altre finalità concomitanti di interesse generale che devono essere tutelate, come l'ambiente, la mobilità o simili. Nel caso dei SIEG, le misure che limitano la libera iniziativa economica rispondono all'esigenza di poter realizzare la fornitura di servizi di interesse generale, che è l'obiettivo di un servizio pubblico. Pertanto, l'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 123/2006 afferma che essa non riguarda la liberalizzazione dei SIEG e l'articolo 1, paragrafo 3, afferma che essa non pregiudica la libertà degli Stati di definire i SIEG. In questo senso, nelle conclusioni dell'Avvocato generale nella causa C-50/21, pur negando che il taxi sia un SIEG, ammette che si possano stabilire limitazioni all'attività per motivi imperativi di interesse generale, come la protezione dell'ambiente urbano o la sicurezza stradale, CD. 75.



deve essere il meno oneroso per l'attività di libero mercato e, quindi, può essere l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, l'obbligo di un'autorizzazione regolamentata per accedere al servizio o l'obbligo di un contratto di concessione poiché l'attività è stata riservata al settore pubblico.

A nostro avviso, questa ampia portata del concetto di SIEG è dovuta al fatto che la costruzione comunitaria di questa categoria giuridica non mira a costruire un concetto di servizio pubblico, stabilendo in quali casi questa categoria può essere riconosciuta quale regime giuridico è applicabile ad essa. Il suo scopo è piuttosto quello di consentire di derogare alle norme sulla concorrenza se ciò è necessario per garantire la finalità d'interesse pubblico: deroga che deve essere eccezionale e proporzionata. Il concetto di SIEG è stato concepito per consentire di derogare gradualmente e con intensità limitata a quello che è il principio generale del diritto comunitario: la libera iniziativa privata nelle attività economiche. Analogamente, l'articolo 14 del TFUE, situato all'interno delle disposizioni generali del Trattato, stabilisce che «fatti salvi l'articolo 4 del Trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente Trattato, e tenuto conto del posto occupato dai servizi di interesse economico generale tra i valori comuni dell'Unione, e del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, nell'ambito delle rispettive competenze e nel campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, a fornire, commissionare e finanziare tali servizi».

Come abbiamo visto, le eccezioni alla libera concorrenza possono variare di intensità. Possono andare dai regimi di aiuti di Stato o dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico alle imprese private che operano in un mercato liberalizzato, alla riserva di alcuni servizi alle autorità locali in un regime pubblico al di fuori del mercato. Questi diversi regimi giuridici rientrano nel concetto di SIEG.

Pertanto, il concetto comunitario di SIEG, di cui all'articolo 106 del TFUE, non è volto a stabilire quali attività di competenza locale siano servizi

pubblici, poiché il suo scopo è quello di difendere la libera concorrenza *in tutte le attività di contenuto economico*, pur consentendo, in via eccezionale, che se vi sono finalità di interesse generale legate a tali attività che non sono garantite dal mercato, si possano stabilire eccezioni al principio della libera concorrenza, ma sempre in modo proporzionato e cercando di garantire che le limitazioni alla libera concorrenza siano le meno intense possibili. All'interno di questo concetto di SIEG, esiste una gradazione di misure che limitano la libera concorrenza, che può dar luogo a forme quali il servizio pubblico istituito per legge e obbligatorio, il servizio facoltativo dell'ente locale, l'attività regolamentata o il servizio liberalizzato a cui sono imposti obblighi di servizio. Tutte queste forme giuridiche rientrano nel concetto di SIEG, ma ognuna di esse ha un regime giuridico diverso.

Alla luce di questa ricostruzione, l'uso di questa categoria giuridica, che a nostro avviso è estranea allo scopo e al concetto tradizionale di servizio pubblico, nel d.lgs. n. 201 del 2022, potrebbe sollevare una serie di problemi giuridici al momento della sua applicazione concreta.

Come si è detto, l'obiettivo centrale del concetto di SIEG è quello di difendere la concorrenza, in quanto le limitazioni a questa libertà, stabilendo riserve a favore dell'amministrazione o imponendo obblighi di servizio pubblico, sono eccezionali. Questo quadro normativo comunitario rimanda di fatto al legislatore interno, che dovrebbe specificare quali servizi pubblici locali istituire in conformità alle norme comunitarie. Tuttavia, il d.lgs. 201 del 2022 non è interessato a stabilire un elenco di attività economiche la cui erogazione è riservata all'amministrazione locale, e si limita a fare riferimento alla categoria dei SIEG, come categoria che può eccezionalmente giustificare una limitazione nell'accesso a determinate prestazioni o nelle modalità di erogazione. Il decreto legislativo ammette la riserva di servizi agli enti locali per legge o per assunzione da parte dell'ente locale, ma sottopone quest'ultimo potere a importanti limiti sostanziali e formali. In un testo relativo agli enti locali, l'interesse per la difesa della libera iniziativa privata sembra prevalere sul riconoscimento del ruolo degli enti locali nel garantire i diritti di accesso dei cittadini ai servizi pubblici richiesti dalla società odierna.

All'interno del concetto di SIEG possono esistere diverse realtà, che saranno soggette a diversi regimi giuridici. Così, il decreto legislativo

riconosce la categoria dei servizi riservati o di titolarità degli enti locali come servizi riservati e speciali. In questi casi, la prestazione di questi servizi da parte di un'azienda privata richiede un'autorizzazione di natura contrattuale. Tuttavia, il concetto di SIEG comprende anche i servizi liberalizzati, ovvero quei servizi che sono stati restituiti al mercato ma che, a causa del loro legame con finalità di interesse generale, sono soggetti a regolamentazione amministrativa e la cui fornitura può essere soggetta ad autorizzazione preventiva e ad obblighi di servizio pubblico. È questo il caso a cui fa riferimento l'articolo 12 del d.lgs. 201 del 2022 quando tratta dei casi in cui la prestazione del servizio può essere garantita dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico, senza restrizioni sul numero di soggetti autorizzati. Il precetto citato afferma che: «nei casi in cui, in esito alla verifica di cui all'articolo 10, comma 4, risulti necessaria l'istituzione di un servizio pubblico per garantire le esigenze delle comunità locali, l'ente locale verifica se la prestazione del servizio possa essere assicurata attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori, senza restrizioni del numero di soggetti abilitati a operare sul mercato, dandone adeguatamente conto nella deliberazione di cui all'articolo 10, comma 5, in quella sono indicate le eventuali compensazioni economiche»<sup>33</sup>.

Il concetto di SIEG, che di fatto si concentra sul suo interesse a difendere il mercato, trascura in parte la posizione centrale della comunità locale e gli interessi dei cittadini e degli utenti in quanto destinatari di questi servizi di interesse generale. Così, il decreto legislativo non riconosce l'accesso a questi servizi di titolarità locale come un diritto pubblico soggettivo, oggetto di una pretesa dinnanzi all'autorità locale nel caso di un servizio di titolarità locale, per il quale essa si assume la responsabilità, come avviene in Spagna, come spiegato sopra. Un diritto che può essere tutelato in sede giurisdizionale, se l'autorità locale non esegue la prestazione richiesta alle condizioni di un servizio pubblico.

Dal punto di vista del cittadino o dell'utente, la sua posizione è diversa a seconda che il servizio sia fornito da un concessionario di servizi pubblici o da un'impresa soggetta a obblighi di servizio pubblico. Nel primo caso,

<sup>33</sup> L'articolo 11, che riguarda gli utilizzatori di prestazioni, è una questione diversa.

infatti, gli obblighi del prestatore del servizio sono stabiliti nel contratto e l'utente può chiedere che il servizio venga erogato dall'amministrazione responsabile del servizio, che può agire contro il concessionario esercitando le proprie prerogative contrattuali o le disposizioni del contratto, a seconda dei casi. Nel caso di servizi liberalizzati di interesse generale, il cittadino può richiedere il rispetto degli obblighi di servizio pubblico, ma in conformità con le norme di tutela dei consumatori (direttiva 2013/11/UE del 21 maggio). Così, ad esempio, le aziende liberalizzate che operano nel mercato dell'energia possono essere obbligate a garantire l'accesso alla fornitura di elettricità alle persone in situazione di povertà energetica. La direttiva 2009/72/CE afferma nel considerando 50: «Gli obblighi di servizio pubblico, compreso il servizio universale, e le relative norme minime comuni dovrebbero essere rafforzati per garantire che tutti i consumatori, in particolare quelli vulnerabili, possano beneficiare della concorrenza e di prezzi equi. Gli obblighi di servizio pubblico a livello nazionale dovrebbero essere definiti tenendo conto delle circostanze nazionali, nel rispetto del diritto comunitario da parte degli Stati membri. I cittadini dell'Unione e, laddove gli Stati membri lo ritengano opportuno, le piccole imprese dovrebbero poter beneficiare degli obblighi di servizio pubblico, in particolare per quanto riguarda la 06/112L N sicurezza dell'approvvigionamento e prezzi ragionevoli». Il decreto 201 del 2022 si limita a ricordare l'obbligo di redigere carte dei servizi (art. 25), il cui contenuto è legato al contratto di gestione del servizio, e la possibilità per l'utente di promuovere la risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 29).

Come abbiamo detto, il concetto di SIEG mira a consentire alle autorità pubbliche di effettuare una scala di intervento sui servizi di contenuto economico, da un'intensità minore a una maggiore, al fine di realizzare oggetti di interesse generale legati a determinati servizi economici quando il mercato non garantisce il raggiungimento di tali fini.

Ma la realtà è che il decreto legislativo non si concentra sulla determinazione dei servizi pubblici a titolarità locale, bensì sulla regolamentazione delle forme di gestione dei servizi pubblici che possono essere istituiti, in particolare quelli in cui l'attività di erogazione del servizio è al di fuori del mercato, ma che possono essere gestiti indirettamente attraverso un contratto di diritto pubblico. Si tratta dei servizi di diritto esclusivo o

di diritto speciale (articolo 2, paragrafo 1, lettere e) ed f)). Ciò emerge chiaramente dall'articolo 14, che nel disciplinare le possibili forme di gestione dei servizi stabilisce che «tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione». È in questi casi che il Decreto Legislativo stabilisce le possibili modalità di gestione di un servizio riservato, che possono essere la gestione diretta (società a economia mista, *in house* o azienda speciale) o la gestione indiretta tramite concessione o appalto di servizi, favorendo la prima (articolo 15). Nel contratto di servizio di cui all'articolo 24 devono essere stabiliti gli obblighi di servizio pubblico, deve essere garantito l'equilibrio economico e finanziario e deve essere imposto il progressivo miglioramento delle condizioni del servizio.

Oltre a questi casi, come abbiamo detto, in cui si intende che la salvaguardia dell'interesse pubblico debba essere assicurata mediante l'affidamento del servizio pubblico ad un unico operatore o ad un numero limitato di operatori tramite un contratto, è possibile che lo scopo di interesse generale legato ad un'attività economica non richieda un intervento così intenso come l'istituzione di un servizio pubblico in senso stretto e sia sufficiente regolare il settore e imporre obblighi di servizio pubblico<sup>34</sup>. Ciò è previsto dall'articolo 12 nei seguenti termini: «nei casi in cui, in esito alla verifica di cui all'articolo 10, comma 4, risulti necessaria l'istituzione di un servizio pubblico per garantire le esigenze delle comunità locali, l'ente locale verifica se la prestazione del servizio possa essere assicurata attraverso l'imposizione di obblighi di servizio pubblico a carico di uno o più operatori, senza restrizioni del numero di soggetti abilitati a operare sul mercato, dandone adeguatamente conto nella deliberazione di cui all'articolo 10, comma 5, in cui sono indicate le eventuali compensazioni economiche».

<sup>34</sup> Sugli obblighi di servizio pubblico si veda. M. DUGATO, *op. cit.*, p. 1110.

Dopo aver stabilito le possibili forme di gestione nel caso dei servizi pubblici in senso stretto, l'articolo 14 del decreto legislativo è particolarmente interessato a determinare la preferenza per le forme di gestione indiretta. Tale finalità si basa sul principio di sussidiarietà orizzontale<sup>35</sup> che svolge un ruolo importante nella dialettica pubblico-privato a favore del settore privato<sup>36</sup>. La preferenza per la gestione privata è quindi imposta nella legislazione settoriale sui servizi pubblici e anche nel d.lgs. n. 201 del 2022. All'articolo 14, la scelta della modalità di gestione è legata a criteri di efficacia ed efficienza e di sostenibilità economica delle finanze locali (comma 2). Ma all'articolo 17, dove si fa riferimento alla gestione diretta in forma di società *in house*, si stabilisce che per ricorrere a questa modalità di gestione deve esserci una qualificata motivazione che dia espressamente conto della ragione del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio. Nella stessa ottica, l'articolo 18 favorisce i partenariati con gli enti del terzo settore.

Infine, vorremmo sottolineare che il decreto legislativo incide anche sull'organizzazione dei servizi pubblici locali in una prospettiva territoriale, ricorrendo in questo caso al principio di sussidiarietà verticale. Questo principio ha imposto una riflessione sull'opportunità o meno di mantenere la proprietà e la gestione dei servizi pubblici a livello locale, tenendo conto di criteri quali la disponibilità delle migliori risorse e l'efficienza della fornitura di tali servizi. Sulla base di questi approcci, il potere di organizzazione è stato portato a livelli territoriali superiori a quello dei Comuni e il potere di regolazione è stato affidato ad Autorità di regolazione indipendenti, separate dal potere territoriale<sup>37</sup>.

In applicazione di questo principio, si era già cercato di promuovere forme associative pluricomunali, di rafforzare i poteri del livello provin-

<sup>35</sup> Questo principio è espressamente richiamato nell'articolo 3, all'interno del riferimento ai principi generali del servizio pubblico locale. Tale principio è richiamato anche all'articolo 10.2: «ai fini del soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali, gli enti locali favoriscono, in attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale, l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, e delle imprese, anche con apposite agevolazioni e semplificazioni».

<sup>36</sup> V.N. AICARDI, *La sussidiarietà nella funzione di organizzazione dei servizi pubblici locali tra norma generale e di settore*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile*, Vol. I, *Studi introduttivi*, Bologna, 2018, pp. 69-93.

<sup>37</sup> N. AICARDI, *op. cit.*, p. 79 ss.

ciale, di creare ambiti territoriali ottimali in base alle diverse realtà di ogni servizio e di dare maggiori poteri normativi alle Autorità di regolazione<sup>38</sup>. Anche il decreto legislativo è in linea con questi approcci. L'articolo 5 stabilisce meccanismi di incentivazione dei raggruppamenti, con particolare riferimento al ruolo delle città metropolitane e dei raggruppamenti volontari, al fine di realizzare economie di scala o di scopo idonee a massimizzare l'efficienza del servizio. Lo stesso articolo richiama il ruolo che la Provincia può svolgere nell'esercizio delle sue funzioni di supporto e coordinamento rispetto ai Comuni<sup>39</sup> nonché la possibilità e la convenienza di creare ambiti territoriali ottimali nelle norme di settore.

#### 4. *Considerazioni conclusive*

La costruzione giuridica del concetto di servizio pubblico è stata strettamente legata, come in tutto il diritto pubblico in generale, alla relazione tra gli obiettivi dello Stato e della società. Per questo motivo questo concetto, come abbiamo già detto, è difficile da definire.

Le origini dei servizi pubblici possono essere fatte risalire alla fine del XIX secolo e all'inizio del XX secolo, come diretta conseguenza dei processi di industrializzazione derivanti dalla Rivoluzione industriale e della conseguente emigrazione dalle campagne alle città<sup>40</sup>. Gli enti locali divennero i laboratori della vita collettiva e si fecero carico della fornitura di servizi considerati di prima necessità. I postulati astensionisti dello

<sup>38</sup> L'attribuzione di poteri regolatori alle Autorità indipendenti non è priva di problemi quando la loro attività si proietta non su settori liberalizzati, in modo da agire su soggetti privati, ma su settori che rimangono servizi pubblici a titolarità locale. In questo secondo caso, l'autorità di regolamentazione si impone su organismi amministrativi che sono restii a perdere i propri poteri. È il caso degli enti regolatori del ciclo dell'acqua. Le autorità locali si appellano alla loro autonomia per opporsi alla creazione di questi enti regolatori (nel caso di Spagna e Francia).

<sup>39</sup> L'articolo 9.1 ribadisce il possibile ruolo della Provincia: «Gli enti locali e le altre istituzioni pubbliche competenti collaborano per la migliore qualità dei servizi pubblici locali. Le Province svolgono le funzioni di raccolta ed elaborazione dati e assistenza tecnica ed amministrativa agli enti locali del territorio, in attuazione dell'articolo 1, comma 85, lettera d) della legge 7 aprile 2014, n. 56».

<sup>40</sup> Su questo punto rimando al lavoro di N. MAGALDI MENDAÑA, *Los orígenes de la municipalización de servicios en España*, Madrid, 2012; Id., *La legge sulla municipalizzazione dei servizi pubblici del 1903 en el origen de la municipalización de los servicios en España*, in *RAP*, 190, 2013, p. 405 ss. e *El debate sobre la municipalización de servicios en la Italia del SXX: hacia la ampliación de los fines del Estado*, in *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 2014, p. 115 ss.

Stato liberale vennero superati e le amministrazioni locali iniziarono ad assumere la responsabilità e l'esercizio diretto di alcuni servizi (approvvigionamento idrico, rifiuti, illuminazione pubblica, mercati, ecc.) e la fornitura di beni di prima necessità.

Lo sviluppo dello Stato moderno, con la necessaria costruzione di grandi infrastrutture (ferrovie, telefonia, elettricità, gas) porterà anche al coinvolgimento dello Stato nella costruzione e nella gestione di questi grandi servizi economici. A causa dei problemi di finanziamento, sia a livello statale che locale, il settore privato sarà chiamato a fornire questi servizi, che continueranno a essere forniti dallo Stato o dalle autorità locali. Allo stesso tempo, si impone il criterio della maggiore efficienza del settore privato nella gestione delle attività economiche.

Il diritto comunitario ha determinato un nuovo cambiamento, imponendo la liberalizzazione dei grandi servizi economici per realizzare un mercato unico. D'altra parte, i cambiamenti nella produzione di beni e servizi hanno fatto sì che alcune attività abbiano perso il loro *status* di servizi pubblici (oggi, ad esempio, le fabbriche e le vendite di ghiaccio non sono più incluse tra i servizi pubblici locali).

La liberalizzazione non significa che questi servizi cessino di essere di interesse generale, ma piuttosto che si ritiene che il mercato sia in grado di far fronte a queste esigenze e che le carenze del mercato saranno compensate dal potere normativo delle autorità pubbliche e, se del caso, dall'imposizione di obblighi di servizio pubblico. Il potere normativo può essere affidato ad autorità di regolamentazione indipendenti. Il concetto di servizio pubblico viene ampliato per includere qualsiasi attività economica di interesse generale, indipendentemente da chi la possiede e la svolge, se è soggetta a programmi e controlli che la orientino verso finalità di interesse generale.

Negli ultimi anni si è assistito a una ripresa del dibattito a favore della riserva di alcuni servizi all'amministrazione locale<sup>41</sup>, nonché della loro gestione diretta, chiedendone, come detto, la "rimunicipalizzazione".

La ricostruzione dell'evoluzione storica dei servizi pubblici ha evidenziato la progressiva riduzione dei servizi pubblici di titolarità pubblica

<sup>41</sup> In questo senso E. MONTAYA, *op. cit.*



(liberalizzazione), a cui si è aggiunta la opzione a favore della gestione indiretta dei servizi rimasti in mano pubblica. In ambito locale, pochi servizi pubblici sono mantenuti di titolarità locale nella legislazione generale sul governo locale, una legislazione generale che cerca anche di limitare l'istituzione di nuovi servizi pubblici da parte delle stesse autorità locali. A nostro parere, è oggi è importante ricordare e riaffermare che il concetto di servizio pubblico affonda le sue radici nella legittimazione ad agire dell'amministrazione a garanzia dei diritti dei cittadini. Nel complesso e mutevole rapporto Stato-Mercato, i servizi pubblici devono essere visti innanzitutto come un valore da tutelare per assicurare l'accesso dei cittadini a servizi universali o di interesse generale che contribuiscono agli obiettivi di solidarietà e uguaglianza<sup>42</sup>.

È in questo quadro generale di riferimento che va collocato il d.lgs. n. 201 del 2022. Il suo contenuto è fortemente influenzato dal diritto comunitario, come mostrano tre aspetti essenziali.

In primo luogo, il ricorso al concetto comunitario di SIEG per definire la nozione di servizio pubblico locale di interesse economico. Un concetto comunitario che, come abbiamo spiegato, non ha lo scopo di definire cosa siano i servizi pubblici, ma piuttosto di consentire un'eccezione al regime di libera concorrenza nelle attività di contenuto economico, qualora vi siano ragioni di interesse generale nella loro prestazione che non sono soddisfatte dal mercato. L'intervento pubblico può essere di intensità variabile, e la norma comunitaria richiede che venga utilizzata la minore intensità possibile a favore della libera concorrenza. Pertanto, a nostro avviso, all'interno di ciò che la norma comunitaria definisce SIEG, vi sono vari tipi di intervento, dalla creazione di servizi pubblici di titolarità pubblica alla semplice regolamentazione dei servizi liberalizzati con l'imposizione di obblighi di servizio pubblico, ove opportuno. E ciascuna di queste modalità comporta diversi regimi giuridici di intervento. In secondo luogo, il decreto legislativo mostra una chiara volontà di limitare la creazione di servizi riservati agli enti locali (il decreto legislativo non li crea direttamente e impone limiti alla loro creazione da parte degli enti locali) e d'altra parte di favorire la gestione indiretta di

<sup>42</sup> In questo senso E. MALARET GARCÍA, *op. cit.*, pp. 49-52.

quelli eventualmente esistenti. La preoccupazione per il mercato si impone sull'interesse a riconoscere ai cittadini ed agli utenti una situazione giuridica qualificata tale da consentire loro di richiedere servizi che rispondano ai principi di economicità, qualità e continuità.

Infine, nonostante il decreto legislativo si occupi dei servizi pubblici locali, il ruolo delle autorità locali è indebolito. Non è garantita loro né la proprietà né la gestione di servizi specifici, e la istituzione di servizi pubblici da parte dell'ente locale stesso è sottoposta a numerosi limiti e condizioni. Come già detto, la dimensione politico-rappresentativa del servizio pubblico sembra essere stata abbandonata a favore della logica della preferenza del mercato. Questa perdita della dimensione politico-rappresentativa, basata sul ruolo centrale degli enti locali, si manifesta nei limiti imposti loro per quanto riguarda la scelta della modalità di gestione, il trasferimento delle funzioni di regolazione alle autorità indipendenti e la sostituzione del livello comunale con gli ambiti territoriali ottimali<sup>43</sup>. Questa nuova realtà ci porta a formulare alcune considerazioni finali, tornando alle idee che hanno portato alla istituzione dei servizi pubblici alla fine del XIX secolo. Se allora le difficili condizioni di vita nelle città spinsero i comuni a istituire servizi essenziali per la collettività, riteniamo che le autorità locali debbano recuperare questo ruolo di guida per rispondere ai nuovi bisogni collettivi. Gli enti locali devono essere in grado di assumere nuovi servizi di cui non si fanno carico altre amministrazioni in modo da sottoporre tali attività ai principi propri dei servizi pubblici (prezzo accessibile, qualità, continuità, universalità). Alcuni di questi servizi possono avere un contenuto economico, in quanto possono essere erogati a pagamento, ma il mercato non garantisce la loro fornitura universale come servizio pubblico. Le autorità locali, per la loro stessa natura differenziata, sono quelle che meglio conoscono i bisogni e le richieste della loro popolazione, nonché le possibilità di soddisfarli. Tuttavia, di fronte a queste esigenze, pare che il d.lgs. n. 210 del 2022, che si occupa dei servizi pubblici locali, concentri il suo interesse su quelli di natura economica con l'obiettivo di imporre i principi comu-

<sup>43</sup> V.F. CAPORALE, *Politica e amministrazione nei servizi pubblici locali: in cerca di un equilibrio tra rappresentatività ed efficienza economica*, in AA.VV., *Diritto amministrativo e società civile, Vol. III, Problemi e Prospettive*, Bologna, 2020, p. 421 ss.

nitari di libera concorrenza, il che lo porta a limitare la creazione di nuovi servizi pubblici e a imporre, se del caso, la gestione indiretta di questi servizi, facendo ricorso al concetto di SIEG. Il ruolo delle autorità locali è sostanzialmente ridotto, se si considera che il loro compito di difesa degli interessi dei cittadini e della democrazia è essenziale, come lo era alla fine del XIX secolo. È necessario, in altre parole, tornare al concetto politico di servizio pubblico come definito da Duguit, inteso come «qualsiasi attività il cui svolgimento deve essere regolato, assicurato e controllato da chi detiene il potere, in quanto lo svolgimento di tale attività è indispensabile per la realizzazione e lo sviluppo dell'interdipendenza sociale e di natura tale da non poter essere pienamente garantito se non con l'intervento della forza di governo», e riconoscere agli enti locali, nell'esercizio della loro autonomia politica, un maggior spazio per istituire servizi pubblici di contenuto economico, determinarne la forma di gestione e regolare l'erogazione di servizi liberalizzati di interesse generale, nel rispetto dei principi comunitari.

The Concept of Local Public Service in the Legislative Decree No 201/2022 of Reorganization of the Discipline of Local Public Services of Economic Importance: a Critical Vision

*Joaquín Tornos Mas*

Abstract: La nozione di servizio pubblico negli ultimi anni ha subito una forte evoluzione in conseguenza degli apporti del diritto dell'Unione europea, che ha influito sulla ricostruzione del concetto da parte della dottrina e della giurisprudenza, sia spagnola, sia italiana, in forza del principio di apertura di tali servizi al mercato. Tuttavia, mentre nell'ordinamento spagnolo è il legislatore ad avere individuato il perimetro dei servizi pubblici locali obbligatori, il riferimento operato dal legislatore italiano nel d.lgs. n. 201/2022 al concetto di "servizi di interesse economico generale (SIEG)", in assenza di una chiara individuazione delle attività che per esigenze di tutela degli utenti devono restare entro il regime giuridico dei servizi pubblici, e non entrare in quello delle attività private regolamentate, mostra una chiara volontà di limitare la creazio-

ne di servizi riservati agli enti locali e d'altra parte di favorire la gestione indiretta di quelli eventualmente esistenti.

Abstract: The notion of public service has substantially evolved in recent years due to the influence of the European Union (EU) law. The EU law has induced Spanish and Italian legal scholarship and case law to accept the principle of outsourcing public services to private businesses. However, while in Spanish legal order, it is the legislature that has identified the perimeter of compulsory local public services, the reference made by the Italian legislature in Legislative Decree No 201/2022 to the concept of 'services of general economic interest (SGEI)' - in the absence of a clear identification of the activities that for the protection of users must remain within the legal regime of public services and not enter into that of regulated private activities - shows a clear desire to limit the creation of services reserved for local authorities and on the other hand to favour the outsourcing of those that may exist.

Parole chiave: attività privata regolamentata; servizio di interesse economico generale; servizio pubblico; servizio pubblico locale; tutela degli utenti

Keywords: Regulated Private Activity; Service of General Economic Interest; Public Service; Local Public Service; User Protection