

TITOLO V DELLA COSTITUZIONE E DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

di *Francesca Casalotti*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La disciplina dei servizi pubblici locali. – 3. Servizi pubblici locali tra Stato e Regioni prima della riforma del Titolo V della Costituzione. – 4. Competenza legislativa statale e competenza legislativa regionale nell'assetto dei servizi pubblici locali alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione. – 5. L'art. 35 della l. n. 448/2001 e il nuovo Titolo V della Costituzione.

1. *Premessa*

Il tema dei servizi pubblici negli ultimi anni è stato al centro di un dibattito particolarmente intenso, fortemente influenzato dall'ordinamento comunitario¹, che ha avviato un ampio processo di privatizzazione in questo settore, nonché di profondi mutamenti che rendono assai difficile definirne il quadro normativo di riferimento.

Quest'ultimo appare inoltre complicato anche dalla recente riforma costituzionale di cui alla l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, che, com'è noto, ha profondamente innovato il riparto di competenze normative tra Stato e Regioni, determinando inevitabili conseguenze anche con riferimento a questo settore.

Scopo del presente contributo è quello di verificare, alla luce della riforma costituzionale, i criteri attuali di riparto delle competenze normative e

¹ Sul tema cfr. per tutti M. CLARICH, *Servizio pubblico e servizio universale: evoluzione normativa e profili ricostruttivi*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 181; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 1999; G. CARTEI, *Il servizio universale*, Giuffrè, Milano, 2002; C. IANNELLO, *I pubblici servizi nel panorama della privatizzazione. La qualificazione dell'utente fra consumatore-cliente e cittadino*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2002, 1/2, p. 219.

amministrative nel settore dei servizi pubblici locali², tenendo presente l'evoluzione storica della sua disciplina e il riparto di competenze nell'ordinamento previgente.

Sotto tale profilo assume rilevanza l'analisi dell'art. 35 della l. 28 dicembre 2001, n. 448, che ha profondamente modificato la disciplina dei servizi pubblici locali, costituendo un'importante cartina di tornasole delle conclusioni generali derivanti dall'analisi del nuovo quadro costituzionale.

2. *La disciplina dei servizi pubblici locali*

Il significato attuale della nozione di servizio pubblico e della disciplina di questo si comprende solo con una breve riflessione che guardi alle ragioni della sua evoluzione.

Nel nostro ordinamento manca ed è sempre mancata una definizione positiva di servizio pubblico. Non è questa la sede opportuna per ripercorrere il dibattito dottrinale sulla nozione di servizio pubblico³; quello che preme sottolineare è che, in primo luogo, i servizi pubblici si pongono come strumenti di effettività e garanzia dei diritti civili e dei diritti sociali dei cittadini⁴. Come la dottrina ha infatti da sempre evidenziato, un'attività può definirsi come servizio pubblico ogni qualvolta vi sia una valutazione più o meno legata a scelte di natura discrezionale del potere pubblico circa la necessità o comunque la condivisa opportunità di fornire un determinato spettro

² La dottrina ha da sempre sottolineato l'identità del nucleo centrale della problematica definitoria con riferimento ai servizi pubblici nazionali e locali e dunque l'irrilevanza a fini definitivi della dimensione dell'interesse pubblico perseguito; cfr. per tutti G. CORSO, *La gestione dei servizi pubblici locali fra pubblico e privato*, in *Nuove Autonomie*, 1995, p. 739, secondo il quale la peculiarità dei servizi pubblici locali sarebbe data dal fatto che l'uguaglianza, la parità di trattamento e l'imparzialità che devono essere garantite a tutti gli utenti nella gestione del servizio devono essere valutate rispetto alla comunità locale.

³ La letteratura sul punto è veramente vastissima; da ultimo cfr. L. AMMANNATI-M.A. CABIDDU-P. DE CARLI (a cura di), *Servizi pubblici, concorrenza, diritti*, Giuffrè, Milano, 2001; G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, in L. MAZZAROLI-G. PERICU-A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO-F. G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, I, Monduzzi, Bologna, 1998, p. 917 ss.; G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, Cedam, Padova, 2001; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam, Padova, 2001; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Cedam, Padova, 2001; R. VILLATA, *Pubblici servizi: discussioni e problemi*, Giuffrè, Milano, 2003.

⁴ In tal senso M.A. CABIDDU, *I servizi pubblici tra organizzazione amministrativa e principi costituzionali*, in L. AMMANNATI-M.A. CABIDDU-P. DE CARLI, *Servizi pubblici*, cit., p. 13 ss.

di servizi ai cittadini, per dare attuazione ed al tempo stesso definire i contenuti dello stato sociale⁵.

Momento fondamentale delle vicende di un servizio pubblico è, dunque, quello in cui l'ente politico assume su di sé il compito-servizio in vista della destinazione al pubblico⁶. La scelta del potere pubblico di condizionare e conformare alcune attività imprenditoriali che garantiscono la fruizione di determinati servizi si fonda sul fatto che tali servizi sono direttamente correlati ai bisogni fondamentali ed ai diritti dei cittadini⁷.

Di qui la valenza orizzontale del concetto di servizio pubblico, che, in quanto attività, si sostanzia in una serie di prestazioni definite ed eterogenee ed ha dunque natura funzionale o materiale, nonché contenuto variabile, in virtù della stretta connessione di tali attività con le esigenze mutevoli della collettività⁸. In particolare, con riferimento al servizio pubblico locale, l'attività deve incidere in via diretta sulla comunità di riferimento e riguardare il complesso degli interessi della collettività rappresentata dall'ente locale, quale interprete primario dei bisogni e delle esigenze della collettività stessa.

Peraltro, proprio perché connesse ad esigenze di benessere e di sviluppo socio-economico della collettività, le attività di servizio pubblico devono essere organizzate in un certo modo perché l'interesse pubblico consiste nella relativa specifica gestione, con la conseguenza che le modalità di essa divengono determinanti. Tali attività si qualificano, dunque, per il loro inserimento in un complesso organizzativo di tipo pubblicistico prefigurato dalla legge e definito dall'Amministrazione.

Si può dunque parlare di servizio pubblico solo quando l'attività relativa si inserisca istituzionalmente nel novero delle misure attuative dei compiti dell'amministrazione, sulla scorta di appositi strumenti organizzativi dettati dalla legge ovvero adottati dall'amministrazione pubblica.

Le ricostruzioni della dottrina in materia hanno poi avuto inevitabili riflessi sulla evoluzione normativa della disciplina dei servizi pubblici.

L'assunzione da parte del potere pubblico del servizio e le prescrizioni au-

⁵ Cfr. D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici)*, cit., p. 419 ss.; M.A. CABIDDU, *I servizi pubblici*, cit., p. 9 ss.

⁶ Cfr. G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., p. 925.

⁷ A. BARDUSCO, *L'assunzione dei pubblici servizi e la scelta della forma di gestione*, in G. CAIA (a cura di), *I servizi pubblici locali: evoluzione e prospettive*, Maggioli, Rimini, 1995, p. 14.

⁸ Secondo G. CAIA, *La disciplina dei servizi pubblici*, cit., 929, «il servizio pubblico rappresenta dunque un modulo complesso di azione amministrativa; sotto altro angolo di visuale un modo di esplicare un'attività produttiva (di carattere economico o socio culturale) che l'ordinamento in astratto non affida in via esclusiva ai pubblici poteri, ma che per volontà di essi è assunta e organizzata in quanto di pubblico interesse».

toritative sul relativo svolgimento si sono sviluppate nel nostro ordinamento, com'è noto, secondo il modello amministrativo, nella convinzione che la titolarità pubblica del servizio fosse presupposto indispensabile per sopperire all'assenza o all'insufficienza dell'iniziativa privata.

Storicamente, la produzione e l'erogazione dei servizi pubblici da parte degli enti locali trovarono il loro riconoscimento positivo nella l. 29 marzo 1903, n. 103 (c.d. «legge Giolitti»), istitutiva delle aziende municipalizzate.

Tale legge fu poi sostituita dal r.d. n. 2578/1925, con cui il legislatore intese allocare sulle municipalità, mediante l'istituzione di aziende municipalizzate, la massima parte dei servizi pubblici locali.

In questo contesto, la preoccupazione del legislatore non era quella di definire oggettivamente e soggettivamente i contorni della nozione di servizio pubblico locale, ma più semplicemente quella di individuare, dal punto di vista funzionale, quali servizi potevano essere assunti direttamente dalle amministrazioni locali, in quanto ritenuti essenziali al soddisfacimento delle esigenze dei cittadini. In particolare, l'art. 1⁹ includeva un elenco di diciannove oggetti, per i quali il Comune poteva prendere l'iniziativa per l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi.

In tal modo, non si intendeva negare radicalmente il potere per gli enti locali di intervenire con scelte basate sull'autonomia politica locale nella qualificazione di questa o quella attività come servizio pubblico locale; il carattere non tassativo dell'enumerazione valeva, però, a dimostrare come il legislatore del 1925 preferisse un sistema di definizioni concrete dei pubblici servizi, piuttosto che affidarsi ad una identificazione discrezionale operata dai singoli enti sulla base delle proprie valutazioni¹⁰.

A questa mancanza di determinatezza del concetto di servizio pubblico non pose rimedio neanche la vecchia legislazione comunale e provinciale, il t.u. com. e prov. 3 marzo 1934, n. 383, che ribadì che «*i Comuni e le Province possono assumere nei casi e nei modi stabiliti dalla legge l'impianto e l'esercizio diretto dei pubblici servizi*» e ne dichiarò alcuni e le relative spese come obbligatori¹¹.

⁹ Tra cui ad esempio: costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile; impianto ed esercizio dell'illuminazione pubblica e privata; costruzione di fognature ed utilizzazione delle materie fertilizzanti; impianto ed esercizio delle farmacie; nettezza pubblica e sgombrò di immondizie dalle case.

¹⁰ La municipalizzazione costituiva una modalità di gestione dei servizi pubblici; nel sistema prefigurato dalla l. n. 103/1903 e poi dal r.d. n. 2578/1925 accanto a questa modalità era previsto anche l'affidamento a soggetti privati, legati all'amministrazione locale tramite un rapporto di tipo concessorio (art. 24, l. n. 103/1903 poi sostituito dall'art. 23, r.d. n. 2578/1925).

¹¹ Cfr. rispettivamente art. 292 e art. 91 t.u. com. e prov. 1984, n. 383.

In sintesi, fin dalla legge Giolitti, interesse preminente del legislatore fu quello di definire le modalità di gestione dei servizi pubblici locali in modo da assicurare una maggiore funzionalità degli stessi nel rapporto fra amministrazione e cittadini.

Sotto questo profilo, anche con la nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali n. 142/1990, l'attenzione del legislatore per le modalità organizzative e, dunque, il tipo di approccio alla materia non cambiò¹². Nonostante l'art. 22 della legge¹³ si aprisse con una formula definitoria di servizio pubblico, la dottrina mise in evidenza che l'ampiezza della stessa – cui riconoscere un assai generico valore direttivo e programmatico – nascondesse l'estrema vaghezza del concetto, senza precisi elementi individuativi e delimitativi del campo dei servizi pubblici¹⁴.

Al tempo stesso, l'indeterminatezza e la vaghezza dei confini della nozione di servizio pubblico, consentivano maggior spazio all'azione dell'ente locale nella definizione e riorganizzazione dei servizi pubblici¹⁵, attraverso un

¹² Secondo A. BARDUSCO, *L'assunzione dei pubblici servizi*, cit., p. 15, «si discute quale sia la formula organizzativa (e solo in subordine giuridica) più idonea ad assicurare alcuni risultati di prioritario interesse. In primo luogo ci si chiede quale strutturazione organizzativa del servizio locale garantisca più delle altre l'efficienza del servizio [...]. In secondo luogo il dibattito investe il tema della trasparenza. Ci si chiede se esista un modello organizzativo ideale nel quale la gestione del servizio si svolga in modo onesto e trasparente. Soprattutto in modo da consentire il controllo democratico e popolare delle scelte fatte dagli amministratori». Anche i successivi interventi legislativi nel settore hanno riguardato prevalentemente le modalità organizzative dei servizi pubblici: si veda a tal proposito la l. n. 498/1992, che all'art. 12 ha introdotto quale nuova forma di gestione dei servizi pubblici locali la s.p.a. a capitale pubblico minoritario; la l. 18 marzo 1993, n. 68 (di conv. del d.l. 18 gennaio 1983, n. 8), i cui articoli 1 e 6 si sono occupati specificamente di conversione degli enti comunali di consumo in società per azioni; il d.p.r. 16 settembre 1996, n. 533.

¹³ «I Comuni e le Province, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione dei servizi pubblici che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali».

¹⁴ Sempre A. BARDUSCO, *L'assunzione dei pubblici servizi*, cit., p. 25, secondo il quale «in qualche modo sembrerebbe sfumata la vecchia idea che dei servizi pubblici locali si possa fare una ricognizione oggettiva, a partire dalle definizioni contenute nella legge».

¹⁵ Non va dimenticato che la nuova legge sull'ordinamento delle autonomie locali si inseriva nel mutato contesto costituzionale, caratterizzato dalla presenza dell'art. 5 Cost. («La Repubblica una e indivisibile riconosce e promuove le autonomie locali») e dell'art. 128 Cost. («Le Province e i Comuni sono enti autonomi nell'ambito dei principi fissati da leggi generali della Repubblica, che ne determinano le funzioni»). In tale contesto, il legislatore statale, al momento di definire il sistema delle autonomie locali alla luce dei nuovi principi costituzionali, sembra essersi preoccupato non tanto di individuare una nozione generale (per così dire statale) di servizio pubblico, quanto di rinviare sostanzialmente all'autonomia locale, dettando una norma talmente elastica da apparire quasi priva di significato senza gli atti di autonomia chiamati a riempirla.

riconoscimento allo stesso ente, in quanto espressione della collettività locale, di tutte quelle potestà pubbliche necessarie per il perseguimento degli interessi delle rispettive comunità.

In questo contesto i modelli di gestione prefigurati dallo stesso art. 22 della l. n. 142/1990¹⁶, in quanto concretizzanti forme di intervento nell'economia, in grado di influire sul rapporto amministrazione-cittadini, nonché sul libero gioco della concorrenza, sono stati individuati come limiti esterni all'autonomia degli enti locali, potendo questi ultimi accollarsi la gestione di qualsiasi servizio pubblico, seguendo i procedimenti e le modalità indicate dal legislatore statale. Non esiste dunque, nello schema prefigurato dal legislatore statale, un criterio di elencazione delle attività riconducibili alla nozione di servizio pubblico locale, da intendersi invece, come quelle prestazioni che corrispondono a servizi che in un certo momento storico sono correlate alle esigenze delle collettività locali.

Ulteriori limiti all'ampia discrezionalità riconosciuta agli enti locali sono stati poi individuati nelle disposizioni legislative che hanno espressamente qualificato come servizi pubblici determinate attività¹⁷ e nelle relative discipline di settore.

La «definizione» di servizio pubblico di cui all'art. 22 della l. n. 142/1990 risulta oggi consolidata nell'art. 112, c. 1°, del d.lgs. n. 267/2000.

3. Servizi pubblici locali tra Stato e Regioni prima della riforma del Titolo V della Costituzione

I richiami appena svolti mostrano come in realtà il tema dei servizi pubblici locali presenti peculiarità evidenti derivanti dalla natura orizzontale della nozione di servizio pubblico – che, come già sottolineato, consiste in una serie di prestazioni definite ed eterogenee – e dunque dalla natura funzionale o materiale, nonché dal contenuto variabile della stessa, in virtù della stretta connessione di tali attività con le esigenze mutevoli della collettività.

¹⁶ Merita inoltre ricordare il disposto dell'art. 4 della l. n. 142/1990, in base al quale «*lo statuto stabilisce le norme fondamentali dell'organizzazione dell'ente e l'ordinamento degli uffici e dei servizi pubblici*».

¹⁷ Si pensi ad esempio alla disciplina del servizio idrico integrato, così come definito dalla l. 5 gennaio 1994, n. 36; alla disciplina del servizio di distribuzione del gas di cui al d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164; alla disciplina del servizio di smaltimento dei rifiuti, di cui al d.lgs. 15 febbraio 1997, n. 22; alla disciplina del servizio di trasporto pubblico locale di cui al d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422.

La dottrina che si è occupata del tema ha infatti da sempre sottolineato che i servizi pubblici in realtà non sono una «materia», ma «una modalità di svolgimento di una funzione, che consiste nel decidere sui bisogni dei cittadini e sulle modalità di comportamento di soggetti pubblici e privati tale da assicurare la presenza di quel servizio con date caratteristiche riguardanti la qualità, l'accessibilità anche economica e simili»¹⁸.

La definizione giuridica di servizio pubblico non è dunque esattamente individuabile, dovendosi intendere con questa espressione un modello generale di organizzazione che i pubblici poteri possono utilizzare per determinate attività.

Tutto ciò ha determinato come conseguenza che, con riferimento ai servizi pubblici, i criteri di riparto delle competenze legislative non sono mai stati individuati con riferimento alla materia in sé, ma hanno sempre seguito la disciplina legislativa dell'interesse che tali servizi sono chiamati a soddisfare. I servizi pubblici individuano, cioè, una funzione, quella di decidere in che termini e con quali modalità rendere effettivi (mediante la disciplina del servizio) i diritti degli utenti, con la conseguenza che la competenza sui servizi si collega alla competenza relativa agli interessi che si intendono soddisfare.

Con riferimento al problema del riparto di competenze, ferma restando la potestà legislativa generale dello Stato e la riserva di legge stabilita dall'art. 41 Cost., occorre, dunque, guardare per ogni determinato servizio pubblico locale all'interesse perseguito e, dunque, all'attribuzione della competenza a definire la disciplina legislativa di questo allo Stato o alle Regioni.

Per i servizi pubblici volti a soddisfare interessi connessi alle materie non ricomprese nell'elenco di cui all'art. 117, c. 1°, Cost.¹⁹, prima delle modifiche introdotte dalla riforma costituzionale, lo Stato aveva la competenza legislativa piena e, inoltre, poteva dettare i principi fondamentali anche della disciplina di quei servizi pubblici volti a soddisfare interessi pertinenti a materie di competenza regionale.

Le Regioni, dal canto loro, potevano disciplinare i servizi pubblici che, ai sensi dell'art. 117, c. 1°, perseguivano interessi relativi a materie di loro competenza, nel rispetto dei principi fondamentali stabiliti dalle leggi dello Stato. Le leggi della Repubblica potevano poi demandare alla Regione il pote-

¹⁸ Cfr. A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2002, 5, p. 1117. Nello stesso senso G. CAIA, *Commento alle nuove norme in materia di servizi pubblici locali* (testo dattiloscritto), p. 4, secondo il quale «i servizi pubblici non hanno mai rappresentato e non rappresentano una materia».

¹⁹ Com'è noto, l'art. 117, c. 1°, Cost., prima delle modifiche introdotte dalla l. cost. n. 3/2001, individuava le materie attribuite alla potestà legislativa regionale.

re di intervenire attraverso l'emanazione di norme per la loro attuazione, ai sensi di quanto stabilito dall'art. 117, c. 2° Cost.

Resta da sottolineare che nel contesto dell'art. 117 Cost., prima delle modifiche di cui alla l. cost. n. 3/2001, l'elenco delle materie attribuite alla potestà legislativa concorrente comprendeva come uniche prescrizioni espresse relative ai servizi industriali, le tramvie di interesse regionale, gli acquedotti di interesse regionale, le acque minerali e termali.

In queste materie, dunque, le Regioni potevano emanare leggi che venivano ad incidere direttamente sia sulle funzioni amministrative attribuite dallo Stato a Comuni e Province, poiché di interesse esclusivamente locale ai sensi dell'art. 118, c. 1° Cost., sia su quelle delegate agli stessi dalle Regioni ai sensi dell'art. 118, c. 3° Cost.

Di fatto, le Regioni sono intervenute con propri provvedimenti normativi solo e soltanto per disciplinare le funzioni amministrative ad esse attribuite, nonché il conferimento di queste agli enti locali.

Sul versante delle funzioni amministrative, stante il principio del parallelismo di cui all'art. 118, c. 1° Cost., alle Regioni spettavano le funzioni amministrative nelle materie elencate nell'art. 117 Cost., «salvo quelle di interesse esclusivamente locale, che possono essere attribuite dalle leggi della Repubblica alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali», nonché quelle che lo Stato delegava con legge alla Regione, in base all'art. 118, c. 2° Cost. Le Regioni potevano poi delegare le proprie funzioni amministrative a province e comuni, in base all'art. 118, c. 3° Cost.

Nelle materie non comprese nell'elenco di cui all'art. 117, in caso di funzioni proprie degli enti locali, determinate da leggi generali della Repubblica, in base all'art. 128 Cost., prevaleva il rapporto diretto con lo Stato, risultando marginalizzato il ruolo della Regione²⁰.

Di conseguenza, secondo quanto previsto dall'art. 9 della l. n. 142/1990 – secondo il quale «spettano al Comune tutte le funzioni che riguardano la popolazione e il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze»²¹ – nonché dallo stesso

²⁰ La Regione, comunque, poteva intervenire attraverso l'emanazione di norme di attuazione di leggi statali se la legge stessa lo avesse previsto esplicitamente.

²¹ Da qui, secondo D. SORACE, *L'intervento dei comuni nell'economia in Italia: i principi costituzionali*, in *Dir. pubbl.*, 1998, p. 853, la conclusione che «salvo che la legge non preveda una diversa competenza, spetta al Comune di occuparsi di qualsiasi problema che interessa la propria popolazione e il proprio territorio, in particolare se riguarda lo sviluppo economico».

art. 22, il ruolo di Comuni e Province nella gestione dei servizi pubblici locali risultava fortemente valorizzato.

A conferma di ciò la previsione dell'art. 4 della stessa legge che individuava come contenuto obbligatorio degli statuti comunali e provinciali, nell'ambito dei principi fissati dalla legge, «*l'ordinamento degli uffici e dei servizi pubblici*».

La competenza ad assumere le scelte fondamentali in ordine all'opportunità di regolare una determinata attività economica nelle forme del servizio pubblico e la valutazione del modello gestionale da adottare erano affidate, nel disegno originario della legge sulle autonomie locali, al Consiglio comunale, in quanto organo rappresentativo delle comunità locali²².

Sempre con riferimento al riparto di competenze amministrative, merita infine segnalare che in alcuni settori chiave dei servizi pubblici²³ è intervenuto il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112, che ha disciplinato il conferimento di funzioni e compiti amministrativi dello Stato alle Regioni e agli enti locali, in attuazione del capo I della l. 15 marzo 1997, n. 59.

4. *Competenza legislativa statale e competenza legislativa regionale nell'assetto dei servizi pubblici locali alla luce del nuovo Titolo V della Costituzione*

Com'è noto, la recente riforma costituzionale di cui alla l. cost. n. 3/2001 ha introdotto rilevanti innovazioni sui criteri di riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, individuando un nuovo modo di concepire l'esercizio dei poteri pubblici e la distribuzione delle relative responsabilità.

Nel nuovo art. 117 Cost. i servizi pubblici non compaiono in nessuno degli elenchi di materie. Peraltro, essendo ormai *jus receptum* che i servizi pubblici non costituiscono una «materia» in senso proprio, ma un «istituto trasversale», che indica le modalità di svolgimento di una funzione e si sostanzia in una serie di prestazioni e di attività volte a soddisfare bisogni e inte-

²² Si veda l'art. 32, c. 2°, lett. f) che stabiliva che «*Il Consiglio ha competenza limitatamente ai seguenti atti fondamentali: [...] f) l'assunzione diretta dei pubblici servizi, la costituzione di istituzioni e di aziende speciali, la concessione di pubblici servizi, la partecipazione dell'ente locale a società di capitali, l'affidamento di attività o servizi mediante convenzione*».

²³ Cfr. l'art. 28 ss. in materia di energia; l'art. 85, in materia di gestione dei rifiuti; gli artt. 88 e ss. in materia di risorse idriche; gli artt. 102 e ss. in materia di trasporto; l'art. 112 ss. in materia di tutela della salute; l'art. 128 ss. in materia di servizi sociali; gli artt. 148 e ss. in materia di beni e attività culturali .

ressi della collettività, non si può certo ritenere che essi si possano configurare come una materia attribuita alla competenza regionale residuale di cui all'art. 117, c. 4°, Cost.²⁴.

Per definire il quadro normativo delle competenze in questo settore, occorre dunque continuare a verificare con riferimento ad un determinato servizio pubblico – come accadeva nell'ordinamento previgente – la materia relativa all'interesse che questo intende perseguire e l'attribuzione di questa alla competenza statale o a quella regionale.

Peraltro, con riferimento agli elenchi di materie di cui all'art. 117 Cost., la dottrina, fin dall'entrata in vigore del nuovo Titolo V, ha evidenziato come in molti casi si tratti di materie che sfuggono al concetto tradizionale di «materia» da intendersi come settore facilmente delimitabile nei suoi confini, sulla base dei tradizionali criteri interpretativi, nel quale individuare lo spazio di competenza attribuito al legislatore statale o regionale²⁵. Con la conseguenza che la lettura del testo deve essere dinamica, anche perché l'elencazione delle materie e la non corrispondenza delle medesime all'attuale assetto della distribuzione delle competenze implicherà necessariamente una lunga fase di transizione e costringerà a rendersi conto del carattere necessariamente flessibile che dovrà avere il rapporto relazionale tra i vari livelli di governo.

Se guardiamo all'elenco delle materie attribuite alla competenza esclusiva dello Stato di cui all'art. 117, c. 2°, Cost., numerose disposizioni assumono rilevanza con riferimento al settore dei servizi pubblici. A tal proposito si può far riferimento all'art. 117, c. 2°, lett. s), Cost., che attribuisce la materia «*tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali*» alla competenza esclusiva dello Stato, con la conseguenza che si potrebbe ritenere che la disciplina dei servizi pubblici ambientali debba essere necessariamente definita da una legge statale.

Tale ricostruzione deve essere però riconsiderata alla luce della giuri-

²⁴ In tal senso cfr. G. CAIA, *Commento alle nuove norme*, cit., p. 4, secondo cui «*I servizi pubblici non hanno mai rappresentato e non rappresentano una materia a se stante, che – in quanto non menzionata negli elenchi del nuovo art. 117 Cost. – si debba oggi ritenere di competenza regionale per la clausola generale e residuale di tipo federalista (di cui all'odierno art. 117, c. 4° Cost.)*».

²⁵ Cfr. per tutti G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, 1, p. 5. Secondo S. GRASSI, *Agricoltura, ambiente ed ecosistema nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in A. GERMANO (a cura di), *Il governo dell'agricoltura nel nuovo Titolo V della Costituzione, Atti dell'incontro di studio, Firenze, 13 aprile 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 46, le materie che vengono indicate nel nuovo art. 117 sono definite con termini nuovi, di regola corrispondenti ai termini utilizzati per indicare le competenze e le politiche comunitarie; ma soprattutto sono materie rispetto alle quali non è possibile una separazione verticale delle rispettive attribuzioni.

sprudenza costituzionale sul nuovo Titolo V della Costituzione. La stessa Corte costituzionale ha, infatti, affermato²⁶ che non tutti gli ambiti materiali previsti dal nuovo art. 117, c. 2°, Cost. possono configurarsi come materie in senso stretto, dal momento che in alcune ipotesi è evidente che si tratta di competenze del legislatore statale idonee a investire una pluralità di materie.

In particolare, la Corte, con riferimento all'ambiente, ha espressamente sottolineato la necessità di escludere, sulla base della propria pregressa giurisprudenza, che possa identificarsi una materia in senso tecnico, qualificabile come tutela dell'ambiente, giacché «*non sembra configurabile come sfera di competenza statale rigorosamente circoscritta e delimitata*», ma, al contrario, «*essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze*». L'ambiente, secondo la Corte, si configura piuttosto come valore costituzionalmente protetto e, in quanto tale, deve essere considerato come «*una sorta di materia trasversale, in ordine alla quale si manifestano competenze diverse che ben possono essere anche regionali*»²⁷.

Da ciò la conseguente spettanza allo Stato delle «*determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale*» e il riconoscimento alle Regioni di un ruolo e di un titolo di legittimazione ad intervenire per la tutela dell'ambiente²⁸.

²⁶ Cfr. C. cost., sent. 26 luglio 2002, n. 407, con nota di M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale per la tutela dell'ambiente: niente di nuovo dopo la riforma costituzionale del Titolo V?*, in *Le Regioni*, 2003, p. 1. Nello stesso senso cfr. anche la sent. 26 giugno 2002, n. 282, con nota di A. D'ATENA, *La Consulta parla ... e la riforma del Titolo V entra in vigore*, in *Giur. cost.*, 2002, p. 2027 ss.; nonché di D. MORANA, *La tutela della salute, fra libertà e prestazioni, dopo la riforma del Titolo V. A proposito della sent. n. 282/2002 della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 2034; L. VIOLINI, *La tutela della salute e i limiti al potere di legiferare: sull'incostituzionalità di una legge regionale che vieta specifici interventi terapeutici senza adeguata istruttoria tecnico-scientifica*, in *Le Regioni*, 2002, p. 1450.

²⁷ Per la ricostruzione di questi passaggi della sent. n. 407/2002, cfr. M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale*, *cit.*, p. 5.

²⁸ Cfr. sempre M. CECCHETTI, *Legislazione statale e legislazione regionale*, *cit.*, p. 6, che afferma che «In tutti i passaggi successivi della motivazione, infatti, la Corte oscilla, senza distinguere con chiarezza, tra due diverse opzioni interpretative. Da un lato, il "ritaglio" di un ruolo ambientale limitato da riconoscere al legislatore statale (quello di "fissare standards di tutela uniformi sull'intero territorio nazionale"), conservando alle Regioni un titolo di legittimazione, per così dire "diretta", ad intervenire per la tutela dell'ambiente in relazione a tutte le "ulteriori esigenze rispetto a quelle di carattere unitario definite dallo Stato". Dall'altro lato, il riconoscimento della potestà legislativa regionale in ordine alla cura di una vasta serie di interessi "funzionalmente collegati con quelli strettamente ambientali" e dunque un titolo di legittimazione solo "indiretta" dei legislatori regionali a completare e integrare (attraverso la disciplina di altre materie) quella tutela dell'ambiente che il testo della Costituzione riserverebbe alla legislazione esclusiva dello

L'interpretazione seguita dalla Corte, in conclusione, non escluderebbe la possibilità di un intervento del legislatore regionale nella definizione della disciplina dei servizi pubblici ambientali.

A queste considerazioni si deve poi aggiungere che l'art. 117 c. 2°, Cost. contiene nell'elenco alcune materie che hanno un contenuto tale da rilevare non solo in sé ma anche nell'ambito di altri più specifici settori e che dunque costituiscono in senso proprio un «*titolo di legittimazione trasversale alle materie*»²⁹: la tutela della concorrenza (art. 117, c. 2°, lett. e)³⁰; la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale (art. 117, c. 2°, lett. m); le funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane (art. 117, c. 2°, lett. p).

A tal proposito – sebbene risulti con chiarezza che le espressioni linguistiche con cui si definiscono gli ambiti materiali dovranno trovare una individuazione sia attraverso l'opera del legislatore (statale e regionale) sia attraverso l'opera interpretativa dei giudici comuni e soprattutto del giudice costituzionale – nel dibattito in corso la concorrenza è stata qualificata come «*una competenza ovvero una finalità trasversale rispetto a tutti i settori della vita economica, in grado cioè di operare sia nelle materie riservate allo Stato sia in quelle attribuite alle Regioni*»³¹.

Con riferimento a questa competenza, se da una parte si è sostenuto che per «*tutela della concorrenza*» non debbano intendersi i soli istituti di tutela in senso stretto³², dall'altra si è evidenziato che «*la legislazione che definisce in senso lato la tutela pubblicistica della concorrenza comprende sia le norme*

Stato». In sintesi, secondo l'autore la modifica dell' art. 117 Cost. non impedirebbe di confermare in toto il vecchio modello di governo dell'ambiente, fondato essenzialmente sulla concorrenza della legislazione statale e regionale e su un'individuazione dei ruoli spettanti ai diversi livelli territoriali basata su logiche di tipo sussidiario: allo Stato spetta la disciplina della materia in conformità alle esigenze unitarie di uniformità e omogeneità strategica dell'azione di tutela; alle Regioni la regolazione di quelli aspetti della materia che più impongono esigenze di differenziazione, ai fini di adattamento dell'azione di tutela ai diversi contesti territoriali.

²⁹ G. FALCON, *Il nuovo Titolo V*, cit., p. 5.

³⁰ È stato così inserito formalmente nella Costituzione un principio ed un obiettivo comunitario che solo in via di interpretazione fino ad ora era stato considerato principio del diritto costituzionale interno.

³¹ Cfr. per tutti L. CASSETTI, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza*, in *Osservatorio sul federalismo*, disponibile sul sito www.federalismi.it, che riporta l'opinione di L. ELIA, *Audizione del 23 ottobre 2001*, nel corso della «*Indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del Titolo V, della parte II della Costituzione*», 1° Commissione permanente del Senato, resoconto pubbl. in www.Parlamento.it/att/resosten/1/regioni/011023r.htm.

³² A. VIGNERI, *La liberalizzazione*, cit., p. 1117.

antitrust, sia una serie di interventi per favorire la concorrenza in alcuni particolari mercati»³³.

In ogni caso, l'attribuzione di questa materia alla competenza legislativa esclusiva dello Stato si giustifica, seconda la logica del nuovo art. 117 Cost., attraverso l'obiettivo di rendere uniforme il tipo di concorrenza che si intende introdurre nei diversi settori, in modo da garantire l'unità del sistema e di affermare il principio di uguaglianza nei confronti di tutti i cittadini.

Con specifico riferimento al settore dei servizi pubblici, l'attribuzione di questa competenza allo Stato sembra tradursi nell'esigenza di definire condizioni concorrenziali uniformi nei mercati di riferimento.

Analoghe considerazioni valgono per la competenza statale esclusiva in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali³⁴, che si sostanzierebbe nella competenza dello Stato di prescrivere ed assicurare standard qualitativi e quantitativi alle prestazioni che devono essere assicurate uniformemente su tutto il territorio nazionale a qualsiasi cittadino³⁵.

³³ Cfr. sempre L. CASSETTI, *Potestà legislativa regionale*, cit., p. 2, che conclude le sue osservazioni sostenendo che «la struttura normativa e le finalità delle regole *antitrust*, ovvero sia dei divieti posti dalla l. n. 287/1990 a difesa della concorrenzialità nel mercato nazionale, evidenziano quel minimo di omogeneità tale da far ritenere che l'oggetto delle corrispondenti competenze riservate dalla revisione del Titolo V in via esclusiva allo Stato possa essere considerato una materia: il rispetto di quelle regole coinvolge trasversalmente anche l'esercizio di quelle competenze in materie economiche quali l'industria, il commercio e il turismo oggi attribuite alla potestà legislativa piena delle Regioni. La differente struttura e le finalità delle norme statali che introducono forme di regolazione economica in taluni settori (del mercato nazionale) che per ragioni oggettive richiedono la predeterminazione di una struttura concorrenziale consiglia di mantenere questo tipo di difesa al di fuori della materia *antitrust*. Le norme statali sulla regolazione di settore coinvolgono direttamente alcune materie di competenza regionale relative ai servizi pubblici, con la conseguenza che i confini dell'incidenza dei principi sui quali si fonda la regolazione statale nei settori che vedono oggi coinvolta la potestà legislativa regionale devono essere precisati caso per caso in relazione alle caratteristiche del mercato di riferimento e, in particolare, in relazione alla più o meno effettiva attualità dell'esigenza di produrre e disegnare condizioni concorrenziali al suo interno».

³⁴ Secondo D. MORANA, *La tutela della salute*, cit., pp. 2037-2041, sul piano generale i livelli essenziali costituiscono una materia trasversale, un ambito aperto che si interseca necessariamente con tutti gli ambiti costituiti dai diritti civili e sociali.

³⁵ Sul concetto di essenzialità la dottrina è sostanzialmente unanime nel ritenere che questa assume un significato esclusivamente relazionale e vale a distinguere in ogni ambito di materia le prestazioni che devono essere garantite quale contenuto minimo dei diritti riconosciuti dalla Costituzione da quelle che, sebbene afferiscano agli stessi diritti, debbano essere ritenute accessorie. Cfr. A. RUGGERI, *La riforma costituzionale del Titolo V e i problemi della sua attuazione con specifico riguardo alle dinamiche della normazione ed al piano dei controlli*, in *Quaderni regionali*, 2001, p. 593; G. FALCON, *Il nuovo Titolo V della parte seconda della Costituzione*, in

La Corte, con riferimento a questa competenza, ha affermato che non si tratta di materia, ma di una competenza del legislatore statale idonea ad investire tutte le materie, di una sorta di clausola di salvaguardia dell'unità del sistema, di una competenza orizzontale in grado di incidere profondamente sulle competenze regionali, ma che può svolgersi correttamente solo se sia limitata alla definizione degli interessi unitari che ne giustificano l'attribuzione alla funzione legislativa statale³⁶.

Con riferimento alla competenza relativa alla definizione delle funzioni fondamentali³⁷ di Comuni e Province, sembra invece di poter affermare che tale competenza non appare in grado di fondare di per sé la disciplina statale dei servizi pubblici locali, in quanto la gestione di questi costituisce un'attività di regola esercitata in regime di concorrenza, sottratta ad una gestione effettuata con gli strumenti del potere pubblico, e non certo una funzione fondamentale dell'ente locale³⁸.

Se, dunque, da un lato si deve ritenere che l'art. 117, c. 2°, Cost., contiene diverse disposizioni che potrebbero legittimare l'intervento del legislatore statale nella definizione della disciplina dei servizi pubblici locali, dall'altro si deve considerare il ruolo che dovrebbe spettare alle Regioni nella definizione di tale disciplina, sia sulla base delle competenze legislative concorrenti nelle materie di cui all'art. 117, c. 3°, Cost., (distribuzione nazionale dell'energia; valorizzazione dei beni culturali e ambientali; promozione ed organizzazione delle attività culturali; grandi reti di trasporto, porti e aeroporti; comunicazione; governo del territorio), sia sulla base della competenza legislativa residuale di cui all'art. 117, c. 4°, Cost. (distribuzione locale dell'energia³⁹; trasporto locale, ed ultima, ma decisiva, la competenza residuale in materia di industria e commercio). Nell'intrecciarsi di queste materie ricadono, infatti, molteplici profili del modo di essere dei servizi pubblici locali, soprattutto di rilevanza industriale.

Le Regioni, 2001, p. 1247; R. TOSI, *La legge costituzionale n. 3/2001: note sparse in tema di potestà legislativa ed amministrativa*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1233.

³⁶ Cfr. sent. n. 282/2002.

³⁷ Sulla nozione di funzioni fondamentali si veda A. CORPACI, *Revisione del Titolo V della Parte seconda della Costituzione e sistema amministrativo*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1305.

³⁸ Tale competenza costituisce invece titolo di legittimazione per la definizione della disciplina delle funzioni di regolazione che gli enti locali dovranno assumere con riferimento al settore dei servizi pubblici locali.

³⁹ S. CASSESE, *L'energia elettrica nella legge costituzionale n. 3/2001*, in *Osservatorio sul federalismo*, disponibile sul sito www.federalismi.it, ha messo in luce come l'aggettivo nazionale vada esclusivamente riferito alla distribuzione, in quanto il d.lgs. n. 79/1999 ha individuato aree di distribuzione locale, affidate ad enti locali per cui le Regioni potrebbero rivendicare una potestà legislativa piena sulla distribuzione non nazionale.

Nelle stesse materie alle Regioni spetta inoltre la potestà regolamentare, secondo il disposto di cui all'art. 117, c. 6°, Cost., in base al quale «*la potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia*».

Resta, infine, da sottolineare l'attribuzione agli enti locali delle potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite, sulla base di quanto previsto dallo stesso art. 117, c. 6°, ultimo alinea, Cost.⁴⁰, con conseguente valorizzazione del ruolo di regolazione ed organizzazione degli enti locali nel settore dei servizi pubblici.

Per quanto riguarda le funzioni amministrative, queste sono allocate in primo luogo ai Comuni, salvo che per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite ai livelli di governo superiori, secondo i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza di cui all'art. 118, c. 1°, Cost.

L'analisi del quadro costituzionale delinea, dunque, un sistema articolato e flessibile di ripartizione delle competenze, non definibile nei soli termini tradizionali dell'attribuzione delle competenze per materia e della relativa separazione, ma caratterizzato dalla possibilità di diverse «combinazioni», derivanti dalla presenza di «titoli di legittimazione trasversali» e dall'attribuzione delle materie cui di volta in volta afferisce l'interesse che un determinato servizio pubblico locale intende soddisfare, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, delle Regioni o alla potestà concorrente.

In sintesi, il quadro costituzionale prevede e consente un modello attuativo dei servizi pubblici che può assumere vesti flessibili e articolate in grado di bilanciare i principi della concorrenza con le esigenze sociali e di interesse generale. Del resto, la necessità di una tale configurazione del sistema

⁴⁰ Sul rapporto tra leggi statali e regionali e regolamenti degli enti locali cfr. P. CARETTI, *Fonti statali e fonti locali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002, p. 951 ss., secondo il quale tale rapporto deve essere costruito in termini di concorrenza: «Non sembra che l'art. 117, c. 6°, Cost. stabilendo la spettanza della potestà regolamentare agli enti locali per la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni, abbia attribuito agli enti locali una competenza per così dire omnicomprensiva, che finirebbe per risolvere l'esercizio della potestà legislativa ad atti di mera attribuzione di funzioni, con la mera indicazione della finalità da raggiungere. Mi pare piuttosto che la soluzione più convincente sia un'altra, ovvero quella per cui il rapporto tra leggi statali (e regionali) e regolamenti degli enti locali deve essere immaginato e ricostruito in termini di concorrenza e non di separazione. [...] Legge statale e legge regionale pongono i principi ed all'interno di questi, che possono investire a seconda delle materie e degli interessi coinvolti anche l'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni, opera il regolamento locale». Nello stesso senso cfr. G. FALCON, *Considerazioni finali*, *ivi*, p. 1039. Sul punto cfr. anche R. TOSI, *Sui rapporti tra fonti regionali e fonti locali*, *ivi*, p. 963 ss.

di ripartizione delle competenze appare in tutta la sua evidenza se si considera che il caso dei servizi pubblici costituisce uno degli esempi più evidenti di sistema economico a più livelli (locale, nazionale, europeo, mondiale), fondato sul coordinamento e sul rispetto reciproco dei ruoli da parte dei diversi livelli territoriali di governo.

Queste considerazioni sembrano dunque tradursi con specifico riferimento al settore dei servizi pubblici, in un assetto delle competenze in cui allo Stato dovrebbe spettare la definizione delle condizioni generali di concorrenza da garantire in modo uniforme, nonché degli standard qualitativi e quantitativi delle prestazioni da assicurare su tutto il territorio nazionale; alle Regioni, la disciplina dei singoli settori attribuiti alla propria competenza, con l'introduzione di quei margini di flessibilità in ordine alla scelta degli strumenti in grado di superare le asimmetrie del mercato interessato.

5. *L'art. 35 della l. n. 448/2001 e il nuovo Titolo V della Costituzione*⁴¹

Resta, infine, da analizzare, sulla scorta delle osservazioni di cui al paragrafo precedente, la disciplina introdotta dall'art. 35, l. n. 448/2001⁴², che

⁴¹ Si segnala che, durante la fase di correzione delle bozze di questo articolo, è stato emanato il d.l. 30 settembre 2003, n. 269 «Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e la correzione dell'andamento dei conti pubblici», pubblicato nella *G.U.* 2 ottobre 2003, n. 229, S.O. n. 157, che, all'art. 14 riscrive il testo degli artt. 113 e 113-bis del d.lgs. n. 267/2000, così come modificati dall'art. 35 della l. n. 448/2001. In particolare, le principali modifiche riguardano: la distinzione tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza (anziché di rilevanza industriale); le modalità di erogazione dei servizi pubblici di rilevanza economica (con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali individuale attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; a società a capitale misto pubblico-privato, nelle quali il socio privato venga scelto con procedure ad evidenza pubblica; a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la fonte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano); l'abolizione del rinvio al regolamento governativo per l'individuazione dei servizi di rilevanza industriale, nonché per l'individuazione del periodo transitorio (tutte le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006).

Le considerazioni svolte del presente paragrafo si intendono, dunque, riferite alla situazione normativa vigente fino alla data del 30 giugno 2003.

⁴² Com'è noto l'art. 35 della l. n. 448/2001 (legge finanziaria per il 2002) ha in parte modificato il testo dell'art. 113 ss. del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (c.d. testo unico degli enti locali) – che riprendevano gli artt. 22 e 23, l. 8 giugno 1990, n. 142, relativi alle forme di gestione dei servizi pubblici locali – e in parte ha introdotto nuove disposizioni con riferimento a que-

ha ridefinito la disciplina dei servizi pubblici locali, dettando nuove disposizioni che in parte hanno modificato il testo degli artt. 113 e seguenti del d.lgs. n. 267/2000 e in parte hanno definito il regime transitorio per il passaggio dal vecchio al nuovo assetto dei servizi pubblici locali⁴³.

La nuova disciplina distingue preliminarmente tra servizi pubblici locali a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza⁴⁴, rinviando ad un successivo regolamento governativo la individuazione dei servizi a rilevanza industriale, nonché la definizione di un congruo periodo di transizione, nel caso in cui questo non sia definito dalle norme di settore⁴⁵⁻⁴⁶.

Per i servizi a rilevanza industriale, è affermato il principio della proprietà pubblica degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni patrimoniali⁴⁷; il prin-

sta materia. In particolare, il c. 1° dell'art. 35 sostituisce interamente l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000. Ulteriori e conseguenti modifiche del testo unico sono contenute nei cc. 12° e 15° (di introduzione dell'art. 113-*bis* nel testo unico degli enti locali), nonché nei cc. 13° e 14°. I commi da 2° a 11° dettano norme di diritto transitorio, relative al passaggio dal vecchio al nuovo regime delle forme di gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale. Il c. 16° prevede l'emanazione di un regolamento da parte del Governo per l'esecuzione e l'attuazione delle disposizioni di legge.

⁴³ Per i primi commenti in dottrina di tale articolo cfr. M. ALESIO, *I servizi pubblici locali: peso della tradizione e nuovo assetto delineato dalla finanziaria 2002*, in *Prime note*, 2002, febbraio; G. CAIA, *Commento alle nuove norme*, cit.; M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, in *Giornale dir. amm.*, 2002, p. 218 ss.; A. CAROSELLI, *Primi dubbi e perplessità sulla compatibilità costituzionale dell'art. 35, l. n. 448/2001*, in *Giust.it.*, 2002, p. 3.

⁴⁴ Cfr. art. 35, c. 1°, l. n. 448/2001. I servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale sono disciplinati dall'art. 113-*bis*, d.lgs. n. 267/2000, così come introdotto dal c. 15°, art. 35, l. n. 448/2001.

⁴⁵ Cfr. art. 35, c. 16°, l. n. 448/2001.

⁴⁶ Merita segnalare il recente disegno di legge n. 1753 «*Delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*», approvato dal Senato nella seduta pomeridiana del 14 maggio 2003, che all'art. 1, cc. 41°, 42° e 43° prevede modificazioni agli artt. 113 e 113-*bis* del d.lgs. n. 267/2000 e all'art. 35 della l. n. 448/2001. In particolare il c. 41°, lett. a), dell'art. 1, sopprime nell'art. 113, c. 1°, del d.lgs. n. 267/2000 le parole «*di rilevanza industriale*», facendo venire meno la distinzione fra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza. La lett. g), dello stesso comma introduce nell'art. 113 il c. 15° *bis*, che disciplina il periodo di transizione, prevedendo che ove questo non sia stabilito dalle norme di settore, «*le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2006, senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante [...]*». Inoltre, il c. 42°, lett. a), dello stesso art. 1 sostituisce nell'art. 113-*bis* alle parole «*privi di rilevanza industriale*», le parole «*privi di rilevanza economica*». Il c. 43° dell'art. 1 abroga il c. 16° dell'art. 35 della l. n. 448/2001, che rinvia al regolamento l'individuazione dei servizi a rilevanza industriale, facendo venire meno l'attribuzione al Governo della potestà di emanare tale regolamento.

⁴⁷ Cfr. art. 35, c. 2°, l. n. 448/2001: «*Gli enti locali non possono cedere la proprietà degli impianti, delle reti e delle altre dotazioni destinati all'esercizio dei servizi pubblici di cui al comma*

cipio di separazione, secondo quanto previsto dalle discipline di settore, dell'attività gestione delle reti e degli impianti dalla attività di erogazione del servizio⁴⁸; il principio dell'erogazione del servizio in regime di concorrenza⁴⁹. In particolare, sotto questo profilo, si prevede che l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, «avviene secondo le discipline di settore, con conferimento della titolarità del servizio a società di capitali da individuarsi attraverso l'espletamento di gare con procedura ad evidenza pubblica»⁵⁰.

Per i servizi privi di rilevanza industriale, l'art. 113 *bis* prevede l'affidamento diretto a istituzioni, aziende speciali anche consortili, a società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali, regolate dal codice civile⁵¹. In presenza di ragioni tecniche, economiche o di utilità sociale, i servizi possono essere affidati a terzi in base a procedura di evidenza pubblica⁵².

Com'è noto, l'art. 35 della l. n. 448/2001 è stato impugnato da alcune Regioni⁵³, che hanno ritenuto la disciplina introdotta da tale articolo inva-

1, salvo quanto stabilito dal comma 13». Tale comma stabilisce: «Gli enti locali anche in forma associata possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società di capitali di cui detengono la maggioranza che è incedibile [...]».

⁴⁸ Cfr. art. 35, c. 3°, l. n. 448/2001, in base al quale «le discipline di settore stabiliscono i casi nei quali l'attività di gestione delle reti e degli impianti destinati alla produzione dei servizi pubblici locali di cui al comma 1 può essere separata da quella di erogazione degli stessi. È in ogni caso garantito l'accesso alle reti a tutti i soggetti legittimati all'erogazione dei relativi servizi».

⁴⁹ Cfr. art. 35, c. 5°, l. n. 448/2001.

⁵⁰ Altre disposizioni che riguardano i servizi a rilevanza industriale sono: il divieto di partecipare alla gara a società che gestiscono a qualunque titolo servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto (c. 6°); l'individuazione del criterio di attribuzione della gara attraverso standard qualitativi e quantitativi (c. 7°); la generalizzazione del contratto di servizio come strumento generale di regolazione dei rapporti tra enti locali e società di erogazione del servizio e di gestione delle reti (c. 11°).

⁵¹ Il disegno di legge n. 1753 approvato dal Senato nella seduta pomeridiana del 14 maggio 2003 sostituisce alle parole «società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali», le parole «società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano» (cfr. art. 1, c. 42°, lett. b).

⁵² Cfr. art. 113-*bis*, c. 4°. Tale comma sarebbe invece abrogato dal disegno di legge n. 1753.

⁵³ Cfr. ricorso per questione di legittimità costituzionale n. 12, depositato in cancelleria il 1° marzo 2002 (della Regione Toscana), in *G.U.* 1ª Serie Speciale n. 15, del 10 aprile 2002, p. 61 ss.; ricorso per questione di legittimità costituzionale n. 20, depositato in cancelleria il 6 marzo 2002 (della Regione Basilicata), in *G.U.* 1ª Serie Speciale n. 18, dell'8 maggio 2002, p. 39 ss.; ricorso per questione di legittimità costituzionale (della Regione Campania) n. 21, depositato in cancelleria il 7 marzo 2002, in *G.U.* 1ª Serie Speciale n. 19, del 15 maggio 2002, p. 125 ss.; ricorso per questione di legittimità costituzionale n. 23, depositato in cancelleria l'8 marzo 2002 (della Regione Emilia Romagna), in *G.U.* 1ª Serie Speciale n. 22, del 5 giugno 2002, p. 65 ss.

siva delle sfere di competenza ad esse attribuite dal nuovo Titolo V Cost.

In particolare, si è sostenuto l'illegittimità della norma in questione in quanto l'art. 117 Cost. non contemplerebbe i servizi pubblici locali tra le materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato né tra quelle a legislazione concorrente, con la conseguenza che i medesimi rientrerebbero nella potestà legislativa «esclusiva» delle Regioni⁵⁴.

Tale conclusione, ad avviso delle Regioni ricorrenti, resterebbe ferma anche esaminando le competenze di natura trasversale che l'art. 117, c. 2°, Cost. riserva allo Stato in via esclusiva⁵⁵.

In realtà, come già sottolineato, la competenza esclusiva attribuita allo Stato in materia di tutela della concorrenza sembra costituire un titolo di legittimazione forte dell'intervento normativo statale⁵⁶.

⁵⁴ Di conseguenza lo stesso art. 35, nella parte in cui attribuisce ad un regolamento governativo l'adozione delle disposizioni necessarie per l'esecuzione e l'attuazione della norma e l'individuazione dei servizi a rilevanza industriale, sarebbe illegittimo anche per contrasto con l'art. 117, c. 6°, Cost. in quanto allo Stato spetta la potestà regolamentare solo nelle materie di legislazione esclusiva.

⁵⁵ In particolare nel ricorso della Regione Toscana, con riferimento alla tutela della concorrenza, si sottolinea come la disciplina dei servizi pubblici locali implichi la promozione della concorrenza, che non è riservata allo Stato, e non la tutela della stessa. Nel ricorso della Regione Emilia Romagna, con riferimento a questo specifico profilo, si sottolinea invece come la normativa introdotta costituisca certo non l'unico, ma semmai solo uno dei possibili modi di attuare i principi comunitari della concorrenza, con la conseguenza che «*in nessun caso, dunque, tali titoli di intervento statale giustificano l'appropriazione di una vasta materia, riservata alla competenza legislativa delle Regioni, mediante una disciplina statale analitica e interamente avocata al centro, tale da azzerare ogni ambito normativo delle regioni e degli enti locali*».

⁵⁶ Cfr. G. PITTALIS, *Regolazione pro-concorrenziale dei servizi pubblici locali: un principio vincolante per Stato e Regioni*, in *Giust. it.*, 2002, p. 12, che riporta quanto affermato dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato nel proprio atto di segnalazione in materia di regolazione delle attività economiche (AS 226 del 20 dicembre 2001), secondo cui «il testo novellato dell'art. 117 della Costituzione, nell'affidare maggiori poteri regolatori alle autonomie regionali e locali, attribuisce alla competenza legislativa esclusiva dello Stato la materia della tutela della concorrenza e prevede che le leggi statali e regionali debbano comunque rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario, tra i quali vanno certamente incluse le regole della concorrenza. In questo contesto, assume particolare rilievo l'esigenza di garantire che i processi di revisione in senso pro-concorrenziale si estendano anche alla regolazione di livello regionale e locale»; «In ogni caso, va sottolineato che le leggi e i regolamenti regionali, nonché gli atti amministrativi degli enti locali, adottati per la disciplina di vari settori economici, saranno tenuti al rispetto della concorrenza che costituisce principio generale dell'ordinamento». Secondo l'autore «la tutela della concorrenza sembra così assumere il significato di valore fondante della disciplina delle attività economiche, a qualunque livello questa si espliciti e quindi anche dei servizi pubblici di carattere imprenditoriale, da riguardarsi – alla luce del sistema comunitario di riferimento – nella loro oggettiva natura di attività economica, seppure suscettibile di essere eventualmente regolata anche ai fini del miglior conseguimento di risultati di interesse generale».

Ciò non toglie che il fatto che si tratti di una competenza esclusiva, in quanto tale deroga al principio generale della competenza regionale, nonché di una competenza di tipo trasversale, idonea ad investire una pluralità di materie, determina come conseguenza la necessità che sia intesa ed esercitata in senso restrittivo, senza esorbitare dagli istituti considerati come ragionevolmente necessari alla tutela della concorrenza e con i dovuti elementi di flessibilità per renderli applicabili a tutti i settori potenzialmente rilevanti⁵⁷.

Sotto questo profilo, non sembra trovare giustificazione il rinvio operato dall'art. 35, c. 16°, al regolamento governativo per la definizione dei servizi a rilevanza industriale e di quelli privi di tale rilevanza. Tale rinvio determina, infatti, l'attribuzione allo stesso regolamento della competenza a definire in termini rigidi e stringenti l'ambito di applicazione della norma, escludendo la possibilità per le Regioni di introdurre nei mercati di riferimento elementi di differenziazione e di flessibilità⁵⁸.

Peraltro, se non è possibile ritenere la disciplina dei servizi pubblici locali estranea alla competenza dello Stato, non si può neppure affermare che le Regioni non possano completare ed integrare le previsioni riformatrici⁵⁹, introducendo gli opportuni elementi di flessibilità e di adattamento, sia perché è certa la competenza concorrente e residuale nelle materie che vi sono connesse, sia perché vi è sicuramente una competenza regionale a definire il concreto contemperamento tra le esigenze degli utenti e il rispetto dei principi comunitari sulla libera circolazione dei servizi e sull'applicazione del principio di concorrenza.

Se si valuta con questi criteri il testo dell'art. 35, dovrebbero essere considerate conformi al dettato costituzionale quelle disposizioni che prevedono l'affidamento con gara del servizio pubblico, la determinazione dei criteri per regolare il subentro tra il vecchio ed il nuovo soggetto gestore del servizio pubblico locale, i requisiti per partecipare alle gare e la definizione dei criteri di aggiudicazione delle stesse.

Seguendo la stessa logica, si potrebbe ritenere che spetti alle singole Regioni, contrariamente a quanto disposto dall'art. 35, dettare norme per la di-

⁵⁷ In tal senso cfr. A. VIGNERI, *La liberalizzazione*, cit., p. 1118.

⁵⁸ Tale conclusione sembra peraltro avvalorata dal disegno di legge n. 1753 «*Delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della legislazione in materia ambientale e misure di diretta applicazione*», che elimina il rinvio al regolamento governativo che dovrebbe disciplinare l'individuazione dei servizi a rilevanza industriale, nonché la definizione del periodo di transizione per il passaggio dal vecchio al nuovo regime, facendo venire meno la potestà del Governo di emanare tale regolamento.

⁵⁹ Si veda nello stesso senso G. CAIA, *Commento alle nuove norme*, cit., p. 5.

disciplina del periodo transitorio previsto per garantire la gradualità del passaggio dal vecchio al nuovo regime dei servizi pubblici a rilevanza industriale; per la disciplina delle condizioni di gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali; per la disciplina dei diversi settori di servizi pubblici.

In effetti, il nuovo quadro costituzionale pare delineare un assetto di competenze complesso, articolato e flessibile, all'interno del quale l'individuazione degli obiettivi di interesse generale e degli interessi unitari, la definizione delle clausole di unità del sistema, la fissazione delle «regole del gioco», con funzioni di coordinamento e garanzia, sono rimesse allo Stato, mentre alle Regioni è riconosciuto comunque un ruolo fondamentale nella definizione della disciplina dei servizi pubblici.

In tal senso, la verifica, attraverso la decisione della Corte costituzionale, dello spazio di intervento da riconoscere alle regioni in tema di servizi pubblici locali – proprio perché questi sono direttamente correlati ai bisogni fondamentali dei cittadini e si pongono come strumenti di effettività e garanzia dei diritti degli utenti, sui quali questi sono in grado di giudicare il grado di adesione e di accettabilità dei vincoli di solidarietà e di identità culturale che caratterizzano il loro vivere sociale – costituisce, dunque, oggi un passaggio decisivo per comprendere la portata della riforma e il ruolo delle regioni nel sistema⁶⁰.

⁶⁰ In considerazione della modifica normativa, cui si è fatto cenno, *retro*, nota 41, si tenga presente che la Corte costituzionale potrebbe dichiarare, nel caso in cui le Regioni non impugnino l'art. 14 del d.l. n. 269/2003, la sopravvenuta carenza d'interesse se ed in quanto l'art. 35 della l. n. 448/2001, al momento della decisione del giudice costituzionale, non abbia ricevuto alcuna concreta ed effettiva attuazione.

