

***QUALCHE CONSIDERAZIONE SULL'ESERCIZIO DELLA DELEGA  
LEGISLATIVA IN MATERIA DI SERVIZI PUBBLICI LOCALI\*\****

*\*\* Relazione svolta dall'A. nel seminario pubblico di approfondimento sulla disciplina dei servizi pubblici locali "Servizi pubblici locali e criteri di economicità, efficienza ed efficacia. Le scelte tra le modalità di organizzazione del servizio pubblico. Lo sviluppo della concorrenza", on-line, Spisa in collaborazione con il Gruppo di lavoro costituito presso il Segretariato Generale della Presidenza del Consiglio dei Ministri per lo studio e l'analisi dei servizi pubblici locali in relazione agli obiettivi del PNRR, 30 giugno 2022*

**1. Introduzione**

Vorrei proporre qualche considerazione sulla delega in materia di servizi pubblici locali, contenuta nell'articolo 8 della legge n. 118 del 2022, soprattutto sulla base dell'esperienza fatta nel 2016 nella redazione di un testo unico in materia, a sua volta previsto da una delega legislativa contenuta nella legge n. 124 del 2015. Quel testo unico non entrò mai in vigore, pur avendo completato il procedimento previsto dalla legge delega ed essendo stato approvato in via definitiva dal Consiglio dei ministri, a causa di una strana sentenza della Corte costituzionale (n. 251 del 2016) e, forse, indirettamente, delle resistenze incontrate da altre riforme, che erano state avviate dalla stessa legge delega.

Ciò che mi sembra utile prendere da quel testo del 2016 sono i principi. Meno significativa è la disciplina di dettaglio in esso contenuta, che era forse un po' meno felice per le ragioni che dirò. Farò quindi qualche considerazione generale sull'attuale delega, mettendola a confronto con l'esperienza di qualche anno fa. Vorrei inoltre affrontare qualche questione fondamentale che mi sembra si ponga di fronte all'elaborazione di un nuovo testo unico: tra queste, il concetto di servizio pubblico locale (che cosa è servizio pubblico) e l'ambito della disciplina (di quali servizi pubblici locali si dovrà occupare il futuro testo unico).

(\*) Professore ordinario di Diritto amministrativo nella LUISS di Roma

## **2. La delega**

Comincio dunque con qualche considerazione generale sulla delega contenuta nel disegno di legge sulla concorrenza, che sta per essere approvato. Mi sembra che sia giustamente una delega piuttosto ampia. Essa contiene un elenco abbastanza lungo di principi e criteri direttivi che, però, in buona misura, si riducono all'individuazione di oggetti da regolare; alcuni contribuiscono a definire l'oggetto, ma non sono veri principi e criteri direttivi; altri indicano qualche obiettivo fondamentale. C'è qualche superfetazione, qualche elemento un po' superfluo, che però non mi sembra particolarmente dannoso, dal momento che le deleghe possono anche essere esercitate in modo parziale.

Nel complesso, gli effettivi criteri di delega non sono molti. Di conseguenza, il Governo, in sede di redazione del decreto legislativo, avrà un buon margine di manovra. Naturalmente, trattandosi di un'operazione di codificazione, ci si dovrà basare in buona misura sul tessuto normativo esistente.

Dal punto di vista della procedura di elaborazione del decreto legislativo, siamo in una fase in cui, pur avendosi un governo tecnico di ampia coalizione, il Parlamento tende a dare maggiore fiducia all'esecutivo rispetto a quella che, qualche anno fa, una maggioranza politica era disposta a dare al proprio governo. Lo si vede, per esempio, dalla procedura di elaborazione dei decreti legislativi, che non prevede – come succedeva abbastanza regolarmente nella legislatura precedente – pareri vincolanti delle Commissioni parlamentari o il doppio passaggio con le Commissioni stesse. Anche da questo punto di vista, il Governo ha una mano un po' più libera nei confronti del Parlamento. È un po' più vincolato, però, rispetto a quanto previsto dalla delega del 2015, nei confronti della conferenza Stato-regioni. È una differenza ragionevole, proprio in considerazione dell'esperienza del 2016, quando il decreto legislativo non fu adottato perché la Corte costituzionale aveva annullato la legge delega nella parte in cui non

prevedeva l'intesa in Conferenza (la quale, peraltro, paradossalmente, era stata di fatto raggiunta).

La delega attuale è abbastanza ampia e – a differenza della delega sul codice dei contratti pubblici che è stata appena approvata – non impone di redigere un testo unico, ma parla di uno o più decreti, anche con l'eventuale adozione di un testo unico. Di conseguenza, la scelta di adottare un testo unico è rimessa al governo.

A me sembra però che redigere un testo unico – almeno sulla disciplina generale dei servizi pubblici locali – sia una scelta abbastanza obbligata e generalmente condivisa, così come era condivisa nel 2016. La disciplina generale dei servizi pubblici locali, infatti, risulta ancora da diverse disposizioni normative, in parte poste dal testo unico degli enti locali, in altra parte risalenti a una decina di anni fa. Questa operazione di codificazione sarebbe importante: lo ha dimostrato anche il testo unico sulle società partecipate, che era un po' il gemello di quello non approvato nel 2016, ma era arrivato qualche mese prima e quindi, per fortuna, vide la luce. Codificare disposizioni che sono collocate in diversi testi normativi spesso ne determina non solo un migliore coordinamento, ma anche una valorizzazione e un aumento di effettività: la disposizione assume una maggiore visibilità e di fatto viene applicata più facilmente.

L'obiettivo fondamentale della legge delega, in sintesi, è quello di introdurre maggiore concorrenza nella disciplina dei servizi pubblici locali, con quanto ne consegue, per esempio, in termini di proporzionalità nel riconoscimento di regimi speciali esclusivi. Il principio della concorrenza normalmente è un alleato dell'interesse pubblico alla soddisfazione delle esigenze dei cittadini, che comunque deve essere continuamente tenuto in considerazione.

Aggiungerei che, rispetto al tentativo precedente, sono passati sei anni: sono tanti, se si considera qualche fenomeno che è al centro del PNRR, come la transizione digitale e la transizione ecologica. Redigere oggi un testo unico dei servizi pubblici locali significa

anche tener conto di come è cambiata anche la tecnologia. In materia di trasporto pubblico locale, per esempio, la tecnologia ha un ruolo essenziale perché consente di coordinare i diversi tipi di trasporto, di fornire agli utenti informazioni aggiornate in tempo reale, di rilevare le esigenze di trasporto della popolazione, di coordinare piattaforme complesse e diversi servizi di mobilità.

### **3. L'individuazione dei servizi pubblici**

Fatte queste considerazioni, vorrei concentrarmi sul concetto di servizio pubblico, e di servizio pubblico locale in particolare. Esso è al centro di tante teorie, elaborazioni scientifiche e riferimenti normativi. Oggi, tuttavia, ha una definizione abbastanza precisa proprio nel testo unico sulle società pubbliche, che è uno dei testi con cui ovviamente il nuovo testo unico dovrà coordinarsi (oltre che, ovviamente, con altre discipline di confine, più o meno ordinate, come, per esempio, il codice dei contratti pubblici). La definizione del testo unico sulle società pubbliche mi sembra importante soprattutto perché nella delega vi è una qualche ambiguità sull'individuazione dei servizi pubblici locali. Sulla base di essa, si potrebbe pensare che il governo debba o possa stabilire per legge quali sono i servizi pubblici locali stessi, redigendone un elenco, analogamente a quanto operato dalla legge Giolitti del 1903: la delega infatti parla di individuazione dei servizi pubblici locali nell'ambito della potestà legislativa esclusiva dello Stato ai sensi della lettera *p*) dell'articolo 117, secondo comma, della Costituzione, facendo dunque riferimento all'individuazione delle funzioni fondamentali dei comuni.

Non interpreterei la delega in questo modo e credo che sarebbe un errore operare un'individuazione per legge dei servizi pubblici che possono essere assunti dagli enti locali: sia per ragioni attinenti all'autonomia degli enti locali, sia per ragioni attinenti a valutazioni economiche e al funzionamento dei mercati.

Dal primo punto di vista, agli enti locali non può essere del tutto negata una valutazione sugli interessi dei cittadini, che richiedono di essere soddisfatti con un intervento pubblico. È vero che la Costituzione attribuisce allo Stato l'individuazione delle loro funzioni fondamentali, però ci sono anche le funzioni non fondamentali, che l'ente locale deve essere libero di individuare. Si tratta di un attributo minimo di autonomia, la cui negazione rischierebbe di violare il principio di autonomia, di cui all'articolo 5 della Costituzione. Il comune, in virtù della sua natura eminentemente politica e della sua potestà statutaria, deve poter scegliere di quali ulteriori esigenze dei cittadini farsi carico, in aggiunta a quelle individuate dalla legge. Anche la giurisprudenza della Corte costituzionale riconduce la qualificazione di un'attività come servizio pubblico al fatto che un ente pubblico abbia inteso assumersi la responsabilità di una certa attività a beneficio della comunità di riferimento (così, di recente, la sentenza n. 103 del 2020).

Dal secondo punto di vista, un'elencazione per legge dei servizi pubblici locali sarebbe inopportuna perché gli enti locali sono molto diversi gli uni dagli altri e il principio di differenziazione, enunciato dall'articolo 118 della Costituzione, impedisce di trattarli tutti nello stesso modo. Ci sono quelli del Nord e quelli del Sud; quelli di pianura, di montagna e di mare; ci sono quelli grandi e quelli piccoli, ciascuno con diverse esigenze. Per esempio, in materia di trasporti pubblici locali (si pensi alla mobilità condivisa, per esempio ai monopattini a noleggio e al car sharing), le esigenze locali possono essere molto diverse. In alcuni contesti queste attività possono funzionare bene se sono lasciate alle dinamiche di mercato: un mercato che l'ente locale può eventualmente regolare, anche chiedendo un contributo, per esempio per l'occupazione degli spazi pubblici. In altri contesti, il comune può invece ritenere di dover assumere e magari sostenere lo stesso servizio.

Mi sembra, quindi, che un elenco legislativo dei servizi pubblici locali sarebbe estremamente difficile da fare e sarebbe inevitabilmente molto ampio. Ci sono infatti varie

attività – dalle farmacie ai porti turistici agli impianti a fune – che in contesti molto particolari un comune può decidere di assumere come servizio pubblico. Prevederli per legge, però, significherebbe quasi incoraggiare anche altri comuni, che magari non avvertono questa esigenza, ad assumere questi servizi. Potrebbe in questo modo determinarsi anche un effetto di limitazione del mercato e di eccessivo intervento pubblico.

Ritengo invece che un esercizio ragionevole della delega debba indurre a prevedere che la legge stabilisca, quale funzione fondamentale dell'ente locale, l'individuazione delle esigenze che giustificano, in determinate condizioni, l'assunzione di un servizio da parte di un ente locale, nonché le modalità con cui avviene questa scelta. Mi concentrerei sulle modalità, sui criteri e sulle procedure con cui l'ente locale individua il servizio pubblico e sulla forma di assunzione ed eventualmente di gestione di servizio pubblico, piuttosto che sulla diretta indicazione legislativa dei servizi pubblici.

Ai fini delle modalità con cui l'ente locale compie le scelte appena indicate, si potrebbero recuperare alcune delle previsioni generali, contenute nel progetto di testo unico del 2016, come quelle relative al coinvolgimento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per assicurare che la decisione dell'ente locale di assumere un certo servizio pubblico sia una decisione adeguatamente meditata. Similmente, si potrebbero prevedere – anche se non come obbligo – forme di consultazione pubblica degli operatori o anche dei cittadini.

#### **4. La definizione di servizio pubblico**

Vengo quindi al tema del concetto di servizio pubblico. Credo che sarebbe utile che il nuovo testo unico recepisce la definizione di servizio pubblico contenuta nel testo unico delle società locali. Trovo quella definizione felice soprattutto perché mi sembra che essa soddisfi una duplice esigenza di delimitazione del concetto. Il concetto di servizio

pubblico va distinto, da un lato, dalle normali attività di impresa – stando attenti a evitare un eccesso di attivismo da parte degli enti locali – e, dall'altro, dalle attività strumentali, che sono materia estranea a quella dei servizi pubblici anche se, nel testo unico delle società pubbliche, sono a essi accomunati dal giustificare la partecipazione societaria.

Ritengo che una definizione di servizio pubblico debba contenere due elementi, presenti nella definizione del testo unico delle società pubbliche.

Innanzitutto, l'elemento del fallimento del mercato: c'è servizio pubblico quando è necessario un intervento pubblico, dal momento che il mercato non c'è o non funziona in modo da soddisfare adeguatamente le esigenze dei cittadini, in termini di condizioni economiche, diffusione o qualità del servizio. Questo elemento mi sembra particolarmente importante, soprattutto se nel futuro testo unico non ci sarà – come, ripeto, mi sembra che non ci debba essere – un elenco dei servizi pubblici. Il concetto di servizio pubblico deve essere delimitato in modo da evitare il rischio che vi rientri una qualsiasi attività di impresa, che un ente locale decida di assumere.

L'altro elemento importante è il riferimento alle esigenze della collettività locale, perché solo questo può giustificare la scelta di un ente locale di farsi carico di un certo servizio. Mi preoccuperei, quindi, di evitare che la disciplina dettata per i servizi pubblici venga estesa ad attività strumentali, che pongono problemi del tutto diversi.

## **5. L'ambito di applicazione della disciplina**

Un altro tema che vorrei affrontare è quello dell'oggetto della disciplina e del suo ambito di applicazione: di che cosa deve occuparsi il futuro testo unico? Quali materie deve disciplinare?

L'esperienza di redazione di norme suggerisce che spesso meno si scrive, meglio è. La scelta fondamentale, in questo caso, è quella fra il codificare solo la disciplina generale o anche le norme relative a singoli settori. In materia di servizi pubblici locali, infatti, ci

sono norme generali che risalgono in parte al 2000 e sono in altra parte più recenti: esse meritano certamente di essere riordinate e codificate. E forse sarebbe bene che si aggiungesse anche una definizione di servizio pubblico, dal punto di vista sostanziale, e la disciplina delle modalità di decisione sull'assunzione del servizio pubblico, dal punto di vista procedurale.

Per i servizi pubblici più importanti, tuttavia, vi è una disciplina speciale, che rende un po' meno importante la disciplina generale. La mia preferenza è per un testo unico che riguardi essenzialmente la disciplina generale dei servizi pubblici locali, senza essere appesantito da norme speciali e settoriali, come avvenne per il progetto del 2016. Non escluderei del tutto l'inserimento di norme settoriali, ma cercherei di essere molto prudente, mantenendolo come un testo snello, principalmente di disciplina generale.

D'altra parte, la disciplina generale dovrebbe riguardare tutti i servizi pubblici locali, compresi i servizi a rete, per i quali c'è una disciplina ulteriore, a sua volta bisognosa di codificazione. La delega li contempla, contenendo riferimenti ai settori del servizio idrico e dei rifiuti. Una disciplina generale dovrebbe applicarsi – almeno nei principi – anche ai servizi a rete, anche per affrontare questioni quali quelle inerenti alla tutela degli utenti, al rapporto contrattuale con l'eventuale concessionario, alla durata dell'affidamento, alla disciplina del subentro o alle carte dei servizi.

Nel complesso, dunque, la mia preferenza sarebbe per un testo unico tendenzialmente della disciplina generale, applicabile a tutti i servizi pubblici.

## **6. Soddisfacimento dell'interesse pubblico e gestione del servizio pubblico**

Vorrei esaminare infine qualche altra questione, relativa alle modalità di soddisfacimento dell'interesse pubblico, che è alla base di ogni servizio pubblico locale, all'eventuale assunzione del servizio e alla relativa forma di gestione.

Il cuore del testo unico non emanato nel 2016, la parte forse più originale, era l'articolo 6. Il messaggio fondamentale, che esso voleva trasmettere, è che, che se c'è un'esigenza di servizio pubblico, questo non significa necessariamente che il comune o l'ente locale debba farsi carico della gestione e della responsabilità del servizio. Possono infatti esservi anche altri modi, più rispettosi del mercato, di affrontare l'esigenza di servizio pubblico. L'articolo 6 distingueva fra tre possibili soluzioni, graduate in base all'intensità dell'intervento.

La prima soluzione – più prudente e più rispettosa dell'iniziativa economica privata – è quella di imporre obblighi di servizio pubblico a tutti gli operatori del relativo mercato, lasciando il servizio al mercato stesso. Per esempio, può darsi che il mercato dei monopattini a noleggio non dia garanzie adeguate in termini di sicurezza, di qualità del servizio, di prezzi o di diffusione; l'amministrazione può allora intervenire per imporre a tutti gli operatori che vogliono entrare in quel mercato determinati obblighi (come l'obbligo di essere presenti nelle diverse zone del territorio comunale o quello di predisporre stazioni di parcheggio); in questo modo, essa affronta l'esigenza di servizio pubblico affidandosi agli operatori che nascono spontaneamente, senza bisogno di limitare la concorrenza.

La seconda soluzione era quella del riconoscimento agli utenti di vantaggi economici o titoli per la fruizione del servizio. Per esempio, si può attribuire, mediante l'emissione di *voucher*, la possibilità di viaggiare gratis o a prezzo scontato a spese dell'amministrazione, la quale acquista preventivamente i *voucher* o rimborsa successivamente l'operatore. Anche questa è una soluzione che consente di non privare gli operatori della possibilità di accedere liberamente al mercato.

La terza soluzione è quella più forte e consiste nell'assunzione del servizio pubblico da parte dell'amministrazione, con l'individuazione di uno o più operatori tenuti ad adempiere all'obbligo di servizio pubblico. Solo in questo caso si pone il problema della scelta della

forma di gestione: l'attività viene quindi sottratta al mercato e gestita direttamente o affidata a uno o più operatori, scelti possibilmente con procedura competitiva.

In altri termini, non è scontato che, se c'è un servizio pubblico, la scelta debba essere necessariamente l'ultima menzionata: il servizio pubblico si può soddisfare anche imponendo obblighi a tutti gli operatori, senza bisogno di limitare la concorrenza, o attribuendo vantaggi economici agli utenti. Valuterei poi la possibilità di imporre all'amministrazione, che opti per la terza soluzione (e, quindi, decida di assumere un servizio), una riflessione su quale forma è adeguata e un onere di motivazione sulle ragioni della scelta.

Nel caso in cui il comune o l'ente locale decida di scegliere la forma più invasiva e, quindi, di assumere la responsabilità del servizio, si pone il problema delle forme di gestione. Il testo del 2016 prevedeva quattro possibili forme: la gara, la società mista con gara per scelta del socio privato, l'affidamento *in house* e, solo per i servizi non a rete, la gestione diretta o la gestione mediante azienda speciale. La gestione mediante azienda speciale è una soluzione ormai poco diffusa per i servizi di rilevanza economica, che però potrebbe essere recuperata come una forma di internalizzazione, consentendo qualche controllo in più rispetto all'affidamento *in house*.

Per quanto riguarda gli affidamenti *in house*, l'esigenza di tutela della concorrenza induce a limitare la possibilità di farne ricorso. Da questo punto di vista, però, il nostro ordinamento ha già norme che danno corpo a un'ostilità molto forte nei confronti di questi affidamenti. Oltre alle norme europee, abbiamo infatti le norme dell'articolo 192 del codice dei contratti pubblici e qualche previsione dell'articolo 16 nel testo unico sulle società pubbliche, che nel complesso li rendono già abbastanza difficili. Mi sembra, peraltro, che spesso tutti questi vincoli e oneri motivazionali si traducano spesso in una produzione di carte e in richieste di pareri a consulenti, ma non sempre riescano a impedire affidamenti poco efficienti. Non sarei quindi favorevole a ulteriori vincoli

sostanziali o procedurali. Dopo tutto, se un comune ha una società in house che funziona bene, attraverso la quale esso riesce a controllare un servizio di cui, in definitiva, è responsabile nei confronti dei cittadini, non sarei troppo ostile a impedire la prosecuzione dell'attività.

Il problema è, appunto, distinguere fra gli affidamenti *in house* buoni e quelli cattivi, cosa certo non facile. Nella valutazione, che le amministrazioni devono fare quando decidono la forma di gestione, forse occorrerebbe tener conto anche dell'esperienza pregressa e distinguere fra servizi vecchi e servizi nuovi. Se un comune decide di prendersi la responsabilità di un nuovo servizio, allora forse la gestione diretta si giustifica di meno. Anche in questo caso, eviterei però di aggiungere ulteriori vincoli procedurali a quelli già esistenti e cercherei piuttosto di regolare e di favorire la concorrenza attraverso incentivi. Si potrebbe, per esempio, introdurre incentivi per le aggregazioni, come previsto nella legge delega, o per i buoni risultati che si ottengono con le gestioni precedenti, piuttosto che ricorrere al modello “command and control”, con regole sostanziali e procedurali che a volte appesantiscono la procedura. Sposterei l'attenzione sui controlli di prodotto piuttosto che su quelli di processo.

Ci sono, infine, vari altri temi relativi al contenuto della disciplina che meritano di essere trattati, come quello delle autorità locali di regolazione e della tutela degli utenti. Si potrebbe cercare di recuperare il principio di distinzione fra la funzione di regolazione e quella di gestione, separandole laddove possibile e utile in ragione del servizio e della sua dimensione. Cercherei poi di valorizzare le carte dei servizi, che hanno avuto una stagione con incerta fortuna e sono state nel complesso poco valorizzate. Su questi temi, forse si può trarre qualche spunto dal testo del 2016, che invece non prenderei a modello per quanto riguarda la disciplina di dettaglio, probabilmente troppo estesa e, allo stesso tempo, svuotata dall'introduzione di eccezioni molto ampie per interi settori.

In conclusione, è bene tenere presente che in questa materia, come in quella delle società pubbliche, le norme sono un po' come le medicine: sarebbe meglio non averne bisogno; sarebbe meglio se gli enti locali fossero bravi azionisti e bravi gestori dei servizi pubblici locali, senza bisogno di vincoli e stimoli. Purtroppo, però, quando c'è un problema la medicina bisogna prenderla, ma bisogna sapere che non sempre funziona e che a volte produce effetti collaterali indesiderati. Questa considerazione dovrebbe indurre a resistere alla tentazione, che c'è sempre, di risolvere tutti i problemi con una norma. Il mio suggerimento finale, quindi, è di scrivere poco e, nel dubbio, scrivere meno.