

**Il concorso del legislatore statale e di quelli regionali
alla liberalizzazione dei servizi pubblici locali
nelle recente giurisprudenza costituzionale**

di Camilla Buzzacchi
(10/06/2006)

(in corso di pubblicazione in "le Regioni, 3/2006)

Sommario: 1. Introduzione. - 2. La sent. n. 29 in materia di procedure di gara. - 3. La sent. n. 80 in materia di proroghe degli affidamenti preesistenti. - 4. I servizi pubblici locali tra competenza statale trasversale e competenze regionali residuali.

1. *Introduzione*

Già due volte, in questo inizio dell'anno 2006, la Corte costituzionale ha avuto occasione di pronunciarsi sul tema della concorrenza nei servizi pubblici locali: ciò è avvenuto con la sentenza n. 29 e la sentenza n. 80, che hanno avuto per oggetto lo specifico profilo della regolamentazione del passaggio ad un sistema di servizi pubblici locali liberalizzato. Si tratta di un duplice intervento in merito ad una tematica che si prospetta di sempre maggiore attualità, benché la sua evoluzione sia stata negli ultimi anni piuttosto controversa e poco lineare: e tali pronunce, che si pongono in linea di continuità con pregresse decisioni della Corte, devono essere necessariamente considerate come contributi rilevanti per la definizione della materia, che risulta tuttora in corso di determinazione perché collocata in un quadro normativo nel quale incidono vari soggetti e livelli, da quello comunitario a quello regionale, a cui va poi aggiunto il ruolo fondamentale degli enti locali nell'effettiva organizzazione dei servizi pubblici.

La prima impressione che si trae da un sommario approccio alle due decisioni in commento è quella di una loro discordanza: esse sembrerebbero di segno contrapposto, dal momento che nella prima il giudice costituzionale legittima la disciplina regionale, mentre nella seconda vi è una generalizzata condanna delle normative regionali impugnate dal Governo a fronte della riaffermazione della legittimità della regolazione statale di principio. In realtà la logica del giudice delle leggi si dimostra dotata di una propria coerenza - per il vero, non del tutto condivisibile - tesa com'è, in entrambe le pronunce, a tutelare un modello, quello dell'apertura al mercato delle *public utilities*, che sembra invece incontrare continui ostacoli a causa di varie resistenze e di fattori di natura non esclusivamente giuridica. A questi si aggiunge, con ruolo non secondario, proprio la circostanza che la competenza legislativa relativa ai complessi e diversi ambiti che sono solitamente ricondotti alla categoria unica dei «servizi pubblici locali» è, di fatto, condivisa tra Stato e Regioni[1]: con l'effetto che essa non sempre - o forse quasi mai - si muove in maniera univoca e unitaria in relazione ai fini.

2. *La sent. n. 29 in materia di procedure di gara*

La prima delle due decisioni, la sent. n. 29, dirime l'impugnazione della legge n. 23 del 2004 della Regione Abruzzo intitolata «Norme sui servizi pubblici a rilevanza economica»[2], la quale, insieme alla legge n. 26 del 2003 della Regione Lombardia[3], è l'unica disciplina regionale generale in materia di servizi di interesse economico, adottata in seguito ai vari interventi del legislatore nazionale in materia[4]. In particolare, la Corte deve rispondere all'impugnazione di alcune previsioni di due disposizioni - gli artt. 4 e 7 - le quali riguardano, sotto vari e differenti aspetti, il tema complessivo delle gare per la scelta del soggetto gestore del servizio, ovvero per la scelta del socio privato delle società a capitale misto pubblico/privato[5].

Ma prima di analizzare il merito della questione, va segnalato lo sforzo del giudice costituzionale di ricostruire il quadro normativo della materia, il quale si è andato affermando per effetto della progressiva stratificazione di norme nazionali e di richiami da parte delle istituzioni europee - inclini a considerare gli interventi del legislatore italiano poco coerenti rispetto alla disciplina comunitaria - ed è già stato oggetto di importanti pronunce della Corte costituzionale, che ha quindi già contribuito a definire ed a chiarire come vada intesa la legislazione nazionale e regionale in materia di servizi di interesse economico generale. Poiché la disciplina statale, a partire dall'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000, che ha riprodotto le previsioni dell'art. 22 della prima disciplina di riordino degli enti locali - la legge n. 142 del 1990 - per arrivare fino all'art. 35 della legge finanziaria per il 2002 - la legge n. 448 del 2001 - e poi ancora al decreto legge n. 269

del 2003, convertito poi nella l. 24 dicembre 2003, n. 326, il cui art. 14 recepisce la distinzione più vicina al diritto comunitario tra servizi di rilevanza economica e servizi privi della stessa, ha complessivamente dimostrato incoerenza e incertezza nel regolamentare la materia, necessitando invece di correzioni ed aggiustamenti ripetuti e successivi, la Corte coglie questa occasione per fissare i punti ormai acquisiti di tale processo normativo. Il punto 8 della motivazione procede infatti ad una sorta di riepilogo dei tratti qualificanti la disciplina in esame: la Corte effettua una rigorosa ricostruzione degli aspetti caratterizzanti il quadro normativo che si è andato gradualmente a consolidare, al punto che il risultato di tale approccio di sistematizzazione si potrebbe considerare come una sorta di «statuto» della materia, assente nelle precedenti pronunce - le sentt. 272 e 345 del 2004 - del giudice delle leggi, che ora pare invece avvertire la necessità di fare il punto del contenuto e del senso della disciplina statale.

Passando ora alla questione controversa, il ricorso governativo sostiene che la materia dei servizi pubblici locali a rilevanza economica è oggetto, per i profili relativi alla tutela della concorrenza, della competenza legislativa esclusiva dello Stato - ex art. 117, comma 2, lettera e), della Costituzione - ed è pertanto disciplinata dall'art. 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, la quale è norma di principio, non derogabile dalla legislazione regionale, secondo quanto asserito dalla sent. n. 272 del 2004[6]. Di conseguenza una normativa regionale che prevede che le società a capitale interamente pubblico, cui sia stata conferita dagli enti locali la proprietà di reti, impianti e dotazioni patrimoniali, destinati all'esercizio dei servizi pubblici, non possano partecipare alle gare ad evidenza pubblica indette per la scelta del soggetto gestore del servizio o del socio privato delle società a capitale misto pubblico/privato; che stabilisce altresì un limite minimo (40 per cento del capitale sociale) per la partecipazione azionaria del socio privato, da scegliere con procedura di evidenza pubblica, della società mista cui può essere conferita la titolarità della gestione del servizio pubblico di rilevanza economica; che obbliga le società a capitale interamente pubblico, affidatarie del servizio pubblico, al rispetto delle procedure di evidenza pubblica imposte agli enti locali per l'assunzione di personale dipendente, si configurerebbe come ripetutamente lesiva delle norme di principio della legislazione statale volte a garantire la concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali.

Il ricorso così argomentato non è accolto dalla Corte[7], che in sostanza rileva che sotto i vari profili denunciati la legislazione statale non prevede divieti espressi e dunque, «nel silenzio della legislazione statale al riguardo, può ritenersi ammissibile che le Regioni, esercitando la loro discrezionalità legislativa, integrino la disciplina dettata dallo Stato»[8]: tanto più che la Corte ravvisa nello specifico esercizio di tale discrezionalità legislativa integrativa da parte della Regione Abruzzo anche profili di ragionevolezza nella direzione dell'edificazione di un più coerente sistema concorrenziale, riconoscendo così indirettamente come l'obiettivo - non «materia»[9] - della tutela della concorrenza, seppure di competenza dello Stato, sia conseguibile anche attraverso opportune scelte legislative regionali, capaci di trasporre nelle loro leggi gli indirizzi di principio della normativa nazionale. Le Regioni vengono in tal modo ritenute soggetti idonei a contribuire, tramite discipline appropriate e adeguatamente congegnate, alla promozione del modello concorrenziale: il quale, nel caso specifico, concerne il settore dei servizi pubblici locali aventi rilevanza economica, e dunque destinati ad un sistema di relazioni competitivo.

A conferma di ciò la Corte censura un unico profilo della disciplina impugnata, ovvero quello della mancata previsione di un periodo transitorio nel quale, sul modello di quanto prescritto dall'art. 113, comma 15-*quater*, del d. lgs. n. 267 del 2000, sia consentito «un complessivo riequilibrio e un progressivo adeguamento del "mercato"». La legge regionale abruzzese introduce invece troppo radicalmente il criterio del mercato, vietando alle società a capitale interamente pubblico, già affidatarie in via diretta della gestione di un servizio pubblico, di partecipare alle gare ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto gestore del servizio: con sentenza additiva il giudice costituzionale dichiara così l'illegittimità della disposizione «nella parte in cui non prevede che il divieto ivi contemplato si applica a decorrere dal 1° gennaio 2007»[10], e dunque frena il legislatore regionale rispetto ad un'eccessiva anticipazione dell'apertura al mercato, che rimane evidentemente un obiettivo da condividere sia dallo Stato che dalle Regioni, ma permettendo agli operatori destinati a muoversi in tale mercato di attrezzarsi opportunamente in un arco di tempo contenuto ma non irrilevante.

3. *La sent. n. 80 in materia di proroga degli affidamenti preesistenti*

La successiva sent. n. 80 sembra paradossalmente capovolgere quest'ultimo principio. Il giudice costituzionale è chiamato a pronunciarsi su molteplici discipline - delle Regioni Lazio, Liguria, Veneto e Calabria - accomunate dal fatto di avere previsto proroghe ai soggetti concessionari dei servizi di trasporto pubblico locale incompatibili con quanto dettato dalla disciplina di settore: secondo la ricostruzione della decisione le disposizioni regionali variamente «introducono proroghe degli affidamenti preesistenti (o di alcuni di essi) rispetto al termine ultimo, previsto dal legislatore statale, per l'entrata in vigore del nuovo regime di affidamento di tutti i servizi di trasporto pubblico locale mediante procedure ad evidenza pubblica». Il contrasto, secondo il ricorrente, si produrrebbe non solo nei confronti,

ancora una volta, dell'art. 117, comma 2, lettera e), Cost., ma anche del comma 1 di tale disposizione, in quanto le norme regionali sarebbero suscettibili «di alterare il regime di libero mercato delle prestazioni e dei servizi, in violazione degli obblighi comunitari in materia di affidamento della gestione dei servizi pubblici, derivanti dagli articoli 49 e seguenti del Trattato CE»[11].

Tale ragionamento viene pienamente accolto dalla Corte, la quale non ricorre, come normativa di riferimento, proprio a quella disposizione dell'art. 113 del Testo unico degli enti locali a cui si era invece richiamata nella sent. n. 29[12], bensì all'art. 18, comma 3-bis, del d. lgs. n. 422 del 1997, che fissa il termine ultimo entro cui le Regioni possono mantenere gli affidamenti agli attuali concessionari di servizi di trasporto pubblico locale, ponendo tuttavia «l'obbligo», per tale periodo transitorio, «di affidamento di quote di servizio o di servizi speciali mediante procedure concorsuali». Al termine di tale periodo è in ogni caso previsto che tutti i servizi siano affidati esclusivamente tramite procedure concorsuali. Essendo il d. lgs. n. 422 del 1997 la disciplina di settore in materia di trasporto pubblico locale, ed avendo la stessa, nonché altre e successive discipline, già prorogato i termini della liberalizzazione in tale ambito, le Regioni non possono ulteriormente conservare i preesistenti rapporti di affidamento, ma sono ormai chiamate ad avviare decisamente quelle procedure che sono condizione ineliminabile per il transito al modello concorrenziale. A tale proposito il giudice delle leggi dichiara che la disciplina del 1997 è direttamente attuativa del «criterio direttivo» contenuto nell'art. 4, comma 4, lettera b), della legge 15 marzo 1997, n. 59 secondo il quale il decreto delegato in materia di trasporto pubblico locale avrebbe dovuto - tra l'altro - «definire le modalità per incentivare il superamento degli assetti monopolistici nella gestione di servizi di trasporto urbano ed extraurbano».

Il giudice risolve drasticamente le varie questioni, dichiarando l'illegittimità delle disposizioni regionali rispetto all'unico (e ormai ingombrante) parametro della funzione trasversale e finalistica della «tutela della concorrenza»: tale illegittimità non si esaurisce nel mero non rispetto di un termine temporale, ma discende dalla mancata conformità ad una disciplina statale posta a tutela della concorrenza, capace di incidere «sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali (le competenze statali) si applicano». La risposta del giudice costituzionale, a fronte delle obiezioni delle Regioni in merito al fatto che le rispettive normative possano essere considerate come incidenti in vari altri ambiti materiali, riconducibili a competenze di natura residuale, è assai netta: essa utilizza in maniera perentoria il titolo della competenza statale di tutela della concorrenza, che è capace di operare su vari e differenti ambiti materiali, e di imporre un unico criterio di carattere finalistico, quello del superamento di assetti monopolistici e dell'introduzione di regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale.

Il filo di continuità nella giurisprudenza costituzionale in materia di servizi pubblici locali dovrebbe a questo punto risultare evidente: il valore preminente, a cui entrambe le decisioni si ispirano e conformano, è quello del tutto generale della «concorrenza», rispetto alla quale il compito di «tutela», secondo quanto già affermato nella sent. n. 272 del 2004, implica interventi tanto di «promozione» quanto di «protezione», che finiscono per ampliare costantemente, ma talvolta anche ingiustificatamente, la potestà legislativa dello Stato. A partire dalla sent. n. 14 del 2004 - estranea tuttavia alla materia dei servizi pubblici locali - per giungere fino a queste due ultime pronunce, la Corte mantiene prioritario il valore ed il fine della concorrenza rispetto a qualsiasi diverso interesse, ampliando nel caso della sent. n. 29 il titolo di intervento del legislatore regionale, o comprimendolo in maniera radicale, come avviene nella seconda delle sentenze esaminate: in tutti i casi essa riesce ad estendere la portata della competenza statale ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost., attraendo ad essa interessi e fenomeni che in realtà potrebbero essere altrettanto riconducibili a differenti titoli di potestà regolativa.

4. *I servizi pubblici locali tra competenza statale trasversale e competenze regionali residuali*

Le considerazioni conclusive non possono eludere le perplessità che scaturiscono proprio dalle ultime osservazioni. Non convince, infatti, pienamente l'operazione del giudice costituzionale di ricondurre invariabilmente la materia dei servizi pubblici locali alla regola della concorrenza[13], dalla quale non discende il dominio incontrastato della legislazione statale[14], ma la possibilità di dichiarare illegittime norme regionali, a cui spetterebbero discipline settoriali, nella misura in cui il valore del mercato non sia sufficientemente perseguito e realizzato.

Pare invece di potere ritenere che, sullo specifico terreno dei servizi pubblici locali, vari siano i titoli invocabili dalle Regioni per acquisire la relativa potestà legislativa - dalla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» e dalle «funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane», secondo quanto contestato dalle Regioni in occasione della sent. n. 272 del 2002, ai «trasporti» ed ai «servizi pubblici locali», secondo quanto contestato in occasione della sent. n. 80 del 2006 - cosicché il ricorso all'unico parametro della concorrenza, che privilegia il livello statale ma non estromette quello regionale, vincolandolo tuttavia ad adeguarsi alle

norme-principio del legislatore nazionale, è un criterio di risoluzione riduttivo e non completo.

Tali riflessioni sono, poi, tanto più vere con riferimento al particolare settore dei trasporti pubblici locali, oggetto della seconda delle sentenze commentate: se si tiene conto che esso è considerato «uno dei pochi servizi pubblici in senso proprio superstiti, in quanto tuttora regolati in termini di *market failure* o insufficienza del mercato a sostenerli»^[15], per il quale probabilmente non esistono ancora le condizioni per la piena introduzione del mercato, è forse opportuno riconoscere che la valutazione delle discipline regionali organizzative di tale ambito possa essere più complessa di quella che discende da un unico canone: la tutela della concorrenza. È vero che la categoria dei servizi pubblici locali di interesse economico è stata mutuata dal diritto europeo, e che in conformità ad esso essi sono tendenzialmente destinati ad un'organizzazione e ad un'erogazione fondate sul modello del mercato: tuttavia, pare ragionevole considerare che tale categoria riunifica forse più nominalmente che nella sostanza una molteplicità di attività e di prestazioni di pubblica utilità, che sono riconducibili a differenti ambiti materiali e, dunque, a differenti ambiti di competenza, la cui assimilazione ad un unico titolo di legittimazione non contribuisce a far emergere i numerosi punti di riferimento di un quadro normativo ancora bisognoso di chiarificazione.

[1] Si rinvia a C. E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici: il quadro comunitario e nazionale nella più recente giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, n. 2, 2005, p. 336 ss., che affronta il complesso tema dei rapporti tra disciplina statale di principio, materie trasversali e potestà regionale concorrente, tanto nella giurisprudenza costituzionale quanto in quella ordinaria.

[2] BU Abruzzo n. 22 del 20 agosto 2004.

[3] BU Lombardia n. 51 del 16 dicembre 2003, Suppl. ord. n. 1.

[4] Sull'argomento, ed in particolare sulla ricostruzione delle relazioni tra la normativa comunitaria ed i molteplici interventi regolativi del legislatore italiano a partire dal d. lgs. n. 267 del 2000, si rinvia, tra gli altri, ancora a C. E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit.; a E. Rolando, *Servizi pubblici locali in continuo movimento e novità in tema di riparto di competenze fra Stato e Regioni nella "materia trasversale" della tutela della concorrenza*, in *Giur. it.*, n. 4, 2005, nonché al mio *I servizi locali di interesse economico generale nella recente legislazione regionale*, in questa *Rivista*, n. 5, 2005.

[5] Si tratta, evidentemente, di profili assolutamente cruciali per lo sviluppo di un sistema veramente concorrenziale o meglio, come ormai si distingue, di un sistema nel quale la concorrenza è tanto *per* il mercato quanto *nel* mercato. In merito alla tematica dell'affidamento si rinvia a M. Giorello, *L'affidamento dei servizi pubblici locali tra diritto comunitario e diritto italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, n. 3/4, 2004.

[6] Il p.to 3 della motivazione della sentenza richiamata, a cui rinvia il p.to 7 della sent. n. 29 di questo anno, chiarisce che per «norma-principio» della materia va intesa quella «alla cui luce è possibile interpretare il complesso delle disposizioni in esame nonché il rapporto con le altre normative di settore, nel senso cioè che il titolo di legittimazione dell'intervento statale in oggetto è fondato sulla tutela della concorrenza, di cui all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, e che la disciplina stessa contiene un quadro di principi nei confronti di regolazioni settoriali di fonte regionale. L'accoglimento di questa interpretazione comporta, da un lato, che l'indicato titolo di legittimazione statale è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica" e dall'altro lato che solo le predette disposizioni non possono essere derogate da norme regionali». Si rinvia, a commento di questa decisione, a F. Casalotti, *Il riparto della potestà legislativa "alla prova" della disciplina dei servizi pubblici locali*, in questa *Rivista*, n. 1/2, 2005.

[7] Vi è in realtà un ulteriore motivo di ricorso da parte del Governo nei confronti della legge regionale, che esula dalla materia delle procedure di affidamento e che finisce per essere l'unico rilievo di illegittimità pienamente accolto: si tratta dell'impugnazione dell'art. 7, comma 4, lett. g), che introduce una causa di ineleggibilità a sindaco, presidente della Provincia, consigliere comunale, provinciale e circoscrizionale dei Comuni e delle Province titolari del capitale sociale delle società affidatarie della gestione del servizio pubblico, per i legali rappresentanti ed i componenti degli organi esecutivi delle società medesime: tale previsione si configura come invasione della competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, comma 2, lettera p), della Costituzione, in materia di organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni,

Province e Città metropolitane.

[8] Cfr. p.to 10 della motivazione.

[9] La dottrina e la giurisprudenza costituzionale intervenute ad interpretazione del nuovo Titolo V della Costituzione hanno ormai chiaramente evidenziato la presenza di vari titoli di legittimazione dell'intervento statale a protezione di «fini» più che di materie, e la tutela della concorrenza rientra indiscutibilmente tra queste funzioni finalistiche. In dottrina, si rinvia a A. D'Atena, *Materie legislative e tipologie delle competenze*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2003, p. 15 ss.; e, con particolare riferimento alla tutela della concorrenza, a G. Falcon, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte Seconda della Costituzione*, in questa *Rivista*, n. 6, 2001, p. 1247 ss., e a A. Concaro, I. Pellizzone, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale*, in questa *Rivista*, n. 3, 2005. Circa i molteplici interventi della Corte, le decisioni n. 282 e n. 407 del 2002, e le decisioni n. 272 e n. 345 del 2004 rimangono i riferimenti più significativi a tale riguardo.

[10] Cfr. p.to 11 della motivazione.

[11] Cfr. p.to 2 della motivazione.

[12] In virtù della quale il termine ultimo per la proroga degli affidamenti sarebbe il 31 dicembre 2006.

[13] Ancora C. E. Gallo, *Disciplina e gestione dei servizi pubblici economici*, cit., p. 349, nel sostenere che le regole della concorrenza non sono le uniche applicabili nel settore dei servizi pubblici locali, richiama un recente intervento del Comitato delle Regioni dell'Unione europea, che ha evidenziato la necessità che la disciplina comunitaria non applichi ai servizi pubblici le regole della concorrenza in modo rigido.

Sul tema del contrasto tra le nuove competenze regionali e la competenza statale in materia di concorrenza si veda anche F. Merusi, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2004, p. 55 ss.

[14] E. Rolando, *Servizi pubblici locali in continuo movimento*, cit., p. 842, ricostruisce tale competenza statale trasversale, così come quella in materia di tutela dell'ambiente, come «competenza esclusiva dello Stato affievolita».

[15] Tale affermazione segue, nell'analisi di E. Zanelli, *Servizi pubblici locali e Corte costituzionale: un passo avanti e due indietro*, in *Corr. giur.*, n. 1, 2005, p. 141, alla critica rivolta alla sent. n. 272 del 2004 per il mancato approfondimento della nozione di servizio pubblico.