

Una sentenza chiara sull'aggiramento del referendum, poco utile per il definitivo assetto della disciplina dei servizi pubblici locali

di Francesco Merloni

(in corso di pubblicazione in "le Regioni", 2012)

1. Alcuni interrogativi di fondo

La sentenza n. 199 del 2012 è stata già oggetto di numerosi commenti. Alcuni si sono soffermati sulla violazione dell'articolo 75 Cost. cioè del divieto per il legislatore di ripristinare disposizioni abrogate con il referendum popolare¹; alcuni si sono occupati della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali dopo la sentenza²; altri di questioni più particolari, quali il destino del trasporto pubblico locale³ o l'applicabilità del patto di stabilità ai servizi pubblici locali⁴.

¹ Si vedano: S. LA PORTA, Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum. Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali, in AIC, n. 4/2012; M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012; R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum*, in *Federalismi.it*; G. FERRI, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in *Studi e Commenti di Consulta OnLine*; A. MANGIA, *Abrogazione referendaria e leggi di ripristino*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*.

² V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in *Amministrazione In Cammino*.

³ A. CABIANCA, *Il trasporto pubblico locale ai tempi della crisi: il punto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ed il decreto c.d. [spending review](#) (d.l. n. 95/2012)*, in *Federalismi*, 2012.

⁴ A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S.P.A. in house e alle aziende speciali*, in *Federalismi*, 2012.

Lo scopo di queste note è di ragionare sui caratteri di fondo della disciplina dei servizi pubblici locali, in particolare quelli a rilevanza economica, dopo il succedersi di infinite riscritture della normativa nazionale, l'abrogazione di questa con il referendum del 12 e 13 giugno 2011, il tentativo di ripristino delle norme abrogate operato con l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 ("decreto Ronchi"), convertito con la legge n. 148 del 2011, la sentenza della Corte.

In particolare si cercherà di trarre dalla vicenda alcune risposte ad interrogativi di fondo: come l'Italia deve disciplinare la materia (se di unitaria materia si tratta) nel rispetto dell'ordinamento comunitario (in particolare del notissimo e controverso art. 106 TFUE)? Deve occuparsi delle forme di gestione dei servizi pubblici o del momento, a monte, dell'assunzione dei servizi da parte degli enti territoriali (regioni ed enti locali)? A chi spetta dettare questa disciplina? Allo Stato (in virtù della competenza in materia di "tutela della concorrenza") o alle Regioni (in base ad una rivendicata competenza residuale in materia di "servizi pubblici locali")? Agli stessi enti locali, nell'esercizio della loro autonomia normativa, di organizzazione delle funzioni?

2. Qualche nota sull'evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali

Nel settore dei servizi pubblici locali si affiancano da tempo discipline generali, collegate all'ordinamento degli enti locali, e di settore. La disciplina generale, risalente alle leggi sulle municipalizzazioni dei primi anni del '900, è stata dapprima riscritta nella legge n. 142 del 1990 (poi trasfusa nel TUEL del 2000) e successivamente soggetta ad un'infinita serie di modifiche, che qui non è neanche il caso di ricostruire nel dettaglio⁵. Vale solo la pena di ricordare che essa è tutta concentrata sulla predeterminazione delle forme di gestione dei servizi pubblici locali, senza toccare il punto, decisivo ai fini dell'ordinamento comunitario, dell'assunzione dei servizi.

Questo approccio ha due implicazioni rilevanti, quanto al contenuto delle norme da un lato e quanto alla titolarità della competenza ad emanarle dall'altro.

Sotto il primo profilo il legislatore italiano ha ritenuto che, al fine di rendere compatibile da un lato l'ampia discrezionalità che

⁵ Come la l. 498 del 1992, la 127 del 1997, la 448 del 2001 (art. 35), la 326 del 2003 (art.14), e poi con altre norme contenute a volte nelle leggi finanziarie (tra le quali la legge 24 dicembre 2003, n. 350, art. 4) che hanno ritoccato variamente qualche profilo, fino al d.lgs. n. 112 del 2008, il cui art. 23-bis è stato oggetto di referendum abrogativo.

l'ordinamento comunitario lascia agli Stati membri nella regolazione dei servizi pubblici al fine di conseguire la «specifica missione» affidata ai pubblici poteri e dall'altro lato il principio europeo della libera concorrenza, fosse necessario (e sufficiente) disciplinare le modalità di gestione dei servizi, inducendo progressivamente gli enti locali alla scelta, in via prioritaria e prevalente, di una di esse: la gestione mediante affidamento a imprese private esterne, da scegliersi con procedure competitive (gare). Il legislatore italiano ha preferito non occuparsi della "concorrenza nel mercato", che avrebbe comportato una difficile opera di distinzione tra "veri" servizi pubblici, sottratti al mercato, e attività economiche che non costituiscono servizio pubblico perché il mercato è in grado di erogare beni e servizi senza l'intervento (l'assunzione) di poteri pubblici (o con interventi di mera regolazione esterna delle attività economiche). Di qui il diffondersi di regole, contraddittorie, di difficile applicazione, sempre affiancate da complesse normative transitorie, per realizzare la c.d. "concorrenza per il mercato". Nelle regole oggetto, del referendum prima, poi della sentenza della Corte, in realtà non si puntava affatto alla liberalizzazione di questi settori, ma solo a forme di privatizzazione della gestione (quando questa restava nel controllo dell'ente territoriale), o a forme di accesso, sia pure competitivo, di imprese private a mercati preventivamente riservati, cioè sottratti alla libera concorrenza. Non veniva affatto modificato l'assetto di fondo dei servizi pubblici locali, caratterizzato dalla responsabilità politica sulla qualità dei servizi erogati che viene formalmente posta in capo all'ente locale "regolatore", anche laddove (e questa è la circostanza più ricorrente, soprattutto nei Comuni di minore dimensione) esso non sia in grado di svolgere appieno funzioni di indirizzo e controllo e rischi di essere "catturato" dai forti interessi delle imprese affidatarie (pubbliche e private). In questa direzione il legislatore italiano si è sentito incoraggiato dal fatto che lo stesso ordinamento comunitario (la Commissione con i suoi richiami allo Stato italiano o la Corte di giustizia) non ha mai chiesto all'Italia di affrontare il tema dell'assunzione, ma si è per così dire, "acconciato" a imporre elementi di concorrenza in un sistema in cui essa veniva garantita a valle di un'assunzione non controllata. L'Europa, cioè, si è limitata a richiamarci all'ordine tutte le volte in cui noi, pur dichiarando di voler dare la priorità all'affidamento a terzi, con gara, dei servizi, adottavamo regole ampiamente derogatorie, se non apertamente elusive del principio.

Sotto il profilo della competenza legislativa a regolare il settore, nessun dubbio, fino alla modifica del Titolo V nel 2001, sulla

competenza statale, giustificata dalla comprensione dei servizi pubblici locali nella materia "ordinamento degli enti locali". Poiché un servizio pubblico è uno dei modi di esercizio di una funzione amministrativa locale, dal momento che allo Stato spettava per intero la disciplina degli enti locali, «determinandone le funzioni» (vecchio art. 128), anche i servizi pubblici locali erano parte dell'"ordinamento degli enti locali", quella parte dell'organizzazione che poteva essere predeterminata dalla legge (statale). Come sappiamo, l'entrata in vigore del nuovo Titolo V ha modificato questo assetto, dal momento che l'ordinamento degli enti locali ha cessato di essere materia unitariamente attribuita allo Stato. Questo, invece, può legiferare solo per tre specifiche sub-materie⁶, che non comprendono la disciplina del contenuto e del modo di organizzare le funzioni degli enti locali. Né il potere statale di individuare le funzioni fondamentali attribuisce ad esso la competenza in materia di servizi pubblici locali, perché la competenza esclusiva statale si deve limitare all'attribuzione di funzioni agli enti locali, la disciplina del loro contenuto rimanendo di competenza dello Stato e delle Regioni, secondo la distribuzione delle materie di cui all'articolo 117 Cost.⁷ Da qui la ricerca per lo Stato di un nuovo titolo di competenza, trovato ormai stabilmente nella materia "tutela della concorrenza" con l'avallo della Corte, a partire dalla nota sentenza n. 272 del 2004. Come già si è avuto modo di ricordare⁸, però, la tutela della concorrenza può autorizzare una disciplina nazionale solo per i servizi di rilevanza economica e solo per gli aspetti in cui l'erogazione di un servizio qualificato come pubblico incida negativamente sulla libera concorrenza tra le imprese nel mercato. La tutela della concorrenza autorizza, quindi, lo Stato a fare eccezioni, mirate, al principio generale di libera concorrenza così come fissato dall'ordinamento comunitario: eccezioni sul piano dell'individuazione (in sede di assunzione) dei servizi da considerarsi come pubblici, non sul piano della loro organizzazione. Poiché i servizi pubblici "seguono" le funzioni, una volta che un ente locale si veda attribuita una funzione di cura di interessi generali, la relativa disciplina va distinta: da un lato quella relativa alle finalità e al contenuto generale della funzione, spettante alla legge (statale o regionale, secondo il riparto costituzionale); dall'altro quella relativa

⁶ Vedi F. MERLONI, *Il destino dell'ordinamento degli enti locali (e del relativo testo unico) nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in questa rivista n. 2-3/2002.

⁷ Contro questa possibilità si veda F. MERLONI, *Una «new entry» tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le «funzioni fondamentali» degli enti locali*, in questa Rivista, n. 4/2010.

⁸ Vedi F. MERLONI, *Una «new entry»*, op. cit..

alla concreta organizzazione del servizio, in gran parte lasciata all'autodeterminazione degli enti locali.

In ogni caso resta il fatto che la Corte, a partire dalla sentenza del 2004, ha sempre avallato normative statali che avessero ad oggetto soltanto le forme di gestione dei servizi pubblici locali. Non ha fatto eccezione l'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (convertito dalla legge n. 133 dello stesso anno), che la Corte, con la sentenza n. 325 del 2010, aveva puntualmente ritenuto legittimo (sotto il profilo della competenza dello Stato in materia di concorrenza).

La disciplina dell'art. 23-bis, al di là delle scelte in concreto effettuate, si poneva in piena continuità con la legislazione precedente. Essa non merita, quindi, ai nostri fini, un'attenzione particolare se non per tre aspetti di interesse:

- a) l'auto qualificazione come disciplina generale («le disposizioni contenute nel presente articolo si applicano a tutti i servizi pubblici locali e prevalgono sulle relative discipline di settore con esse incompatibili» (comma 1)), salvo a fare una lunga serie di eccezioni, identificando settori ai quali esse non si applicano⁹;
- b) la previsione di un particolare procedimento (adottare una delibera motivata «in base ad un'analisi del mercato», dare ad essa «adeguata pubblicità», trasmetterla all'«Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo») per l'affidamento, «in deroga alle modalità di affidamento ordinario», «a favore di società a capitale interamente pubblico» aventi le caratteristiche comunitarie delle società *in house*, qualora ricorrano «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato»; una particolare procedura a motivazione di una forma di gestione, non dell'assunzione in sé del servizio;
- c) il rinvio a regolamento governativo, di delegificazione, per l'adozione di normative su oggetti fino ad allora estranei alla disciplina dei servizi pubblici locali, ma di sicura rilevanza: da un lato l'assunzione dei servizi pubblici locali da parte degli enti locali, che implica regole dirette a delimitare in via generale l'ambito delle attività assumibili come servizi pubblici e a liberalizzare le restanti attività di erogazione di beni e

⁹ Si tratta dei settori del gas naturale, della distribuzione dell'energia elettrica, delle farmacie comunali, del trasporto ferroviario regionale.

servizi; dall'altro la «netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità». Un'apertura innovativa rispetto al consolidato approccio centrato sulle forme di gestione, anche se viziata da limiti gravissimi, quali: la non applicazione delle norme regolamentari ai settori esclusi dalla stessa legge; la fonte non legislativa per la fissazione di materie, quali le incompatibilità, da ritenersi soggette a riserva di legge assoluta; la pratica assenza di un apparato sanzionatorio in caso di violazione (anche qui per la patente inadeguatezza della fonte normativa).

In attuazione del rinvio operato con il comma 10 dell'art. 23-bis è stato adottato, con d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, il regolamento di delegificazione¹⁰, che disciplinava, ancora, nel dettaglio, la scelta tra le forme di gestione, ma si occupava delle due novità appena segnalate, di cui ci occupiamo ora in forma di una succinta analisi.

3. *La disciplina dell'assunzione dei servizi pubblici locali nell'art. 2 del regolamento di attuazione*

La disciplina sull'assunzione dei servizi pubblici locali viene presentata, già nella rubrica dell'articolo 2 («Misure in tema di liberalizzazione») come una politica di liberalizzazione di «tutte le attività economiche compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio», rispetto alla quale l'«attribuzione di diritti di esclusiva» viene considerata come eccezione, che deve essere fondata sull'esistenza di «ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio corrispondente ai bisogni della comunità». Un modo piuttosto contorto per trovare una solida base di giustificazione per l'individuazione dei servizi sottratti alle regole di mercato, cioè assunti alla responsabilità, quanto alle condizioni di esercizio, dell'ente territoriale. Ma un'affermazione

10

Sui limiti del regolamento nella parte relativa (art.8) alla distinzione regolazione/gestione e al regime delle incompatibilità, si veda G. SIRIANNI, *Funzioni di regolazione, funzioni di gestione e incompatibilità secondo il d.P.R. n. 168/2010*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2010.

sicuramente innovativa e, per quanto si è detto, più in linea con le esigenze di rispetto dell'ordinamento comunitario della disciplina delle sole forme di gestione (del servizio già assunto). Individuando, in modo motivato, trasparente e controllato, i servizi sottratti alla regola della concorrenza, gli enti territoriali adempiono alla «specifica missione loro affidata» (art. 106 TFUE).

La normativa del regolamento attuativo introduceva un principio generale e ne affidava l'attuazione da un lato a criteri molto generali (la non idoneità del mercato «a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità»), dall'altro ad una procedura, in realtà piuttosto blanda, simile a quella prevista dall'abrogato art. 23-bis, comma 4, per l'affidamento in deroga a società *in house*: necessità di una preliminare «verifica», «in base ad un'analisi di mercato», della «realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici»; adozione di una delibera quadro per tutti i settori «sottratti alla liberalizzazione» (meglio si direbbe: per tutti i servizi pubblici assunti); adeguata pubblicità della delibera quadro e sua trasmissione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, si direbbe a solo titolo di informazione, perché all'Autorità non viene riconosciuto, in questo caso, alcun potere, neanche consultivo.

Una procedura troppo blanda per spostare in modo significativo il cuore della disciplina dalle forme di gestione alla delimitazione, già a monte della decisione sulle forme di gestione, dell'ampiezza e della profondità dei servizi pubblici assumibili da parte degli enti locali. Solo una procedura rafforzata, e assistita da poteri di verifica e di autorizzazione preventiva, avrebbe potuto soddisfare le esigenze dell'ordinamento comunitario sul necessario equilibrio tra esigenze di concorrenza e esigenze di servizio pubblico.

La scelta compiuta sembrava fare leva soprattutto sulla trasparenza della procedura di decisione sull'assunzione e sul controllo diffuso che i cittadini possano svolgere su di essa.

Pur con i limiti segnalati, si trattava di una disciplina innovativa, che aveva il merito di introdurre un'importante correzione alla ricordata tendenza a regolare le sole forme di gestione.

4. La disciplina della distinzione regolazione/gestione e delle incompatibilità nell'art. 8 del regolamento

Anche la disciplina di questa materia, contenuta nell'art. 8 del regolamento di attuazione presentava caratteri di novità, se comparata alla legislazione precedente, ma non andava esente da

critiche, di genericità e scarsa efficacia¹¹: la sostanziale riproduzione di norme sull'incompatibilità già esistenti (per gli amministratori disposizioni in materia si trovano nel TUEL; per i funzionari dipendenti pubblici si trovano nel regime del rapporto di lavoro pubblico, fondato sull'incompatibilità con ogni attività lavorativa o professionale esterna), senza una revisione attenta agli specifici conflitti di interesse che nascono tra regolatori e gestori nel campo dei servizi pubblici locali; l'adozione, ancora, di criteri molto vaghi per l'individuazione delle posizioni di potenziale conflitto (la disposizione conteneva da un lato il divieto di «svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati», dall'altro individuava in modo non chiaro la posizione dei regolatori, non solo amministratori e funzionari dell'ente locale, ma anche amministratori e funzionari di «altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali»); assenza di ogni sanzione per la violazione dei divieti.

Anche in questo caso, come per le disposizioni sull'assunzione dei servizi, una normativa largamente incompleta, ma che poneva un primo limite al fenomeno, diffuso e sistemico, del conflitto di interessi tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione.

5. *Il referendum e la legge di "aggiramento"*

Come è noto il referendum, presentato dai promotori come referendum «sull'acqua pubblica», ha avuto come quesito l'abrogazione dell'intero art. 23-bis, con un effetto quindi volutamente generale, a travolgere l'intera disciplina dei servizi pubblici locali.¹² L'approvazione del quesito con una maggioranza qualificata ha comportato la totale abrogazione di tutte le disposizioni ricordate: non solo quelle tradizionalmente dedicate a fissare priorità tra le forme di gestione, ma anche quelle più "innovative", quali il parere dell'Autorità antitrust per la gestione in deroga mediante affidamento diretto a società *in house*, il regolamento in materia di assunzione dei servizi pubblici locali e in materia di distinzione tra regolazione e gestione e sulle incompatibilità. L'abrogazione referendaria dell'intero art. 23-bis ha comportato il venir meno della base giuridica che aveva dato luogo al regolamento e quindi le disposizioni di quest'ultimo.

¹¹ Vedi ancora G. SIRIANNI, *Funzioni di regolazione...*, op. cit..

¹² Salvo a lasciare in vita la disciplina dei settori esclusi dall'applicazione delle disposizioni qualificate come generali dall'art. 23-bis.

A valle dell'esito referendario si è aperta un'ampia discussione, segnata dall'*horror vacui*, dal timore di un vuoto normativo; vuoto che già la Corte aveva escluso in sede di ammissibilità del referendum, chiarendo che l'abrogazione della disciplina nazionale lasciava in piedi quella comunitaria.

La disciplina comunitaria però, mentre lascia ampia discrezionalità nella scelta delle forme di gestione, richiederebbe una disciplina nazionale attenta a limitare le assunzioni di servizi pubblici lesivi del principio di concorrenza. Gli enti locali, quindi, dopo il referendum, restano sostanzialmente liberi di scegliere la forma di gestione ritenuta più opportuna, con il solo limite, una volta scelto l'affidamento a imprese private esterne, della necessaria adozione di modalità competitive per l'individuazione dell'affidatario del servizio.

Il timore del vuoto si è trasformato rapidamente nel terrore di travolgere l'equilibrio fino ad allora faticosamente ricercato tra le diverse forme di gestione: tra modalità «di affidamento ordinario» e modalità «in deroga».

Di qui il nuovo intervento normativo, realizzato a soli due mesi dall'esito del referendum: l'articolo 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito in legge n. 148 del 2011, dal significativo titolo «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea».

Il nuovo testo non era identico a quello abrogato, ma ha dato luogo a censure di «aggiramento» del responso referendario perché, quanto alle forme di gestione, era teso a ripristinare la stessa disciplina sostanziale, con le due modalità ordinarie e la modalità in deroga previste dalla disciplina abrogata. Il caso dell'affidamento *in house* del servizio era, poi, ulteriormente ristretto, applicandosi questa possibilità solo per i servizi pubblici di importo non superiore a 900.000€ (successivamente portati a 200.000€), con ciò riducendo, in contrasto con la volontà del referendum, la gamma delle modalità di esercizio dei servizi aperta alla scelta degli enti territoriali.

La fretta non è stata, in questo caso, una buona consigliera: il legislatore ha creduto di adottare una disciplina che potesse apparire diversa da quella abrogata dal referendum in base a due elementi.

In primo luogo si è sottolineata l'esclusione dalla nuova disciplina del settore del «servizio idrico integrato», il settore di materia che era stato indubbiamente al centro dell'attenzione nel referendum. Il Governo, però, non poteva ignorare l'effetto formale del referendum, che è consistito nell'abrogazione dell'intero art. 23-bis, cioè della disciplina presentata come generale, applicabile a tutti i servizi, nei diversi settori.

In secondo luogo il nuovo articolo 4 si presentava come molto diverso dal testo abrogato (34 commi, contro i 12 dell'art. 23-bis) e comprendeva materie "nuove", cioè proprio quelle disposizioni sulle assunzioni e sulle incompatibilità che abbiamo ricordato. Ma le "nuove" disposizioni erano in realtà nient'altro che un amplissimo recupero delle disposizioni del regolamento attuativo, il d.P.R. n. 168 del 2010: la disciplina della liberalizzazione/assunzione dei servizi pubblici locali contenuta nei commi da 1 a 7 dell'art. 4 riproduceva, alla lettera, i sette commi dell'art. 2 del regolamento; i commi da 19 a 27 dell'art. 4 riproducevano, alla lettera (con variazioni del tutto trascurabili), i commi da 1 a 9 dell'art. 8 del regolamento. In un quadro in cui anche in materia di forme di gestione si è operato riproducendo quasi per intero le disposizioni di un regolamento, di cui il Governo non poteva ignorare l'avvenuta abrogazione, proprio in virtù dell'abrogazione referendaria delle norme (il rinvio delegificante del comma 10 dell'art. 23-bis) che ne erano il fondamento giuridico.

6. La sentenza: a domande diversificate (delle Regioni) una risposta semplificata (della Corte)

Le Regioni hanno impugnato le disposizioni dell'art. 4, ma con strategie molto diversificate tra loro. In estrema sintesi: le Regioni Puglia, Lazio e Sardegna hanno ritenuto di impugnare l'intero articolo 4, con motivazioni in più punti coincidenti (la violazione dell'autodeterminazione degli enti locali, la violazione del principio di neutralità dell'ordinamento comunitario «rispetto agli assetti proprietari delle imprese e alle relative forme giuridiche» (Puglia), la violazione dell'art. 75 Cost; la lesione della competenza regionale residuale in materia di servizi pubblici locali (Puglia e Lazio); la violazione dello statuto speciale che affida alla regione materie quali l'«ordinamento degli enti locali» o l'«assunzione di pubblici servizi» (Sardegna).

La Regione Marche ha scelto la strada di una, larga, impugnazione di singole disposizioni dell'articolo: il cuore dell'impugnazione sono le norme che confermano le modalità di gestione dell'abrogato art.23-bis, per violazione dell'art. 75 Cost. e della competenza regionale nella materia residuale dei servizi pubblici locali, ma non mancano impugnazioni anche delle parti "innovative": il comma 1, che viene assimilato alla disciplina delle forme di gestione e impugnato per gli stessi motivi; il comma 21, che configura una non conferibilità degli incarichi di amministratore delle società controllate per gli amministratori dell'ente locale controllante, per violazione della

competenza residuale regionale in materia di ordinamento degli enti locali.

Molto più “mirato” il ricorso delle Regioni Emilia-Romagna e Umbria, che impugnano solo le norme, a regime e transitorie, relative alle forme di gestione (per violazione dell’art. 75 Cost. e della competenza regionale residuale di cui all’articolo 117, comma 4, Cost.), mentre fanno “salve” le disposizioni che abbiamo qui indicato, sia pure con molti limiti, come “innovative”: non viene impugnata né la disciplina della liberalizzazione/assunzione (i commi da 1 a 7 dell’articolo 4), né quella della distinzione tra regolazione e gestione e relative incompatibilità (i commi da 19 a 27).

Nonostante le differenziate richieste delle Regioni, la Corte decide nel senso dell’illegittimità costituzionale dell’intero articolo 4 e si orienta in questa direzione sulla base dell’inoppugnabile dato testuale del larghissimo recupero che l’art. 4 ha fatto delle norme del regolamento di attuazione dell’art. 23-bis. Abrogato con il referendum l’art. 23-bis, sono state travolte anche le disposizioni che rinviavano a regolamento, con la conseguenza di travolgere lo stesso regolamento. Riprodurre alla lettera la gran parte di quelle disposizioni è apparso alla Corte come un elemento non superabile di prova del tentativo di aggiramento della volontà popolare, che non le consentiva di distinguere tra “cuore” della disciplina (la tradizionale centralità delle norme sulle forme di gestione) e parti innovative (presentate come di contorno, ma in realtà di grande rilievo). Una volta accertato che «risulta evidente l’analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell’art. 4 rispetto a quella dell’abrogato art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e l’identità della *ratio* ispiratrice», non si poteva concludere se non nel senso che «la disposizione impugnata viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall’art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale»¹³, con la conseguente dichiarazione di illegittimità dell’intero articolo 4.

7. Le conseguenze della sentenza: la disciplina applicabile

Travolta la disciplina dell’art. 4 si ripropone il tema del vuoto normativo, della disciplina applicabile, in assenza di una disciplina nazionale generale in materia di servizi pubblici locali.

¹³ Vedi i considerando 5.2.1. e 5.2.2.

Intanto nei settori esclusi (sia dall'art. 23-bis del 2008, che dal successivo intervento dell'art. 4 nel 2011) delle normative di settore applicabili esistono (con l'eccezione del settore idrico, per il quale vi è da considerare l'applicabilità delle disposizioni del codice dell'ambiente¹⁴).

Nei settori, invece, compresi nella disciplina generale abrogata (e poi dichiarata illegittima) si tratta non solo di valutare l'eventuale necessità di regolare la materia, ma anche di stabilire quale sia la normativa coerente da un lato con il volere del referendum e dall'altro con la disciplina comunitaria.

In assenza di una disciplina generale, è la stessa Corte ad averlo affermato, i servizi pubblici locali saranno assunti e organizzati dagli enti locali nel rispetto dei soli limiti comunitari. Poiché l'ordinamento comunitario non pone direttamente vincoli in materia di forme di gestione, gli enti locali potranno scegliere abbastanza liberamente tra gestione in economia, attraverso azienda locale, attraverso società di capitali in totale controllo o attraverso società per azioni mista pubblico/privata, attraverso l'affidamento a imprese esterne all'ente locale, individuate con procedura di gara ricalcata sullo schema della procedura per l'affidamento dei contratti pubblici come regolata dal codice di contratti.

Resta aperto anche il problema del momento in cui gli enti locali godranno della ricordata ampia discrezionalità, tema cui tutti i diversi interventi normativi si erano dedicati con complesse e spesso contraddittorie disposizioni transitorie. Poiché sono state abrogate (o dichiarate illegittime) sia le norme transitorie contenute nell'art. 23-bis, sia quelle contenute nell'art.4, si dovrà risalire all'ultima normativa transitoria adottata prima di queste abrogazioni.

C'è spazio per ulteriori interventi dello Stato (o delle Regioni se si accettasse la tesi dell'esistenza di una materia servizi pubblici locali di competenza regionale residuale) volti, ancora una volta, alla fissazione di criteri generali per la scelta tra le possibili forme di gestione? Alla luce della sentenza si direbbe di no. Per la Corte tutti i precedenti interventi dello Stato erano legittimi, in quanto fondati sulla materia della tutela della concorrenza. Oggi, però, travolta nel merito dal referendum la disciplina statale sulle forme di gestione, appare poco realizzabile un nuovo intervento nella materia volto ad un sostanziale ripristino, in tutto o in parte, della disciplina abrogata.

¹⁴ Sull'applicabilità del codice dell'ambiente ai servizi pubblici locali nel settore idrico si veda F. MERLONI, *Una «new entry»...*, op. cit..

8. *La legittimità di futuri interventi normativi in materia di assunzione dei servizi pubblici locali*

Preclusa, almeno per un certo periodo, la strada, ormai consueta, della predeterminazione legislativa delle forme di gestione, resterebbe quella della disciplina, sempre generale, dell'assunzione dei servizi pubblici locali.

Come si è visto, il primo abbozzo di un nuovo approccio al tema è stato travolto dalla pedissequa riproduzione nell'art. 4 della disciplina, pur blanda, del regolamento di attuazione dell'art. 23-bis. Eppure, se si può fare a meno di una disciplina delle forme di gestione, perché essa interviene a valle dell'assunzione, appare difficile sostenere che gli enti territoriali siano liberi di assumere qualsivoglia attività a rilevanza economica come servizio pubblico.

Se l'ordinamento italiano deve restare coerente con quello comunitario (in particolare con l'art. 106 TFUE) sembra necessaria, fin da subito, una disciplina che contemperi le esigenze della concorrenza europea (la libertà di iniziativa economica, la libera circolazione delle imprese e dei servizi privati, la concorrenza "nel" mercato) con la garanzia di un «servizio rispondente ai bisogni della comunità» (secondo l'espressione usata nei ricordati testi, ora abrogati), limitando, in nome della concorrenza, una troppo ampia discrezionalità di assunzione dei servizi pubblici locali da parte degli enti territoriali.

Se, prima, di fronte ad una normativa italiana centrata sulla scelta tra le forme di gestione, l'ordinamento comunitario esprimeva un più limitato principio di concorrenza (la preferenza per l'affidamento esterno con gara competitiva), oggi, travolta quella normativa, il rispetto della concorrenza si sposta, necessariamente sulla fase, a monte, dell'assunzione dei servizi.

Si potrebbe, a quel punto, arrivare a sostenere che la scelta tra le diverse forme di gestione diviene, per l'ordinamento comunitario, relativamente "indifferente". L'art. 106 TFUE va letto, infatti, nel senso che, una volta assunta un'attività (a rilevanza economica) come servizio pubblico, tale attività è sottratta alle regole del mercato, ma viene svolta in un regime particolare, di riserva (che può anche non essere esclusiva), che comporta la sua erogazione secondo regole e a tariffe diverse (socialmente determinate) da quelle che il mercato sarebbe in grado di offrire. Se siamo in regime di riserva, per l'ordinamento comunitario che l'attività sia svolta con azienda speciale, in affidamento esterno o addirittura in economia riveste un rilievo minore, anche se qualche profilo di concorrenza

residua e riguarda la necessaria applicazione, alla modalità dell'affidamento esterno, delle regole della gara competitiva, aperta anche ad imprese dei diversi paesi dell'Unione. A ben vedere le regole sulla necessaria competizione per la scelta dell'affidatario del servizio pubblico si fondano, oltre che sul principio di concorrenza, sul principio dell'apertura del mercato interno, in materia di contratti pubblici.

Si tratta, poi, di considerare il tipo di intervento normativo richiesto: una disciplina solo "procedurale" o che delimiti già il contenuto delle scelte possibili di assunzione (i settori, i bisogni da curare, i limiti dell'assunzione, in via esclusiva o in concorrenza con operatori privati); una disciplina generale, valida per tutti i settori, o tante discipline settoriali, magari legate da principi generali comuni?; una disciplina solo statale, o solo regionale, o una concorrenza delle due fonti normative (lo Stato per le regole generali e comuni, le regioni per i servizi pubblici locali rientranti nelle materie di propria competenza legislativa)?

Le opzioni aperte sembrano diverse. A ben vedere, però, se la disciplina delle assunzioni dei servizi pubblici locali è quella che, prima di ogni altra, attua il principio, anche comunitario, di concorrenza, non mi sembra dubbio che, sempre quanto all'assunzione, vi sia bisogno di regole sostanzialmente unitarie e che la riserva esclusiva allo Stato della materia "tutela della concorrenza" sia in questo caso adeguata alla disciplina da adottare. Una disciplina statale, di procedure da seguire per l'assunzione e di predeterminazione nel merito del campo delle possibili scelte, aperta alla concorrenza della fonte regionale, cui spetterebbe il compito di meglio precisare, nel quadro delle politiche di ciascuna regione, sia gli aspetti procedurali sia quelli relativi ai contenuti delle scelte di assunzione dei servizi.

Una disciplina statale che dovrebbe regolare materie fin qui scarsamente considerate:

- a) la possibilità di circoscrivere, a monte, (anche nella forma dell'adozione di *guide lines*, che agevolino gli enti territoriali nelle loro scelte), il campo dei servizi assumibili, con l'eventuale differenziazione in rapporto ai caratteri oggettivi dei settori interessati, materia che comprende l'assumibilità, come servizi pubblici, di attività di erogazione di beni e servizi che producono profitti¹⁵;

¹⁵ Per una posizione negativa, giustificata con la necessità di fondare l'assunzione sulla dimostrata incapacità del mercato di assicurare l'erogazione di beni e servizi a particolari condizioni sociali, si veda F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione di servizi pubblici (locali)*

- b) la possibilità di condizionare l'assunzione dei servizi all'esistenza di circostanze e requisiti oggettivi in capo all'ente territoriale che assume, quali l'adeguata dimensione territoriale (si pensi all'imposizione di forme associative per raggiungere una soglia minima di abitanti o un territorio adeguato alle caratteristiche del servizio) e la dimostrata capacità di svolgere i compiti connessi con l'assunzione (di regolazione/controllo, di gestione);
- c) la procedura da adottare, che deve consistere non solo in una decisione motivata e trasparente (pubblicata prima e dopo la formale adozione del provvedimento), ma anche soggetta a qualche forma di controllo preventivo (fino a configurare la necessità di un parere vincolante da parte di un'autorità indipendente), a forme di discussione pubblica adeguatamente informata sui costi e benefici dell'assunzione (aperta sia ai cittadini che alle imprese interessate all'erogazione del servizio a condizioni di mercato), completata da particolari forme di tutela (non solo giurisdizionali)¹⁶.

Va da sé, ma non è inutile ripeterlo, che a valle di una tale disciplina la scelta relativa alle forme di gestione resterebbe nelle mani degli enti territoriali che abbiano legittimamente assunto i servizi pubblici locali. Una scelta che, semmai, potrà essere inquadrata, ove lo si ritenga necessario, dalla legge, dello Stato e delle Regioni, in rapporto alle materie di competenza legislativa nelle quali i servizi pubblici locali sono erogati (come modi di esercizio delle funzioni amministrative, così come distribuite dall'ordinamento tra i diversi livelli di governo).

9. *La legittimità di futuri interventi normativi in materia di distinzione regolazione/gestione e delle relative incompatibilità*

Nella materia della distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione (meglio: di erogazione dei servizi pubblici locali) l'effetto di caducazione che si è prodotto per la riproduzione nell'art. 4 della disciplina del regolamento di attuazione dell'art. 23-bis abrogato dal referendum ha prodotto un vuoto normativo, che può, anzi deve, essere al più presto colmato dal legislatore.

tra ordinamento italiano e ordinamento comunitario, in E. FOLLIERI, L. IANNOTTA, *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, ESI, 2010.

¹⁶ Per alcune prime idee sulle procedure da adottare si veda F. MERLONI, *L'assunzione/istituzione...*, op. cit..

Qualunque sia, infatti, la modalità di organizzazione del servizio pubblico locale, per la quale il referendum ha aperto la strada ad una sostanziale libertà degli enti territoriali (nei limiti dell'ordinamento europeo), occorre una radicale revisione dei rapporti (e dei potenziali conflitti di interesse) tra soggetti titolari dei compiti di regolazione (nel suo senso più ampio: affidamento, indirizzo, vigilanza, controlli, sanzioni) e soggetti incaricati dell'erogazione del servizio (qualunque sia la forma di gestione: da quella in economia a quella per affidamento previa gara ad imprese private esterne). Si tratta di una disciplina del tutto autonoma da quella del servizio (che riguarda come si è visto, prima la sua assunzione poi la scelta tra le forme di gestione). La regolazione dei conflitti di interesse è volta alla garanzia dell'imparzialità del funzionario pubblico, la cui posizione di indipendenza¹⁷ personale non può essere compromessa da impropri condizionamenti, sulla sua persona o sulla posizione di parenti e affini, di interessi privati e particolari in potenziale conflitto con l'interesse pubblico. La questione si pone per tutte le funzioni pubbliche, per tutte le funzioni amministrative, ma si pone in modo particolarmente serio proprio nel settore dei servizi pubblici locali, nei quali amministratori e funzionari, spesso non sufficientemente aiutati da amministrazioni strutturalmente e organizzativamente adeguate, da un lato sono chiamati a scelte di grande rilievo, economico e per gli interessi dei propri cittadini, e dall'altro operano in contesti di grande e indebita "vicinanza" con i titolari degli interessi sui quali le loro decisioni sono destinate ad incidere. Si assiste, infatti, a carriere personali contrassegnate da continui passaggi da funzioni pubbliche e private e viceversa, praticamente al di fuori di ogni regolazione attenta (le cosiddette *revolving doors*): un amministratore locale (o un funzionario di un ente territoriale) passa, senza soluzione di continuità, dall'incarico pubblico all'incarico privato, profittando anche di non vigilate politiche di privatizzazione formale che consentono ad un amministratore locale di passare ad un ente di diritto privato in controllo pubblico (spa, associazioni e fondazioni) dopo la fine del proprio mandato; o, nella direzione opposta, un amministratore di società in controllo pubblico o, peggio, un amministratore di impresa privata sottoposta a regolazione (affidataria di un servizio pubblico e soggetta ai ricordati poteri di regolazione) può accedere alla carica di amministratore locale o di funzionario nell'ente che ha poteri di regolazione su quell'impresa. Fino, con la diffusione del fenomeno, al capovolgimento del rapporto, con la cattura del regolatore da parte

¹⁷ Vedi B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e funzione amministrativa*, Rimini, Maggioli, 2012.

del regolato (spesso interessato non solo a condizionare singole decisioni amministrative, ma l'intero contesto politico e amministrativo dell'ente territoriale). Per questo motivo le insufficienti disposizioni contenute nel regolamento del 2010, avevano anche il ruolo di norme anticipatrici, nel settore, di una disciplina necessariamente generale.

Ad arginare questi fenomeni di *maladministration*, se non di vera corruzione, dovrebbe in gran parte provvedere la recente legge anticorruzione¹⁸, che, da un lato ha direttamente posto un freno al cosiddetto *pantouflage*, vietando per un periodo di tre anni il conferimento di incarichi in imprese private regolate per i funzionari pubblici¹⁹ che abbiano svolto funzioni di regolazione, e dall'altro contiene una delega al Governo per la disciplina della conferibilità di incarichi pubblici (tra i quali sono compresi gli incarichi di amministratore di ente pubblico e di ente privato in controllo pubblico) per coloro che provengano da imprese private regolate o da incarichi politici²⁰. C'è da attendersi l'emanazione di norme ben più dettagliate di quelle, assai povere, come si è visto, del regolamento del 2010 ora abrogato e, soprattutto, assistite da un adeguato quadro sanzionatorio in caso di violazione. Ciononostante si tratterà di una disciplina necessariamente generale, destinata ad applicarsi a tutte le amministrazioni e a tutte le funzioni pubbliche, che ben potrebbe essere integrata e completata da normative specificamente rivolte ai servizi pubblici locali, siano essa la generale disciplina statale sui servizi pubblici locali (nei limiti richiamati), ovvero normative che lo Stato e le Regioni potranno adottare, nei diversi settori di materia, per meglio precisare e arricchire gli strumenti di contrasto ai conflitti di interesse. Va ricordato, infatti, che i conflitti di interesse e i conseguenti rischi di cattura del regolatore (di condizionamento improprio delle sue decisioni di cura di interessi

¹⁸ La legge 6 novembre 2012, n. 190, «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione».

¹⁹ Con l'introduzione, nell'art. 53 della legge sul lavoro pubblico (d.lgs. n. 165 del 2001), di un nuovo comma (il 16-ter). Per un primo commento a queste norme si veda B. PONTI, *Modifiche all'art. 53 del t.u. lavoro alle dipendenze della p.a.* in M. PELISSERO, B.G. MATTARELLA (a cura di), *La nuova legge anticorruzione*, Giappichelli, Torino, 2013.

²⁰ Per un primo commento alle norme della legge n. 190 contenenti la delega in materia di inconferibilità e incompatibilità degli incarichi pubblici si veda F. MERLONI *Nuovi strumenti di garanzia dell'imparzialità delle amministrazioni pubbliche: l'inconferibilità e incompatibilità degli incarichi*, in M. PELISSERO, B. G. MATTARELLA (a cura di), *La nuova legge anticorruzione*, op. cit., dove si ricorda che una disciplina sulle inconferibilità e incompatibilità è di diretta attuazione dell'art.97 Cost., ha caratteri necessariamente unitari e spetta alla competenza legislativa dello Stato.

generali) sono particolarmente rilevanti nei settori economici legati ai servizi pubblici locali, perché essi costituiscono violazione, oltre che dell'imparzialità, anche del principio di concorrenza.

10. *Esiste una materia "servizi pubblici locali"?*

Uno degli effetti negativi della sentenza che qui si commenta sta nella mancata pronuncia della Corte sull'esistenza di una materia "servizi pubblici locali" rivendicata dalle Regioni alla loro competenza legislativa residuale, sul fondamento testuale della sua mancata comprensione nei commi 2 e 3 dell'art. 117 Cost. e in più occasioni richiamata dalla stessa Corte.

Nel caso che ci interessa tutte le Regioni hanno impugnato con questa motivazione, ma la Corte ha potuto, con l'assorbente motivo della violazione dell'art. 75 Cost., non pronunciarsi sull'esistenza di un'unitaria materia "servizi pubblici locali", così come aveva fatto già nella sentenza n. 272 del 2004, quando aveva riconosciuto allo Stato, nella materia di competenza esclusiva "tutela della concorrenza", la possibilità di ricavarsi uno spazio per la disciplina di quegli aspetti della materia connessi con la promozione e la tutela della concorrenza. In tal modo la Corte aveva, sia pure ponendo dei limiti, ammesso interventi normativi statali in materia di disciplina delle forme di gestione²¹.

Oggi, però, venuta meno la disciplina statale per effetto del referendum, ci si potrebbe interrogare sulla legittimità di un intervento legislativo delle Regioni, laddove la ricordata rivendicazione di competenza avesse un fondamento.

Nel silenzio della Corte la questione sembra ancora aperta, anche se le tesi che ho qui cercato di esporre sembrano escludere l'esistenza di una materia che consenta alle Regioni di disciplinare in via generale i servizi pubblici locali, in qualunque settore di materia, anche cioè per i servizi pubblici erogati nell'esercizio di funzioni amministrative locali in materia di competenza statale. I servizi pubblici locali seguono le funzioni. E' alle funzioni amministrative degli enti territoriali (comprese le funzioni delle Regioni), nel cui

²¹ Nella sent. n. 307 del 2009, non potendo nel caso in esame sostenere la tesi della competenza in materia di tutela della concorrenza, ha fatto ricorso alla materia "funzioni fondamentali", con l'intento di ricavare uno spazio per la legge statale anche all'interno di una materia (i "servizi pubblici locali") che in quel caso ha considerato come unitaria, di competenza residuale regionale. Sul punto si veda F. MERLONI, *Una «new entry» ...* op. cit..

esercizio si erogano i servizi pubblici locali, che occorre guardare per stabilire a chi spetti, tra Stato e Regioni, la competenza legislativa che ponga limiti all'organizzazione e allo svolgimento delle funzioni, sempre nel rispetto del contenuto minimo e indefettibile dell'autonomia normativa degli enti locali (art. 117, comma 6, Cost.). Le Regioni potrebbero, cioè, regolare le forme di gestione dei servizi pubblici, colmando i vuoti creati dall'abrogazione della legislazione statale, ma solo all'interno delle materie di loro competenza, e sempre nel rispetto dei limiti comunitari. Non potrebbero disciplinare i servizi pubblici locali in virtù di una competenza in materia di concorrenza che è riservata allo Stato.

Altri elementi che qui ho richiamato, invece, sembrano spingere verso una diversa disciplina, necessariamente unitaria: la disciplina relativa alle regole generali da applicarsi per l'assunzione dei servizi pubblici, eventualmente arricchita e integrata da norme di settore (di legge statale e o regionale, o di fonte autonoma locale a seconda delle materie e delle funzioni amministrative nell'esercizio delle quali si erogano servizi pubblici).

Una materia "servizi pubblici locali", quindi, avrebbe ancora una sua vitalità, ma solo quanto ai profili strettamente connessi con la tutela della concorrenza (la disciplina dell'assunzione di servizi a rilevanza economica, in attuazione dell'ordinamento comunitario) e solo come disciplina generale di competenza statale, che non esclude l'intervento di altre fonti normative per la regolazione di ulteriori profili, quali le finalità da soddisfare con l'assunzione, regole procedurali aggiuntive per la decisione sull'assunzione, eventuali regole per indirizzare le scelte degli enti territoriali quanto alle forme di gestione.