

Servizi pubblici locali, società comunali e montagna

Considerazioni su norme recenti

di Adriana Vigneri

Le novità in tema di servizi pubblici locali e società degli enti locali

I recenti interventi normativi in tema di servizi pubblici locali (in breve ssppll) e di società degli enti locali hanno introdotto cambiamenti rilevanti, che non sono ancora giunti ad uno stadio di chiara e coerente sistemazione. Tre sono le materie coinvolte:

- le società per la gestione dei servizi pubblici locali;
- le norme restrittive sulle società pubbliche e locali in particolare;
- la disciplina della gestione associata delle funzioni e dei servizi.

Tutte comportano problemi interpretativi ed applicativi particolarmente delicati.

La riforma 2008/2010 dei servizi pubblici locali

Iniziamo dalla riforma delle modalità di gestione dei servizi pubblici, che ha eliminato l'*in house* come forma ordinaria di affidamento. E' superato il sistema, introdotto dopo una fase di incertezza nel 2003, che affidava alla libera scelta del singolo ente locale se far ricorso al mercato o gestire direttamente i servizi di cui porta la responsabilità. La nuova modalità ordinaria è costituita dalla gara (procedura competitiva ad evidenza pubblica) sulla gestione del servizio, applicata anche al caso in cui il gestore debba diventare socio della società con l'ente pubblico affidante. In deroga a tali modalità, se sussistono condizioni che impediscono il ricorso al mercato, attraverso un'apposita procedura che coinvolge – per i comuni maggiori – anche l'AGCM, è possibile l'utilizzazione del modello *in house*. La nuova disciplina si applica, come d'altronde quella contenuta nell'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 (TUEL), ai servizi aventi rilevanza economica. Ricordiamo che per la qualificazione di "economici" basta la potenziale redditività e che a tal fine non osta la presenza di finanziamenti pubblici.

È un buon affare sostenere l'incostituzionalità della riforma?

La riforma è stata accusata da aver voluto "strafare" rispetto alle stesse prescrizioni del Trattato CE (ora trasfuso nel Trattato su funzionamento dell'Unione, TFU). Il testo normativo di cui si tratta (l'art. 23-bis del d.l. n.122/2008, conv. in l. n. 133/2008; l'art. 15 del d.l. n. conv. in l. n. /2009; completato dal regolamento 22 luglio 2010) dichiara di intervenire «*in applicazione della disciplina comunitaria*». E' noto invece che l'interpretazione del Trattato CE non ha mai condotto Corte di giustizia e Commissione a ritenere che si dovessero porre limiti all'autoproduzione dei servizi di interesse generale (SIG) da parte degli Stati e degli enti pubblici in genere, se non quelli che garantiscono trattarsi appunto di "autoproduzione". Trattasi dunque di indirizzo adottato, peraltro legittimamente, da Governo e Parlamento italiano. Meno fondato

sostenere questa tesi per la disciplina della società mista, che necessitava invece di un adeguamento a quei principi, per rendere legittimo l'affidamento diretto alla società.

La riforma è inoltre sospettata di incostituzionalità. Non tanto perché l'autonomia costituzionalmente garantita degli enti locali (e delle regioni) – rafforzata nell'art. 114 Cost. - consenta loro di non applicare la tutela e la promozione della concorrenza al campo dei servizi pubblici locali¹, quanto sotto il profilo della tutela dell'affidamento. Il mondo delle *utilities* pubbliche si è negli ultimi anni (dal 2004, anno di prima applicazione della versione 2003 dell'art. 113 Tuel, al 2008, anno di entrata in vigore della prima versione del 23-bis) organizzato sulla base di una normativa che consentiva sostanzialmente la libera scelta tra ricorso al mercato e gestione diretta (nella forma dell'*in house*, non essendo più consentita la gestione in economia)

L'argomento non appare molto solido. Può essere deprecabile che nell'arco di un decennio scarso (2001-2009) si sia modificato tre volte l'indirizzo politico economico perseguito, ma qui interessa capire se ne possa anche derivare un serio dubbio di costituzionalità, a proposito dell'ultimo *revirement*, sotto il profilo del legittimo affidamento a continuare fino a scadenza naturale le attuali gestioni *in house*, o miste con soci scelti mediante semplici gare sul prezzo delle azioni. Ora, è vero che i principi della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto fanno parte dell'ordinamento giuridico interno e altresì di quello comunitario. Dal punto di vista del diritto interno, la Corte costituzionale ha più volte dichiarato che il principio della certezza del diritto non postula l'assenza di modifiche legislative (che possono anche incidere su diritti soggettivi perfetti), ma richiede piuttosto che il legislatore tenga conto delle situazioni particolari degli operatori economici e preveda, eventualmente, adattamenti all'applicazione delle nuove norme giuridiche. Quanto alla Corte di giustizia, l'impostazione è analoga.

Si tratta quindi di valutare, da un lato se il legislatore ha dato la possibilità alle imprese di adeguarsi al nuovo regime, dall'altro se era fondato l'affidamento eventualmente fatto da enti locali ed *utilities* pubbliche sul carattere duraturo della disciplina generale (quella settoriale di numerosi settori è rimasta invariata).

I veri “tarli” della riforma

I veri tarli della riforma stanno altrove, in alcune modifiche inserite in sede di legge di conversione del d.l. governativo, che possono giungere fino a travolgere il principale punto di forza del testo: la scelta del gestore con gara. Si tratta: *a*) della decisione di far sopravvivere le gestioni idriche “efficienti”; *b*) di scegliere, per la società mista, il socio operativo per affidargli soltanto alcune limitate attività; *c*) della possibilità di continuare le attuali gestioni *in house* come “miste maggioritarie”.

Sub a) Il regolamento introduce una disciplina differenziata per il settore idrico: «*esclusivamente per i servizi relativi al settore idrico, l'ente affidante può rappresentare specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione in house non distortiva della concorrenza, ossia comparativamente non svantaggiosa per i cittadini rispetto a una modalità alternativa di gestione dei servizi pubblici locali, con particolare riferimento (seguono gli indici di efficienza)*». Si tratta di un argomento – l'efficienza - che ha la potenzialità di scardinare

¹ Il Trattato e il diritto derivato non impediscono che vi sia in sede nazionale una più rigorosa tutela della concorrenza. Questo principio è espresso anche in un testo normativo dell'UE che, avendo natura regolamentare, si sarebbe altrimenti imposto sulla disciplina interna soppiantandola. Ci riferiamo al Regolamento CE 1997/1370 entrato in vigore il 3 dicembre 2009 che consente forme diverse dalle procedure di evidenza pubblica «a meno che non sia vietato dalla legislazione nazionale».

l'intero sistema contenuto nei commi 3 e 4 dell'art. 23-bis. Non è difficile sostenere che quello stesso metodo di valutazione applicato ai servizi idrici – idoneo a superare secondo il legislatore il giudizio di congruità con il principio di concorrenza – deve poter essere applicato anche ad altri servizi, per le medesime ragioni. Con il risultato di poter conservare le gestioni *in house* “efficienti” anche in altri settori. E di incidere sulla disciplina del periodo transitorio, rendendo sostenibile che è *irragionevole* (noto canone di incostituzionalità) far cessare anticipatamente le gestioni che già soddisfano ai requisiti di efficienza. Non si ritornerebbe proprio alla libera scelta in tema di autoproduzione dei servizi, occorrerebbe motivare accuratamente, e forse gestire al meglio, ma l'apertura del mercato (o la sua chiusura) tornerebbero in linea di principio nella disponibilità delle autonomie locali.

Sub b) In sede di lavori parlamentari è stata introdotta una “lieve” modifica alle modalità della gara per l'attribuzione della qualità di socio della società mista, gara che come noto apre la possibilità di affidamento diretto del servizio alla società (dato che la gara per la scelta del socio è avvenuta appunto per l'affidamento del servizio). Non più per l'attribuzione al candidato socio “dei compiti operativi”, bensì di “specifici compiti operativi”. La modifica introdotta all'oggetto della gara si presta ad essere interpretata² nel senso che si può reperire nel mercato un socio anche per affidargli soltanto una parte del complessivo servizio. In tal caso i restanti compiti (60%) sono svolti – per autorizzazione legislativa, diciamo così – dal socio pubblico. Ma non si era detto che la gestione *in house* era eccezionale? Si introduce una contraddizione insanabile con la regola dell'eccezionalità della gestione *in house* e probabilmente anche con le regole che secondo la giurisprudenza comunitaria debbono caratterizzare le gestioni proprie.

Sub c) La disciplina transitoria consente la conservazione degli affidamenti fino a scadenza naturale se la società *in house* si trasforma in mista. E' stato osservato che la società mista frutto dell'applicazione del diritto transitorio è diversa da quella introdotta a regime dal comma 2, lett. b) dell'art. 23-bis, il cui fondamento sta – lo ricordiamo – nell'equiparazione con la gara per la gestione del servizio. Anche in questo caso, come in quello di applicazione “lassista” dei specifici compiti operativi, quel fondamento legittimante tende a svanire. E con esso risorgono le società maggioritarie vecchia maniera, soltanto con gare un po' più serie per la scelta del socio.

In sintesi, si ha l'impressione che siano i fondamentali della normativa, il rigore dell'affidamento con gara, nel caso della società mista, la scelta sulla base di una competizione tra candidati gestori, ad essere fragili. Anche le incertezze, lungo l'arco del 2009, sul trattamento da riservare al trasporto pubblico locale, pur risolte con il decreto Rochi, sono significative³. Il Governo ha fatto un deciso passo in avanti, che minaccia di non reggere alle progressive erosioni.

Le società degli enti locali nel settore dei ssppll

Nel frattempo preme fare il punto sul rapporto servizi pubblici locali/società comunali. Preme in particolare stabilire quali tipi di società gli enti possano istituire.

Vi sono anzitutto le norme che riguardano i casi in cui l'ente locale agisce fuori mercato.

In base alla disciplina sui servizi, gli enti locali possono costituire in via ordinaria società *in house* (totalmente pubbliche) per produrre beni e servizi destinati ad essere fruiti dallo stesso ente (società strumentali, che non possono costituire a loro volta società o parteciparvi).

Possono inoltre costituire società proprie per gestire le reti e in generale i beni strumentali al servizio (e conferirne loro eventualmente la proprietà), in forza dell'art. 113 tuel, commi 4 e 13, non travolti dall'art. 23-bis, né implicitamente, né espressamente. Possibilità confermata, non

² Può anche essere interpretata come esatta identificazione dei compiti, non come parzialità dei compiti.

³ Resta anche da spiegare, se possibile, il rinvio al regolamento comunitario n. 1370/2007 contenuto nel regolamento.

soltanto dalla non abrogazione del citato comma 4 e dalla sopravvivenza del comma 13 dell'art. 113, anche dalla previsione contenuta nell'art. 23-bis, comma 5, che consente (come d'altronde già faceva il comma 4, lett. b) dell'art. 113) la gestione mediante affidamento a privati, senza imporla. Si noti tuttavia che la gestione separata delle reti (mediante società *in house* o altrimenti) è possibile soltanto se la disciplina di settore lo consente (art. 113, comma 3).

Per rendere servizi al pubblico, secondo la disciplina generale dell'art. 23-bis, e fatta salva la diversa normativa dei settori esclusi, comuni e province possono costituire società *in house* soltanto in via eccezionale. Le società *in house* (sia di gestione delle reti, sia di gestione del servizio) non hanno esplicitamente il divieto di costituire società, ma non possono acquisire la gestione di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi o attività per altri enti, pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o altre società che siano da essi controllate o partecipate, né partecipando a gare.

Per agire secondo le regole della concorrenza, beneficiando nello stesso tempo di una procedura di affidamento diretto, gli enti locali possono costituire, con le particolari caratteristiche descritte dalla legge e dal regolamento, società miste. Società cui si applicano, ma per diverse ragioni, gli stessi limiti (impossibilità di acquisire la gestione di servizi ulteriori, ovvero in ambiti territoriali diversi, per altri enti, pubblici o privati, né direttamente, né tramite loro controllanti o controllate o partecipate, né partecipando a gare) che gravano sulle società affidatarie dirette e in quanto tali escluse dalla possibilità di concorrere nel mercato.

Soprattutto, possono costituire società per gestire, in forma di impresa e in competizione con il privato, servizi pubblici locali. Lo si ricava dai principi del Trattato, che non discrimina l'impresa pubblica, purché non destinataria di un trattamento di favore; è confermato dall'art. 42 Cost (la proprietà è pubblica o privata, compresa quella dell'impresa); ne fa applicazione l'art. 3 del regolamento in esame, comma 2: «*Le società a capitale interamente pubblico possono partecipare alle procedure competitive ad evidenza pubblica di cui all'art. 23-bis, comma 2, lettera a), sempre che non vi siano specifici divieti previsti dalla legge*».

Non vi è dubbio quindi che gli enti locali possano costituire società destinate ad operare nel mercato delle *utilities*. Ma in quali altri settori possono operare mediante società-impresе?

Le nuove regole sulle società pubbliche

Lasciamo l'interrogativo in sospeso per affrontare – sia pur sinteticamente – l'altro settore normativo, quello delle regole recenti che concernono le società pubbliche in quanto tali, indipendentemente dalla normativa sui ssppll.

Lasciando per ora da parte la cospicua normativa che ha assoggettato le società pubbliche (o in controllo pubblico) alle regole sugli appalti pubblici, a quelle di evidenza pubblica nella provvista del personale e alle limitazioni nelle assunzioni, e le ha sottoposte al patto di stabilità, nonché ad una serie di altre restrizioni (sul numero degli amministratori, sui compensi); ci soffermiamo su due prescrizioni che stanno assumendo rilievo centrale, il comma 27 dell'art. 3 della legge 244/2007, e il comma 32 dell'art. 14 della recente Manovra (legge n. 122/2010).

Il comma 27 dice che «*Al fine di tutelare la concorrenza e il mercato, le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non possono costituire società aventi per oggetto attività di produzione di beni e di servizi non strettamente necessarie per il perseguimento delle proprie finalità istituzionali, né assumere o mantenere direttamente o indirettamente partecipazioni, anche di minoranza, in tali società. È sempre ammessa la costituzione di società che producono servizi di interesse generale e l'assunzione di partecipazioni in tali società da parte delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nell'ambito dei rispettivi livelli di competenza*».

Il comma 32 dice che «Fermo quanto previsto dall'art. 3, commi 27, 28 e 29, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, i comuni con popolazione inferiore a 30.000 abitanti non possono costituire società. La disposizione di cui al presente comma non si applica alle società, con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti; i comuni con popolazione compresa tra 30.000 e 50.000 abitanti possono detenere la partecipazione di una sola società».

Il primo interrogativo cui occorre rispondere è se il divieto di costituire società (comma 32) riguardi tutti i possibili settori di attività degli enti locali, servizi pubblici locali compresi. Se il divieto limiti soltanto o vieti in assoluto la possibilità degli enti locali minori di detenere partecipazioni azionarie. Meno rilevante è per ora rispondere all'altro interrogativo, quali attività mediante società non siano consentite dal comma 27, dato che il comma 27 permette senza dubbio di operare mediante società per rendere servizi pubblici.

Alla prima domanda si è risposto negativamente (con la conseguenza che i comuni in particolare resterebbero liberi di utilizzare società per l'erogazione di servizi pubblici anche se con popolazione inferiore ai 30.000 abitanti) argomentando dall'*incipit* del comma 32, che mantiene «fermo quanto previsto dal comma 27», vale a dire l'esclusione delle società di servizi pubblici.

L'argomento è fragile⁴, è più corretto ritenere che le due disposizioni si sommano, debbono essere rispettate entrambe: **nei casi in cui gli enti possono detenere partecipazioni azionarie ai sensi del comma 27 (limite finalistico), lo possono fare rispettando il limite del comma 32 (limite dimensionale o quantitativo)**. In altri termini, la norma regina, quella che indica ciò che i comuni possono fare o non fare, è contenuta nel comma 27. Su questo aspetto ritorneremo alla fine.

Ora ci preme dire che – se è vero che l'argomento del “fermo restando il comma 27” è fragile – altre più solide considerazioni possono essere fatte.

Comma 32 e disciplina dell'uso delle società nei sspll

Il comma 32 ignora le discipline, generali e di settore, che dispongono in materia di società comunali. Per regola generale, se vi sono norme che dispongono sulle società comunali, in un settore in cui esse certamente possono operare, e dispongono *diversamente* da quanto stabilito dal comma 32, dette norme dovrebbero prevalere sulla normativa generale successiva. Va esaminato dunque se in materia di sspll dette norme vi siano.

Lo stesso parere della Corte dei Conti citato in nota 1 riconosce che vi possono essere “*casi nei quali gli enti possono detenere partecipazioni oltre il limite introdotto dalle norme in commento, trattandosi di fattispecie speciali disciplinate dal legislatore non solo in relazione all'attività ma anche al modo di esercizio della stessa*”. Ora non vi è dubbio che quanto ai servizi pubblici le norme statali dispongano proprio sul modo di esercizio dell'attività. Resta da vedere come la disciplina sul modo di esercizio dell'attività coinvolge le società pubbliche:

- la possibilità di conferimento della gestione a favore di società mista (art. 23-bis, comma 2, lett. b)) non contiene nessun vincolo che imponga agli enti locali di farlo in forma associata;

⁴ In questo senso si esprime Corte dei Conti, Sezione regionale di controllo per la Lombardia, 22 luglio 2010, parere 861/2010.

- la possibilità, sia pure eccezionale e procedimentalizzata, di costituire società *in house* non subisce nella legislazione sui ssppll nessun limite dimensionale (di cui il legislatore si occupa, ma al solo fine di differenziare la procedura);
- la possibilità di conferimento dei beni strumentali a soggetti all'uopo costituiti in forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico, che li possono gestire (art. 113, commi 13 e 4 lett. a))⁵ non vincola questa possibilità ad una determinata dimensione dell'ente;
- le gestioni *in house* non cessano la loro attività (entro il 31.12.2010 o il 31.12.2011) se ne viene privatizzato almeno il 40%; dovrebbero cessare comunque la loro attività a fine 2011 se di comuni inferiori ai 30.000 abitanti?
- la possibilità di concorrere alle prime gare delle società pubbliche attuali affidatarie dirette, attribuita proprio in considerazione del loro carattere pubblico, verrebbe meno se le società dovessero scomparire a data fissa;
- la figura della *multiutility* è una possibilità, non un obbligo, in base alla disciplina vigente sui servizi pubblici locali il singolo comune possiede una società (o vi partecipa) che gestisce il ciclo idrico, e altra che si occupa di rifiuti

Si potrebbe probabilmente proseguire, ma quanto detto ci sembra sufficiente per una prima affermazione: applicare ai ssppll il comma 32 significa contraddire ed eliminare una disciplina specifica che nei confronti di quel comma ha i caratteri della specialità.

Vi è ancora una considerazione da fare, anche più rilevante, almeno dal punto di vista sistematico.

La disciplina statale sulle *utilities*⁶ ha riguardo sia ai *modelli* utilizzabili⁶, sia agli *ambiti* di esercizio dell'attività, che sono strettamente connessi alla dimensione societaria; esiste una disciplina degli ambiti sia per i trasporti, sia per il ciclo idrico e quello dei rifiuti, sia ora anche per il gas naturale. L'indirizzo è che per ciascun ambito vi sia tendenzialmente un solo gestore; se il gestore è un'impresa privata il problema non esiste. Se è un'impresa pubblica, nei casi ammessi, la popolazione di riferimento della società – o delle società – dipende dalla normativa settoriale. In altri termini, il legislatore si è posto il problema della dimensione, e lo ha risolto con strumenti diversi da quello utilizzato nel comma 32.

Né potrebbe obiettarsi che ciò dipende dalla normativa previgente, non essendo più possibile in futuro la gestione attraverso società propria (*in house*) dei ssppll. Non è vero in assoluto (l'*in house* è un'eccezione, non scompare), ma questa è un'ulteriore dimostrazione che le due discipline seguono binari diversi (il comma 32 fa accorpare società che l'art. 23-bis fa scomparire).

Inoltre il fatto che l'art. 23-bis impedisca di massima gli affidamenti diretti a propria società, non impedisce che gli enti locali possano essere proprietari di imprese (e quindi anche di società) che operano *nel mercato* delle *utilities*.

I due corpi normativi hanno obiettivi diversi. La normativa generale e successiva è stata introdotta – par di capire – per ragioni di finanza pubblica, ma si noti che il comma 25 dell'art. 14 cit. colloca il “cappello” del “coordinamento della finanza pubblica” sui commi precedenti, escludendone il comma 32 (“*Le disposizioni dei commi da 26 a 31 sono dirette ad assicurare il*

⁵ I citati commi dell'art. 113 non sono stati abrogati, né espressamente, né per incompatibilità. Anzi l'art. 23-bis. Comma 5, rinforzando quanto già disposto dall'art. 113, comma 4, lett. b), consente che la gestione delle reti *possa* essere affidata anche a soggetti privati.

⁶ Peraltro diversi in ragione del settore di appartenenza: per idrico, rifiuti e trasporti in via eccezionale la società *in house*, in via ordinaria la società mista con determinate procedure e caratteristiche; per il gas, soltanto la società-impresa.

coordinamento della finanza pubblica e il contenimento delle spese per l'esercizio delle funzioni fondamentali dei comuni”). Il comma 32 non è giustificato come intervento di finanza pubblica e di contenimento delle spese. E neppure può essere giustificato come tutela della concorrenza (titolo che legittima la disciplina statale sulle modalità di gestione dei ssppll).

Se si deve prendere sul serio l'esclusione, occorre chiedersi a quale titolo è introdotta la norma restrittiva dell'autonomia degli enti locali tutelata dall'art. 114 Cost. Certo non in base alla competenza esclusiva attribuita alla legge dello Stato dall'art. 117, comma 2, lett. p) della Costituzione.

Dimensione societaria ed esercizio associato delle funzioni

A questo punto altre considerazioni devono essere introdotte. E' di tutta evidenza che la questione della dimensione societaria è strettamente collegata al tema dell'esercizio in forma associata delle funzioni. Il punto è che il legislatore è intervenuto sul primo aspetto in modo scollegato con le norme sull'esercizio associato delle funzioni, inserite nel DDL Calderoli e ora in qualche modo anticipate dall'art. 14 della Manovra 2010, al comma 28. E' intervenuto in modo scollegato con le stesse disposizioni inserite nel medesimo articolo 14.

Le norme sull'esercizio associato delle funzioni sono affidate alle regioni. Infatti, per quanto si dica che le funzioni fondamentali dei comuni minori (con meno di 5.000 ab., con meno di 3.000 se comuni appartenenti o appartenuti a comunità montane) *sono obbligatoriamente esercitate in forma associata* (non possono essere svolte dai comuni singolarmente né da più di una forma associativa, commi 28 e 29 dell'art. 14), non vi è alcuna efficacia immediata della prescrizione; spetta alla legge regionale individuare la dimensione territoriale ottimale dell'esercizio delle medesime funzioni fondamentali e il termine di decorrenza, purché nel rispetto del comma 28 e quindi della compressione negli ambiti dei comuni con meno di 5.000 o 3.000 abitanti (comma 30 dell'art. 14).

L'affidamento del compito alle regioni è temperato dalla previsione di un d.P.C.M. chiamato a fissare *il termine* ai singoli comuni (?) perché si adeguino sia al comma 28, sia alla legge regionale prevista dal comma 30 (legge che dovrebbe quindi intervenire *prima* di quel termine); il d.P.C.M. ha il compito anche di stabilire *il limite demografico minimo* che «*l'insieme dei comuni che sono tenuti ad esercitare le funzioni fondamentali in forma associata deve raggiungere*».

Vi sarà un collegamento tra il limite demografico minimo e la sua trascrizione in aggregati intercomunali, e le dimensioni necessarie per costituire società? Perché anticipare in modo astratto e rigido norme sulle dimensioni societarie, se non si sa ancora nulla delle norme con cui verrà realizzato l'esercizio associato delle funzioni? I tentativi dei comuni di trovare nel frattempo partner con cui raggiungere la popolazione complessiva di 30.000 abitanti non avrà, necessariamente, la logica dell'accorpamento territoriale, che dovrebbe essere invece l'idea guida delle leggi regionali.

Le ulteriori ipotesi di esclusione

Nel frattempo un qualche possibile rimedio è stato previsto. Non è stato sufficientemente valutato che vi sono territori nei quali 30.000 ab. possono essere anche pochi, ed altri in cui tale numero non è raggiungibile, se si vuole contemporaneamente rispettare una logica di omogeneità geografica, di rapporti economici e sociali, particolarmente rilevante nelle aree della montagna.

Il rimedio può venire dalla previsione contenuta nel seguito del comma 32: «*Con decreto del Ministro per i rapporti con le regioni e per la coesione territoriale, di concerto con i Ministri dell'economia e delle finanze e per le riforme per il federalismo, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, sono determinate le modalità attuative del presente comma nonché ulteriori ipotesi di esclusione dal relativo ambito di applicazione*».

Il riferimento ad «*ulteriori ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione*» si spiega considerando che la prima ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione è quella delle società *con partecipazione paritaria ovvero con partecipazione proporzionale al numero degli abitanti, costituite da più comuni la cui popolazione complessiva superi i 30.000 abitanti*. E' già un'attenuazione della regola che soltanto i comuni con più degli abitanti minimi stabiliti possono costituire società.

Un'ulteriore ipotesi (di esclusione dalla regola dei 30.000) dovrebbe essere costituita dalle aree montane, che già sono state oggetto di livelli differenziati ai fini dell'esercizio associato delle funzioni, prevedendo che sia sufficiente raggiungere insieme, ad esempio, i 10.000 abitanti.

Ma a ben vedere questi criteri numerici sono inadatti a corrispondere alle esigenze primarie, che debbono rimanere quelle dell'accorpamento territoriale. Prima le norme sull'esercizio associato delle funzioni, poi i limiti numerici.

Il «famigerato» comma 27

Abbiamo fin qui acquisito alcuni punti: il comma 32 ragionevolmente non azzera le norme che in materia di servizi pubblici disciplinano l'uso delle società pubbliche e quindi in linea di massima non impone la dimensione minima (30.000 abitanti); le attuali gestioni *in house* possono proseguire come società maggioritarie pubbliche; deprecabilmente, le norme sui limiti dimensionali delle società sono anticipate e quindi incoerenti, rispetto a quelle che regoleranno l'esercizio associato delle funzioni fondamentali (quali funzioni fondamentali?).

Ma, come abbiamo osservato prima, la norma regina è il comma 27: la funzionalizzazione della scelta di operare attraverso società agli scopi dell'ente. Ma quali sono gli scopi istituzionali degli enti autonomi territoriali, che sono stati sempre definiti, e ora a maggior ragione, enti a fini generali?

E' assai dubbia una restrizione imposta dal legislatore alle finalità perseguibili e la pretesa di un controllo sul rapporto di strumentalità tra fini e mezzi per realizzarli. La stessa Sezione del controllo della Corte dei Conti Lombardia sopra citata, del cui rigore non si dubita, non è andata al di là – su questo tema – di una dichiarazione di dubbio: la dubbia conformità al comma 27 della decisione di un comune di partecipare ad una società per la produzione di energia rinnovabile.

Il tema è troppo vasto per essere qui trattato. Ci limitiamo ad osservare che il comma 27 è stato scritto in un momento in cui secondo la disciplina dei servizi pubblici i comuni erano liberi di costituire società *in house* e società miste prive di vincoli e restrizioni⁷. E più in generale non vi erano, o erano ancora limitate, le restrizioni destinate a limitare i costi delle società costituite o partecipate da enti pubblici e a tutelare gli equilibri generali di finanza pubblica.

Attualmente, per effetto di norme precedenti e di norme contestuali alla Manovra 2010, non vi è più (o è molto diminuito) il rischio (assolutamente reale) che le società siano costituite soprattutto per avvalersi di incarichi da distribuire; per eludere le norme pubblicistiche

⁷ Si veda ad esempio il caso della società mista (socio operativo scelto con gara) che ha partecipato come società ad altra gara, operazione perfettamente lecita secondo il Consiglio di Stato, ante art. 23-bis.

sull'assunzione di personale, le norme di evidenza pubblica sui contratti e quelle sul patto di stabilità.

Avviene spesso che le norme risultino fuori tempo (oltre che forse fuori Costituzione), per effetto della velocità dei cambiamenti. Su questo occorrerebbe riflettere.