

**L'ASSUNZIONE /ISTITUZIONE DEI SERVIZI PUBBLICI
(LOCALI) TRA ORDINAMENTO ITALIANO E
ORDINAMENTO COMUNITARIO***

DI FRANCESCO MERLONI

1. *Premessa: il problema e la tesi di fondo.*

La spinta comunitaria alla liberalizzazione delle attività economiche a fini di concorrenza tocca i servizi pubblici, con risvolti particolarmente delicati per i servizi pubblici locali. Per molti servizi, in particolare per quelli economici di interesse generale, la liberalizzazione si è fatta con interventi diretti comunitari (regolamenti e direttive) o con leggi statali. Nel caso dei servizi pubblici locali la legge italiana (in particolare il TUEL, nelle sue successive versioni) lascia agli enti locali un ampio margine di discrezionalità nella decisione del tipo di intervento da realizzare: di sola regolazione o attivo, di organizzazione delle attività di prestazione (assunzione/istituzione del servizio e successiva scelta delle forme della sua gestione).

La tesi che qui si vuole sostenere è la seguente: la disciplina italiana dei servizi pubblici locali, scegliendo, ripetutamente, di occuparsi delle forme di gestione dei servizi anziché di porre limiti alla loro assunzione/istituzione, non permette di raggiungere lo scopo della (massima possibile) liberalizzazione voluta dall'ordinamento comunitario. Se la forma di gestione è scelta contestualmente o a valle di un provvedimento di assunzione/istituzione del servizio¹ siamo nel

* *Il presente studio è destinato al Volume, in corso di pubblicazione, che raccoglie gli scritti in onore di F. Pugliese.*

¹ L'attenzione sulla fase dell'assunzione/ istituzione del servizio non è molto frequente nella nostra dottrina in materia. Tra i pochi che vi si sono dedicati con chiarezza: G. CAIA, *Assunzione e gestione dei servizi pubblici locali di carattere industriale e commerciale: profili generali*, in *Reg. gov. Loc*, 1992, pag. 9 e segg. e

campo della cosiddetta “concorrenza per il mercato”, nella quale la sola competizione prevista non è di tipo concorrenziale, nel mercato, ma tra operatori economici che si disputano l’affidamento dell’erogazione di servizi *non liberalizzati*.

E’ utile allora rivisitare la disciplina vigente in materia concentrando l’attenzione sull’assunzione/istituzione di servizi pubblici, cioè sui limiti entro i quali un’amministrazione, al fine di conseguire finalità di pubblico interesse, può decidere in materia. .

2. Alcuni dati di partenza

2.1. I servizi pubblici tra Costituzione italiana e ordinamento comunitario (il presunto superamento del servizio pubblico in senso soggettivo).

Si tratta, nei limiti di queste note, di ricostruire due percorsi: quello della disciplina positiva e quello della costruzione teorica (la nozione di “servizio pubblico”).

Sotto il primo profilo ci si deve limitare a segnalare gli effetti della forte penetrazione dell’ordinamento comunitario, sia pure sulla base di una norma dei Trattati, il notissimo articolo 86, comma 2, del Trattato CE², di formulazione tutt’altro che chiara.

In estrema sintesi: l’ordinamento comunitario spinge per una graduale, ma certa, liberalizzazione dei servizi, almeno per quelli di interesse economico generale, mentre lascia alla discrezionalità (legislativa e in qualche caso amministrativa) dei singoli paesi la possibilità di individuare veri e propri servizi pubblici, la cui erogazione è, in misura più o meno ampia, sottratta al mercato e alla concorrenza, in vista «dell’adempimento di diritto o di fatto della *specifica missione* loro affidata», cioè in vista del raggiungimento di finalità di interesse

ID, *I servizi pubblici* in AA.VV. , *Diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, pag. 131 e segg. In particolare si veda alle pag. 164 e segg. e S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. Dir.*, XLII, pag. 362 e segg. Si veda anche, sempre per l’attenzione dedicata alla fase dell’assunzione del servizio, A. PIOGGIA, *Appunti per uno studio sulla nozione di pubblico servizio*, in *Quaderni del pluralismo*, 1998, pagg. 175 e segg.

² Destinato ad essere trasfuso nell’identico art.102 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea, approvato con il Trattato di Lisbona.

pubblico individuate dal legislatore o dalle pubbliche amministrazioni con atto amministrativo, ma sempre sulla base della legge .

Pur prevedendo che gli Stati membri possano individuare attività economiche come servizi pubblici, l'ordinamento comunitario ha spinto verso la liberalizzazione di quelle attività di erogazione di beni e servizi *di interesse economico generale* per le quali l'evoluzione tecnologica (per esempio permettendo di separare la gestione di reti dalla erogazione di servizi) consente l'intervento di una pluralità di soggetti privati in concorrenza tra loro, sia pure nel rispetto di regolazioni pubbliche, più o meno intense, volte a conseguire obiettivi di interesse generale, con particolare riguardo alla «promozione della coesione sociale e territoriale» (art. 16, Trattato CE³).

La discrezionalità degli Stati nella individuazione dei servizi pubblici è evidentemente più ampia per la individuazione di servizi a carattere non industriale (o non aventi *rilevanza economica*⁴) ovvero di quei servizi che, pur avendo in astratto un possibile “mercato”, aperto all'intervento concorrenziale di soggetti privati, sono ad esso sottratti per la particolare importanza delle finalità di interesse generale, e per questo definiti «sociali». Si pensi all'istruzione (con l'obbligo, in Italia direttamente disposto in Costituzione, di «istituire scuole statali per tutti gli ordini e gradi» che poi significa imposizione di istituire un vero e proprio “servizio pubblico”, al fine di salvaguardarne alcuni caratteri di fondo: distribuzione territoriale, qualità, laicità); o alla sanità, servizio che non esclude l'intervento di soggetti privati, in un quadro fortemente segnato dalla predeterminazione (programmazione) delle prestazioni sanitarie. Salva, in questi settori, la possibilità di individuare, tra le attività comprese nella erogazione del servizio, quelle che abbiano una propria distinta rilevanza economica e possano esser “esternalizzate” senza compromettere le finalità di interesse pubblico.

Nell'ordinamento comunitario, quindi, l'intervento pubblico nel settore dei servizi costituisce una eccezione rispetto alla regola, costitutiva della stessa Unione europea, che vuole le attività economiche rette dal principio della concorrenza. Principio che non

³ Destinato ad essere trasfuso, con poche integrazioni, nell'art.14 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, come approvato con il Trattato di Lisbona.

⁴ Secondo l'espressione oggi utilizzata dal legislatore in materia di servizi pubblici locali, che originariamente parlava di servizi «a rilevanza industriale» (vedi la prima versione dell'art.113 TUEL)

dovrebbe⁵ essere contraddetto da interventi pubblici nell'economia nella forma della costituzione di imprese in controllo pubblico destinate ad operare nel mercato, senza privilegi o aiuti, al fine del conseguimento di un profitto, in regime di concorrenza con le altre imprese private operanti nel mercato (art. 86, comma 1, Trattato CE)

Una eccezione che deve sempre esser fondata e motivata da interessi pubblici, a giustificare la proporzionalità del "sacrificio" che l'intervento pone alla libera circolazione dei mezzi di produzione.

Un primo livello di sacrificio è costituito dalla sottoposizione a regolazioni. Se per alcune attività di erogazione di servizi si pongono problemi legati ai tradizionali principi di *égalité*, *continuité*, *mutabilité*, se, cioè esse devono, per le loro caratteristiche intrinseche, essere considerate come servizi pubblici universali, è consentito di sottoporre la loro erogazione a regolazioni, anche penetranti, come l'imposizione degli obblighi di servizio pubblico (universale) (*mercato "regolato"*).

Un secondo livello è costituito dalla possibilità di dare alle imprese esercenti servizi di interesse generale aiuti economici altrimenti espressamente vietati dall'art. 87 del Trattato CE⁶.

In terzo luogo, poi, se anche queste regolazioni e questi aiuti si rivelano insufficienti, per situazioni obiettive (ad esempio, un monopolio naturale) o soggettive (assenza di imprese disponibili ad erogare il servizio alle condizioni previste dalla regolazione pubblica) resta possibile, per le amministrazioni pubbliche, *assumere/istituire* un

⁵ Il condizionale è d'obbligo, in quanto, se un tale intervento è pienamente compatibile con l'ordinamento comunitario (perché ad esso interessa che ne risulti salvaguardato il regime di concorrenza), più di un dubbio può venire alla luce del nostro ordinamento. Se l'impresa agisce al solo fine di conseguire un profitto, sia pure senza aiuti e senza impropri condizionamenti o alterazioni del mercato, quali sono le motivazioni di un simile intervento? Quali sono le finalità di interesse generale perseguite? Se si tratta di raccogliere risorse finanziarie utili per le finanze pubbliche l'intervento in questione è alternativo all'attivazione di entrate fiscali e destinato a riguardare una parte della popolazione (le imprese che vedono il mercato "ridotto" dalla presenza dell'impresa pubblica) rispetto alla generalità dei cittadini (come nel caso del ricorso alla fiscalità generale). Sull'alterazione che nel mercato provoca la *semplice presenza* dell'operatore pubblico, D. SORACE, *Servizi pubblici locali e iniziativa privata*, in *Econ. Pubbl.*, 1993, pag. 13 e segg. e ID. *Note sui servizi pubblici locali dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di V. Ottaviano*, II, Milano, Giuffrè, 1993, 1141.

⁶ Destinato ad essere trasfuso nell'identico art.107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, approvato con il Trattato di Lisbona

servizio pubblico, cioè assumere la responsabilità della *produzione* del servizio, determinando la posizione del servizio pubblico nel mercato: se nella forma dell'intervento di una impresa pubblica che eroga il servizio in presenza di altre imprese concorrenti (*mercato "condizionato"*) o in regime di riserva (*sottrazione al mercato*).

Nel primo caso si tratterebbe di una concorrenza "corretta" dal fatto che l'impresa pubblica eroga il servizio alle condizioni volute dal soggetto pubblico (comunque diverse da quelle determinate dalle sole logiche del mercato).

Nel secondo caso (riserva) la sottrazione al mercato sarebbe piena e al soggetto pubblico resterebbe, a valle (da un punto di vista logico) di questa decisione fondamentale, la scelta delle concrete forme di gestione: diretta (con propri uffici o in affidamento diretto ad imprese pubbliche *in house*) o indiretta (con affidamento ad imprese private, previa gara).

Se quelli qui sommariamente ricostruiti sono gli effetti della normativa comunitaria, appare evidente come, nonostante il formale rispetto che le richiamate disposizioni comunitarie dichiarano verso la "sovranità" degli Stati membri nella individuazione dell'interesse generale (del rispettivo indirizzo politico nel settore) si siano delimitati fortemente gli ambiti di discrezionalità (legislativa e amministrativa) che la nostra Costituzione (articoli 41, comma 3, e 43⁷) lasciava quanto alla decisione di assunzione/istituzione di un servizio pubblico.

Se già la Costituzione stabiliva in quali circostanze generali (riferimento a «servizi pubblici essenziali o a fonti di energia o a situazioni di monopolio») e per quali finalità («preminente interesse generale») si potesse dar luogo alla riserva originaria o alla pubblicizzazione di imprese, oggi questa possibilità è in via generale ristretta al preventivo e rigoroso rispetto del principio di concorrenza e di liberalizzazione di attività la cui erogazione in regime di servizio pubblico non sia chiaramente giustificata dalla necessità di conseguire "la specifica missione" o la "coesione sociale e territoriale", con particolare riguardo alle attività di carattere economico e non sociale.

⁷ In materia resta esemplare G. MIELE, *In tema di costituzionalità di attività economiche dello Stato*, in *Dir. Econ.*, 1958, pag. 1134 e segg., oggi in *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1987, pag. 801 e segg.

Sotto il secondo profilo (nozione di servizio pubblico⁸) risulta ormai chiaro che sono “servizi pubblici” sia quelli che l’ordinamento comunitario definisce come servizi economici di interesse generale sia quelli che possono essere assunti/istituiti dalle amministrazioni pubbliche in caso di “fallimento del mercato” (servizi pubblici in senso stretto). Costituiscono servizi pubblici quelle attività di erogazione di beni e servizi che sono sottoposte a regolazioni anche molto penetranti o che sono assunte/istituite da pubbliche amministrazioni in vista del conseguimento di finalità di interesse generale riconducibili alla nozione europea della coesione sociale e territoriale.

Sono, quanto alla loro delimitazione concettuale (ai fini di puntuale conoscenza del fenomeno), servizi pubblici tanto quelli regolati in virtù delle loro caratteristiche, ma erogati indifferentemente da soggetti pubblici e privati (servizi pubblici in senso oggettivo) quanto quelli erogati da imprese pubbliche costituite allo scopo (servizi pubblici in senso soggettivo), senza che un criterio possa essere assunto come criterio generale di delimitazione della categoria (ciascuno dei due criteri non è sufficiente a caratterizzare l’intera categoria, spesso intrecciandosi entrambe le nozioni nella qualificazione dello stesso servizio).

⁸ La bibliografia in materia è sconfinata e proporsi di riassumerla con citazioni significa condannarsi a far torto a qualcuno. Essenziali sono ancora, in ordine alfabetico: G. CORSO, *Servizi pubblici e Costituzione*, in G. MARONGIU- G.C. DE MARTIN (a cura di), *Democrazia e amministrazione. In ricordo di Vittorio Bachelet*, Milano, Giuffré, 1992 e ID, *La gestione dei servizi fra pubblico e privato*, in AA.VV. *Servizi pubblici locali e nuove forme di amministrazione*, Milano, 1997, pag. 30 e segg.; F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Noviss. Dig. It.*, XVII, pag 217 e segg.; U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, Cedam, 1964; D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. Pubbl.*, 1999, pag. 371 e segg. Tra le opere più recenti che si sono occupate del tema nei suoi profili generali, sempre in ordine alfabetico: L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002; F. GIGLIONI, *L’accesso al mercato nei servizi di interesse generale*, Milano, Giuffré, 2008; A. MASSERA (a cura di) *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, PLUS, 2004; L. PERFETTI, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001; N. RANGONE, *I servizi pubblici*, Bologna Il Mulino, 1999; S. TORRICELLI, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità*, Milano Giuffré, 2007.

Se, invece, consideriamo le attività di erogazione sotto il profilo della *giustificazione* (dell'intervento pubblico consistente da un lato nella regolazione o dall'altro nella assunzione/istituzione), ecco che il criterio oggettivo acquista un nuovo ruolo unificante: costituiscono servizio pubblico solo le attività (regolate o assunte, svolte indifferentemente da imprese pubbliche o private) che siano oggetto di particolari interventi pubblici al fine del conseguimento di finalità di interesse generale. La regolazione o l'assunzione/istituzione devono essere motivate e proporzionate allo scopo da raggiungere, ma è sempre quest'ultimo, lo scopo finale dell'intervento, l'elemento caratterizzante della nozione.

2.2. *I ritardi nelle liberalizzazioni.*

Se dalla disciplina giuridica passiamo ai dati di fatto, il quadro che si presenta non appare coerente con la spinta comunitaria alle liberalizzazioni. Anche per i servizi pubblici di dimensione nazionale o sopranazionale, liberalizzati direttamente con normative europee, restano attivi forti operatori (imprese a controllo pubblico), la cui presenza finisce per alterare la concorrenza tra le imprese nel mercato. Per i servizi di interesse economico generale ci possiamo trovare di fronte a situazioni di parziale o temporanea eccezione rispetto all'ordinamento comunitario, giustificate dalle difficoltà ancora esistenti che si frappongono alla creazione di mercati concorrenziali nella transizione da mercati monopolistici o comunque protetti. Ma possiamo ritenere che la strada sia tracciata e che, sia pure a fatica e grazie a continue tirate d'orecchio da parte delle istituzioni comunitarie, il processo di liberalizzazione sia destinato ad avere successo.

La situazione appare ancora più difficile se passiamo al campo dei servizi pubblici in senso stretto, quelli cioè sottratti al mercato in virtù delle eccezioni consentite dagli art. 16 e 86, comma 2, del Trattato CE, soprattutto nei casi in cui la decisione sulla profondità dell'intervento pubblico sul mercato (regolazione o assunzione/istituzione) è rimessa alla discrezionalità delle amministrazioni pubbliche.

Per constatazione unanime il problema si presenta come particolarmente acuto in Italia nel settore dei servizi pubblici locali,

che nella grande maggioranza dei casi dobbiamo classificare come servizi in senso stretto (soggettivo), in quanto erogati a valle di assunzioni/istituzioni operate dagli enti locali, molto spesso in via esclusiva⁹.

Bastino pochi dati ricavati dalla relazione di Confservizi del 2006: le società passano in cinque anni (dal 2001) da 405 a 889; i ricavi delle vendite e delle prestazioni aumentano del 73%, gli investimenti del 45%.

Il settore è in controtendenza: invece di liberalizzarsi, si pubblicizza ulteriormente¹⁰.

2.3. I servizi pubblici locali tra autonomia organizzatoria e libera concorrenza

Da tempo si segnala la non coerenza con l'ordinamento comunitario, ma la risposta è cercata più sul versante della limitazione delle forme di gestione che non su quello della limitazione delle decisioni di regolazione o di assunzione/istituzione dei servizi pubblici locali.

Nella sede che più avrebbe richiesto un intervento organico e radicalmente ripensato in funzione comunitaria, il Testo unico sulle autonomie locali¹¹, il tema di fondo, quello degli eventuali limiti all'assunzione/istituzione dei servizi pubblici locali è evitato con una norma volutamente generica, che riproducendo le norme della legge n.

⁹ Il servizio pubblico così assunto è da considerarsi sempre un servizio in senso soggettivo; qui la pubblicità è conseguenza di una scelta operata da un soggetto pubblico, in vista del raggiungimento di finalità di interesse generale, (anche se la scelta è legata a caratteristiche di carattere obiettivo: i servizi da erogare). Il carattere soggettivamente pubblico è in questi casi ulteriormente "rafforzato" dal fatto che, pur potendosi scegliere, come soggetti erogatori, tra imprese pubbliche e imprese private, la forma di gestione largamente più adottata è quella della impresa a totale controllo pubblico, con affidamento *in house*.

¹⁰ In letteratura la questione è spesso derubricata, secondo un taglio critico, in termini di "capitalismo municipale": cfr. B. BORTOLOTTI, L. PELLIZZOLA, C. SCARPA, *Il Comune Azionista: un'analisi empirica del capitalismo municipale in Italia*, in *Mercato concorrenza regole*, 2007 fasc. 3, pp. 535 - 568; G. GAVANA, F. OSCULATI, A. ZATTI, *Il capitalismo municipale e le esternalizzazioni fredde*, in *Amministrare*, 2007 fasc. 1-2, pp. 7 - 58.

¹¹ D.lgs. n. 267 del 2000.

142 del 1990, lascia agli enti locali un'amplissima discrezionalità¹², mentre, secondo una tradizione pluridecennale, il cuore della disciplina è costituito dalle disposizioni che delimitano la scelta tra le diverse forme di gestione dei servizi pubblici locali definiti "di rilevanza economica" (l'art.113 dello stesso TUEL).

Entrambe le categorie di servizi pubblici locali (quelli di rilevanza economica e quelli privi di tale rilevanza) sono disciplinate a valle di un articolo generale che non pone limiti all'assunzione, mentre, come si è visto, l'ordinamento comunitario vorrebbe che la legislazione dello Stato membro ponesse dei criteri e limiti generali alle decisioni di assunzione, almeno per i servizi di rilevanza economica¹³.

La legislazione più recente, alluvionale e spesso confusa e contraddittoria¹⁴, ha puntato a limitare i casi di gestione diretta (con

¹² «Gli enti locali, nell'ambito delle rispettive competenze, provvedono alla gestione che abbiano per oggetto produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali» (art.112 del TUEL).

¹³ Secondo F. DELLO SBARBA, *I servizi pubblici locali: la disciplina della concorrenza "nel" mercato e "per il" mercato*, in A. MASSERA (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi ...*, op. cit., pagg. 113 e segg., tre sono i punti di contrasto tra la disciplina nazionale sui servizi pubblici locali e l'ordinamento comunitario: l'esistenza di forme di gestione diretta; le ipotesi di affidamento diretto; la titolarità pubblica dei servizi medesimi. Le due prime indicazioni sono corrette, sempre che ci si ponga a valle dell'assunzione. La terza, invece, è troppo netta, stante la possibilità (circondata da limiti da stabilire e probabilmente stretti) di assumere/istituire un servizio, cioè di assumere proprio la "titolarità", cioè la responsabilità di definire i caratteri della loro produzione.

¹⁴ I passaggi più significativi sono: la legge 20 dicembre 2001, n. 448 (finanziaria del 2002), che distingue tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di tale rilevanza e per i primi tende, con molte eccezioni, ad imporre l'affidamento previa gara e a superare il modello dell'azienda pubblica in favore delle società di capitali; la legge 24 novembre 2003, n.326, che all'affidamento previa gara concorrenziale affianca due ipotesi di affidamento diretto (a società miste pubblico-privato e società di capitali in house). Con l'ulteriore divieto, per le società che gestiscono servizi in affidamento diretto, di concorrere alle gare per l'affidamento di altri servizi; la legge 24 dicembre 2003, n.350 (art.4, comma 234), legge finanziaria 2004; l'ultimo intervento operato con l'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008 sembra voler tornare all'affermazione dell'affidamento con gara («mediante procedure competitiva ad evidenza pubblica», comma 2), ma prevedendo la possibilità di deroghe, cioè di affidamento «nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria», cioè senza gara, «per situazioni 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».

società di capitali in controllo pubblico) a favore di quella indiretta (con affidamento a imprese private, previa gara) o a imporre la separazione tra reti e servizi, nel tentativo di circoscrivere alla gestione delle prime la gestione diretta e di aprire i secondi alla concorrenza.

L'obiettivo è limitato (l'apertura alla concorrenza "per il" mercato) e in realtà neanche esso è raggiunto, per la resistenza delle imprese pubbliche (che difendono l'affidamento diretto). A questo risultato non è estranea la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia CE, spesso concentrata sulle forme di gestione e sulle caratteristiche delle società affidatarie in via diretta dei servizi, ma non in grado di porre il problema in termini di vera concorrenza, a monte della scelta sulle forme di gestione, in sede di assunzione/istituzione del servizio.

Questi interventi normativi hanno posto due questioni di fondo:

- a) la legittimazione dello Stato a disciplinare l'intero processo di produzione dei servizi pubblici locali
- b) la tenuta della stessa nozione di servizio pubblico *locale*.

Quanto al primo punto, l'entrata in vigore del nuovo testo del Titolo V della seconda parte della Costituzione ha posto in discussione la stessa possibilità per la legge statale di intervenire con norme che continuano a disciplinare i servizi pubblici locali, come pacificamente si era fatto fino alla modifica costituzionale, cioè predeterminando le possibili soluzioni organizzative. La predeterminazione delle forme di gestione, infatti, deve essere fatta rientrare nella definizione di soluzioni per l'organizzazione delle funzioni amministrative di competenza degli enti locali.

Come sappiamo, però, il nuovo Titolo V ha sottratto in modo molto netto ogni competenza dello Stato in materia di organizzazione amministrativa degli enti territoriali, valendo la riserva di cui all'art. 117, comma 2, lettera g), solo per l'«ordinamento e l'organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali». La riforma costituzionale è chiaramente rivolta a consentire la differenziazione delle soluzioni organizzative¹⁵, mentre restano in capo allo Stato

¹⁵ Si veda in proposito E. CARLONI, *Lo Stato differenziato*, Torino, Giappichelli, 2004.

materie che assicurano uniformità nella definizione di diritti fondamentali e dei risultati ad essi connessi¹⁶

La Corte costituzionale (con la nota sentenza n. 272 del 2004) ha trovato nella competenza trasversale in materia di «tutela della concorrenza» la base costituzionale della competenza statale, peraltro stabilendo che un intervento normativo di estremo dettaglio è da ritenersi sproporzionato rispetto all'obiettivo della tutela della concorrenza e viola l'autonomia normativa regionale.

Chiarendo, poi, che i servizi pubblici non sono altro che una forma di organizzazione dell'esercizio di funzioni, la Corte esclude che lo Stato possa legiferare sui servizi pubblici in sede di determinazione delle funzioni fondamentali. Una volta attribuita una funzione all'ente locale questo ha autonomia normativa (regolamentare) nella disciplina dell'organizzazione del suo svolgimento. Nei limiti, però, che la legge dello Stato legittimamente pone ai fini della tutela della concorrenza. La sentenza finisce per porre in grande evidenza proprio i limiti di fondo degli interventi normativi più recenti, tutti volti a limitare (spesso illegittimamente) l'autonomia organizzativa degli enti locali¹⁷, agendo con limitazioni fortissime sulle forme di gestione. Quando la tutela della concorrenza esige che l'attenzione sia concentrata sui limiti entro i quali un'amministrazione può regolare o assumere/istituire un servizio pubblico locale.

L'intervento legislativo dello Stato è pertanto del tutto legittimo se si tratta di limitare, per garantire nella massima misura possibile il principio di concorrenza, l'autonomia di indirizzo politico-amministrativo. Se gli enti locali, in rapporto alle funzioni-scopo loro affidate, sono autonomi nella definizione delle finalità di interesse generale da perseguire, questa autonomia deve essere coordinata con le esigenze della tutela della concorrenza, anche sulla base del vincolo comunitario di cui all'art.117, comma 1, della Costituzione. Sarebbe paradossale se si affermasse che la "sovranità" dello Stato, quanto ai servizi pubblici nazionali, è pienamente sottoposta ai vincoli comunitari in materia di concorrenza, mentre gli enti locali sarebbero

¹⁶ Vedi la competenza statale alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale» (art.117, comma 2, lettera m), Cost.).

¹⁷ Collega l'autonomia organizzativa degli enti locali alla disciplina dei servizi pubblici locali G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005.

ad essi sottratti, in nome dell'autonomia organizzativa che loro è riconosciuta dalla legge. Gli enti locali sono elementi costitutivi della Repubblica e pertanto direttamente sottoposti ai vincoli comunitari. La legge nazionale sui servizi pubblici locali avrebbe, quindi, il valore di esplicitazione e chiarimento della portata dei vincoli comunitari, limitando, se necessario, l'autonomia politico-amministrativa degli enti locali con norme tendenzialmente di principio.

Diverso, invece, il discorso quanto all'autonomia organizzativa vera e propria: questa, in linea generale, deve essere, per quanto possibile, posta al riparo di interventi statali uniformanti; salve, ancora, le limitazioni organizzative (sulle forme di gestione dei SPL) strettamente indispensabili per realizzare un mercato concorrenziale.

Quanto al secondo punto (la nozione di servizio pubblico locale), l'intervento, prima comunitario e poi statale, nel disciplinare gli aspetti organizzativi a valle del primo e fondamentale segmento del processo (la decisione di regolare o assumere/istituire il servizio pubblico), pone in chiaro il paradosso della nozione di servizio pubblico locale. I servizi (di rilevanza economica) di cui ci si occupa tendono ad essere erogati sulla base di decisioni locali, ma nel rispetto di regole statali/comunitarie e in un mercato sempre più integrato che spinge gli enti locali a decisioni relative a dimensioni territoriali sempre più ampie¹⁸.

Le attività economiche consistenti nella erogazione di beni e servizi per le quali si pongono esigenze di interesse generale tendono ad essere erogate da soggetti sempre più forti, anche a livello internazionale. All'ente locale è rimessa ancora la decisione (sui limiti della quale si vedrà) di valutare se le condizioni del mercato sono adeguate agli interessi pubblici che intende soddisfare o se non sia necessario adottare forme di intervento più penetranti (regolazione o assunzione/istituzione). Ma il mercato è sempre meno un mercato locale, perché gli operatori, nel rispetto del principio dell'apertura dei mercati, possono provenire da altri territori, da altri paesi europei.

¹⁸ Per alcune prime considerazioni in questa direzione si veda F. MERLONI, *La disciplina statale dei servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 2/3, 2002.

2.4. Servizi pubblici locali, interessi economici e imparzialità

In un mercato ancora non liberalizzato si confrontano interessi economici rilevanti, riferibili a due categorie di imprese.

Da un lato le imprese pubbliche (a controllo pubblico) che cercano:

- a) di mantenere posizioni di monopolio o comunque di affidamento diretto e che a questo fine puntano ad aumentare progressivamente la propria dimensione (spingendo anche gli enti locali a forme associative e di collaborazione sul versante della domanda dei servizi). La costituzione di soggetti con poteri di decisione sull'organizzazione dei servizi di dimensione superiore a quella degli enti locali originari crea anche le condizioni per l'affidamento diretto ad imprese sottoposte al loro controllo;
- b) di porsi esse stesse come soggetto del mercato, partecipando a gare per l'affidamento indiretto da parte di altri enti locali, fuori dal territorio di competenza dell'ente locale che esercita il controllo.

Entrambe le soluzioni sono da considerarsi contrarie alla spinta liberalizzatrice dell'ordinamento comunitario, ma persistono, anche per i limiti della legislazione statale.

Dall'altro lato vi sono gli interessi delle imprese private, che sembrano più puntare alla concorrenza per il mercato che a quella nel mercato.

Ne risultano interessi sempre più corposi che premono, spesso impropriamente e illegittimamente, sulle decisioni degli enti locali: nella fase della decisione sull'intervento da realizzare (regolazione o assunzione/istituzione), nella fase dell'affidamento, nella fase della negoziazione sul servizio da erogare, nella fase del controllo sulla qualità dei servizi erogati.

La sproporzione dei mezzi, l'asimmetria conoscitiva, che si realizza tra enti locali privi di strumenti adeguati (anche per motivi dimensionali, ma non solo) e operatori economici (anche quelli formalmente sottoposti al loro controllo) è enorme.

I rischi per l'imparzialità delle scelte delle amministrazioni sono altrettanto gravi. Si potrebbe, in proposito, arrivare a intravedere il rischio di un ribaltamento dei rapporti tra interessi privati forti e

interesse generale, con la politica al servizio degli interessi privati e incapace di individuare l'interesse generale.

Di fronte a fenomeni di così grande portata la risposta non può che toccare piani diversi dell'organizzazione e dello svolgimento dei compiti pubblici.

Con queste note ci limitiamo a considerare la fase che si è rivelata determinante nell'intero processo, quella relativa alla decisione con la quale le amministrazioni territoriali definiscono i caratteri dell'intervento pubblico, con particolare riguardo alla decisione di assumere/istituire un servizio pubblico (di rilevanza economica).

3. Gli elementi della disciplina dell'assunzione/istituzione di servizi pubblici

3.1. Predeterminazione per legge e discrezionalità nella decisione dell'assunzione/istituzione di un servizio pubblico

Per i grandi servizi pubblici nazionali la normativa statale è lo strumento con il quale si realizza direttamente la decisione sull'assunzione (o la inversa decisione di liberalizzare un settore, come nel caso delle telecomunicazioni, dell'energia elettrica, del gas, dei trasporti e delle poste), anche perché a quel livello si può disporre anche in materia di organizzazione del servizio (forme di gestione, natura giuridica degli operatori, obblighi di servizio universale, contratti di servizio, rapporti con l'utenza, ecc.).

Per i servizi pubblici locali una disciplina di dettaglio appare impossibile e costituzionalmente illegittima. La disciplina legislativa statale o comunitaria dovrebbe limitarsi a porre limiti alla *assumibilità* (con riserva o meno) dei servizi pubblici da parte degli enti locali.

Una volta posti questi limiti a monte, la disciplina dei limiti a valle, relativa, cioè, alle forme di gestione (di affidamento della gestione) dei servizi pubblici locali assunti legittimamente deve seguire, infatti, la regola già individuata dalla sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2004: sono ammissibili, con legge statale, solo quei limiti "proporzionati" allo scopo della tutela della concorrenza, riepilogati in modo organico dalla sentenza della stessa Corte n. 29 del 2006 con riferimento alla disciplina derivante dalle numerose modifiche dell'art. 113 del TUEL: limiti alla gestione diretta in favore dell'affidamento

con gara e divieto di partecipazione a gare per l'affidamento per le imprese pubbliche che hanno avuto affidamenti *in house* (oltre al divieto di partecipazione alle gare per l'affidamento di servizi già previsto dall'art. 113 comma 6¹⁹ - e attenuato in via transitoria dal comma 15-quater - potrebbe essere utile aggiungere un' estensione ai servizi pubblici dei limiti - obbligo di separazione societaria o addirittura contabile - introdotti dal "decreto Bersani" in materia di servizi resi alle amministrazioni).

In ogni caso una rigorosa delimitazione dei casi di assumibilità (con sottrazione al mercato) di alcuni servizi pubblici restringe di molto i rischi connessi all'autonomia organizzativa degli enti locali.

3.2. *La giustificazione*

E' il punto centrale. Poiché è in atto una tendenza mondiale alla richiesta di una più puntuale giustificazione delle regolazioni che producano una limitazione allo svolgimento delle attività economiche²⁰, a maggior ragione le decisioni di assunzione di un servizio pubblico devono essere giustificate, secondo criteri e principi del tutto analoghi.

Come è noto gran parte di questi principi sono frutto della giurisprudenza amministrativa dei diversi paesi europei, con un intervento sempre più significativo della Corte di giustizia europea. Ci limitiamo a richiamare i più significativi:

- a) *necessità*; criterio applicabile in modo immediato in tutti i casi di constatato fallimento del mercato, quali presenza di un monopolio naturale (criterio in via di riduzione, da quando è possibile, tecnologicamente, separare la gestione delle reti, dall'erogazione dei servizi) o l'assenza di imprese disponibili a offrire i servizi alle condizioni previste dal regolatore pubblico. Il criterio non sempre è stato stabilito in rapporto ad una decisione di assunzione, ma su casi contigui, come la separabilità di alcuni servizi (postali) rispetto a quelli

¹⁹ E riconfermato dall'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008.

²⁰ Vedi M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, in particolare nelle pagine 94 e seguenti.

riservati²¹, la apponibilità di clausole di approvvigionamento esclusivo²².

- b) *proporzionalità*; il criterio è in realtà molto vicino al primo: un intervento (di regolazione o di assunzione) non è conforme all'ordinamento comunitario se eccede la misura necessaria alla cura dell'interesse generale. Anche qui raramente ci troviamo di fronte a questioni che tocchino direttamente l'assunzione di un servizio, ma a questioni come il riconoscimento di un vantaggio fiscale ad imprese fornitrici di soggetti erogatori di servizi (farmacie²³);
- c) *effettiva esistenza dell'interesse generale*. Criterio ancora più generale, se non sfuggente, che rinvia alla discrezionalità politica del decisore pubblico, ma almeno lo costringe a motivare la sua scelta.

Tutti i criteri indicati richiedono che l'assunzione del servizio sia giustificata, sia proporzionata in rapporto alle condizioni effettive del mercato rispetto alle condizioni alle quali il regolatore pubblico vuole che il servizio sia erogato.

Si impone quindi, in ordine logico, dapprima la individuazione della finalità di interesse generale da curare con le attività di erogazione di servizi ai cittadini. Sempre in ordine logico, dovrebbe seguire una prima valutazione sulle condizioni di erogazione, alla luce dei tradizionali principi di uguaglianza, continuità, adattabilità²⁴. L'amministrazione deve procedere, quindi, ad una prima individuazione di queste condizioni; deve dichiarare, cioè, in via preventiva, quali servizi debbano essere erogati, con quale qualità, a quali tariffe. Successivamente si devono accertare la situazione di mercato e la disponibilità delle imprese private ad erogare il servizio alle condizioni previste.

Solo in caso di esito negativo di questa verifica è legittima una decisione di assunzione/istituzione di un servizio pubblico. Ma, come si è visto, non tutte le attività di erogazione di beni e servizi comprese

²¹ Vedi la sentenza della Corte di giustizia 19 maggio 1993, C-320/91 (Corbeau).

²² Vedi la sentenza della Corte di giustizia 27 aprile 1994, C-393/92 (comune di Almelo)

²³ Vedi la sentenza della Corte di giustizia 22 novembre 2001, C-53/00 (Ferring)

²⁴ Sulla pertinenza, in questo senso, del c.d. principio di sussidiarietà "orizzontale", di cui all'art. 118, ultimo comma Cost., si veda F. GIGLIONI, *L'accesso al mercato...*, op. cit., pag. 336 e segg..

in un servizio pubblico costituiscono effettivamente attività di servizio pubblico, non tutte le attività devono necessariamente essere assunte: l'istituzione di un pubblico servizio postale non implica che particolari servizi postali non possano essere erogati, separatamente, in pieno regime concorrenziale; lo stesso vale per le attività di fornitura di beni e servizi intermedi, che possono essere lasciate all'intervento di imprese private per le quali si impone solo la scelta del contraente secondo il regime dei contratti pubblici.

Quanto detto pone due ulteriori problemi, finora sottovalutati, sui quali con queste brevi annotazioni si intende solo aprire una prima riflessione, che dovrà esser meglio approfondita. Mi riferisco ai temi della legittimità dell'assunzione di servizi pubblici che producano un *profitto* e della *dimensione territoriale* dei servizi pubblici locali.

3.2.1. E' giustificata l'assunzione/istituzione di servizi pubblici strutturalmente in attivo?

Il primo quesito riguarda la possibilità di assumere/istituire un servizio pubblico che permetta alle imprese che lo erogano, in via permanente e strutturale (non congiunturale), di conseguire utili che poi (nel caso delle imprese in controllo pubblico) siano tenute a riversare alle casse dell'amministrazione locale. La risposta dovrebbe essere tendenzialmente negativa. Se esistono margini di profitto per le imprese, siamo in presenza di un mercato che deve essere lasciato alla libertà di iniziativa economica delle imprese che intendano intervenire. Se esistono margini di profitto relativamente ad un'attività di prestazione di servizi assunta in vista del raggiungimento di finalità di interesse generale, vi sono evidentemente margini per ridurre le tariffe che gli utenti devono sostenere per accedere a quel servizio.

L'assunzione di un servizio pubblico si giustifica solo quando il servizio, date le caratteristiche che il soggetto pubblico ritiene necessarie in rapporto alle finalità che intende perseguire, non può essere erogato in condizioni di mercato concorrenziale, nemmeno se regolato, e quindi si rivela necessario un intervento che copra, con la fiscalità generale, la differenza tra costi di gestione e tariffe applicate all'utenza. Il principio del ricorso alla fiscalità generale è principio

democratico di responsabilità degli amministratori pubblici, che devono rispondere ai propri cittadini degli interventi realizzati a fini dell'interesse generale. Appare molto più difficile attivare la responsabilità politica degli amministratori intorno alla consistenza e alla destinazione dei profitti conseguiti in sede di erogazione di servizi per i quali il ruolo delle amministrazioni dovrebbe essere quello del massimo contenimento dei costi sociali.

In questo quadro, più di una perplessità deve essere avanzata sul modello delle imprese *multiutilities* o di società pubbliche *holding*, quando questo venga giustificato proprio con l'esigenza di compensare servizi pubblici in attivo e servizi pubblici in perdita. Si giustificano, a mio giudizio, perché coerenti con le eccezioni alla concorrenza ammesse dall'ordinamento comunitario, solo le *multiutilities* che siano la sommatoria di servizi singolarmente giustificati (per l'assenza di situazioni di profitto)²⁵.

Attenzione: non si sta qui valutando la possibilità per un soggetto pubblico di costituire imprese e di produrre beni e servizi nel mercato, ipotesi che abbiamo visto considerata legittima dall'ordinamento comunitario, purché avvenga nel pieno rispetto delle condizioni di concorrenza (l'impresa privata in controllo pubblico non può alterare il mercato operando sulla base di aiuti pubblici), anche se non priva di dubbi di legittimità quanto alla sussistenza di giustificazioni legate all'interesse pubblico da perseguire²⁶. Nel caso in esame ci troviamo di fronte ad attività di produzione di servizi soggette ad interventi pubblici che *alterano esplicitamente e significativamente il mercato* (con la sottoposizione a regolazioni forti ovvero con l'assunzione), fino alla loro sottrazione al mercato.

Soprattutto nel caso in cui l'intervento pubblico si spinga fino all'assunzione con riserva di un servizio pubblico, sarebbe del tutto

²⁵ Non si ignora che, soprattutto nei mercati regolati, si è proceduto alla riserva di attività redditizie a favore dell'operatore gravato dagli obblighi di servizio universale, al fine di garantire la complessiva sostenibilità dell'attività d'impresa (è il caso dei servizi postali: cfr. B. SPADONI, *La regolazione per promuovere il mercato nel settore postale*, in *Economia pubblica*, 2002, fasc. 4 pag. 125 – 141; D. BOETTI, *Il servizio postale: caratteristiche di mercato e possibilità di liberalizzazione*, in *Ceris-Cnr, Working Paper*, n. 6, 2003). Tali ipotesi, da sottoporre comunque a costante verifica, si giustificano in ogni caso all'interno di settori omogenei di attività, mentre è tutta da discutere la sua applicabilità a sostegno dello sviluppo di imprese *multiutilities*.

²⁶ Vedi la nota n. 5.

paradossale e contraria all'ordinamento comunitario l'assunzione di attività che vengono, così, sottratte al mercato (con la creazione di monopoli pubblici) proprio in vista del conseguimento di un profitto imprenditoriale che viene realizzato dall'impresa e poi utilizzato per altre finalità, magari di pubblico interesse, quali il ripianamento del bilancio dell'ente locale o delle altre imprese pubbliche da esso costituite.

3.2.2. E' giustificata l'assunzione/istituzione di servizi da erogare per ambiti territoriali più vasti di quelli degli enti territoriali?

Qui la risposta deve essere più articolata.

Poiché la assunzione/istituzione di un servizio pubblico locale altro non è se non l'organizzazione di attività di perseguimento delle finalità generali connesse alle funzioni amministrative attribuite alle amministrazioni locali, se gli enti locali si associano tra loro per ricercare la più adeguata dimensione territoriale per l'esercizio delle funzioni, le scelte sull'organizzazione dei servizi pubblici, si può dire, *seguono* legittimamente la scelta organizzativa fondamentale.

Si può perfino sottolineare che la ricerca di dimensioni territoriali più adeguate alle funzioni da svolgere è del tutto coerente con il principio di sussidiarietà e facilita l'attribuzione ai livelli di governo più vicini ai cittadini (i Comuni) di funzioni amministrative che richiedano una dimensione organizzativa minima per essere svolte.

La creazione di dimensioni amministrative più adeguate attraverso soluzioni quali la fusione o l'adozione di forme associative generali (unioni o altre forme) o speciali (consorzi) rafforza, tra l'altro, proprio l'autonomia locale e la sua capacità di interlocuzione, di indirizzo e di vigilanza sulle imprese (pubbliche o private) chiamate all'erogazione delle prestazioni.

Se viene raggiunta una più ampia dimensione territoriale di esercizio delle funzioni amministrative, è in rapporto alla nuova dimensione che sarà necessario giustificare l'assunzione/istituzione del servizio, tenendo conto delle caratteristiche del "nuovo e più ampio mercato" e delle esigenze di interesse pubblico che a quella dimensione si possono individuare.

Ciò che invece appare in contrasto con il principio della concorrenza è la costituzione di imprese pubbliche (in controllo pubblico) alla

ricerca di una dimensione industriale in grado di conquistare fette di mercato, al di fuori del territorio degli enti territoriali che le costituiscono. Mentre è coerente che un'impresa privata raggiunga dimensioni produttive anche molto ampie, tali da consentire di partecipare a procedure competitive per l'affidamento di servizi pubblici locali anche per ambiti territoriali amplissimi (l'intero territorio dell'Unione europea deve essere reso aperto alla circolazione delle imprese), lo stesso non vale per l'impresa pubblica, che costituisce solo una delle soluzioni organizzative per la erogazione di servizi assunti/istituiti dagli enti territoriali di riferimento. Essa è un mero strumento organizzativo a valle della decisione di assunzione/istituzione di un servizio che, come si è visto, non è finalizzato al conseguimento di profitti imprenditoriali, ma all'erogazione di prestazioni ai cittadini/utenti alle migliori e più favorevoli ("sociali") condizioni possibili.

L'assunzione/istituzione è una legittima eccezione alle regole del mercato e della concorrenza quando siano dimostrabili interessi pubblici che il mercato non può soddisfare. Non è quindi ammissibile che enti locali che pure legittimamente raggiungono più ampie dimensioni per l'erogazione di servizi pubblici, possano da questo conseguire utili che consentano alle loro imprese pubbliche di alterare le condizioni di mercato²⁷.

3.3. *Le procedure per l'adozione della scelta sull'assunzione*

La decisione di assunzione di un servizio pubblico, oltre a dover essere giustificata, deve essere anche *procedimentalizzata*, con l'applicazione di tutti i principi della legge sul procedimento amministrativo, dalla partecipazione al procedimento, alla trasparenza, all'accesso, alla motivazione espressa delle decisioni. Per consentire al cittadino di esercitare il suo controllo democratico sulle decisioni che attengono allo svolgimento delle funzioni pubbliche, sull'organizzazione, sul finanziamento dei servizi pubblici. Per

²⁷ Non a caso la nuova disciplina dei servizi pubblici locali contenuta nell'art. 23-bis della legge n. 133 del 2008 vieta ai «soggetti titolari della gestione di servizi pubblici locali non affidati mediante le procedure competitive di cui al comma 2» di «acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, né svolgere servizi e attività per altri enti pubblici e privati».

consentire alle imprese di rappresentare, nel procedimento, gli interessi legati alla decisione da prendere: interessi che possono andare dalla non assunzione pubblica del servizio (per lasciarlo all'iniziativa privata) all'affidamento del servizio (una volta assunto).

Come per i contratti ad evidenza pubblica la legge²⁸ ha imposto una preventiva «determinazione a contrattare», che serve ad meglio isolare la fase della definizione dell'interesse pubblico connesso al contratto da porre in gara, così potrebbe essere utile isolare uno specifico atto amministrativo con il quale sono individuate le finalità di interesse generale da curare, giustificata la necessità di un intervento fortemente correttivo del mercato, motivata la particolare configurazione dell'intervento disposto, definite le caratteristiche delle prestazioni da erogare. Lo stesso atto può provvedere a organizzare le forme di gestione necessarie ovvero può rinviare ad un successivo atto di organizzazione.

La scelta pubblica dovrà, poi, essere periodicamente confermata nel tempo, per consentire la verifica dell'effettiva sussistenza delle cause che giustificano la regolazione forte o l'assunzione/istituzione del servizio.

La maggiore trasparenza che si realizza in questo modo sull'intero processo decisionale sull'assunzione/istituzione del servizio potrà consentire alle eventuali autorità costituite con compiti di controllo (vedi *infra*) di verificare con maggiori informazioni il rispetto dei principi comunitari di concorrenza e delle regole (nazionali) sulla giustificazione della decisione locale.

3.4. *La tutela delle imprese*

Mentre esiste una copiosa giurisprudenza in materia di partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi pubblici, minore attenzione è stata fin qui dedicata alla posizione di quei soggetti, le imprese private erogatrici di servizi economici di interesse generale, interessate a contestare la decisione dell'amministrazione sull'assunzione del servizio, in quanto lesiva del loro interesse a erogare il servizio senza l'intervento pubblico modificativo (o sostitutivo) del mercato. A conferma della grande difficoltà ad intervenire in materia di

²⁸ Vedi l'art. 11, comma 2 del Codice dei contratti (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

assunzione in presenza di una disciplina quasi completamente attenta alle forme di gestione.

Se la fase dell'assunzione/istituzione non viene isolata e disciplinata con norme generali più stringenti, la decisione relativa potrà continuare ad essere concepita come una scelta eminentemente "politica" e perciò tendenzialmente sottratta al sindacato del giudice o, comunque, di più difficile aggressione da parte degli interessati.

3.5. *I controlli*

L'intervento del giudice sulle regolazioni generali e sulle decisioni puntuali in materia di assunzioni non sempre appare adeguato alla esigenza di contenere il fenomeno nei limiti delle esigenze di liberalizzazione.

Il contenimento di fenomeni di illegittima (non necessaria, non proporzionata) assunzione di servizi pubblici deve trovare un fondamento in regole ad applicazione costante, certa e preventiva rispetto alla decisione pubblica. Si pone quindi la questione se vi sia uno spazio per interventi ordinari di controllo.

Da una parte vi sono tutte le esperienze di valutazione preventiva sulle regolazioni che incidono sul mercato, del loro impatto (AIR, VIR), ma anche della loro qualità²⁹.

Dall'altra parte non si può escludere la legittimità di un controllo preventivo sugli atti di assunzione per verificarne in concreto la compatibilità con le norme sulla concorrenza. Non si tratterebbe, infatti, di controlli esterni tradizionali sugli enti locali (aboliti dopo l'abrogazione dell'art.130 Cost.), ma di controlli specifici. La giustificazione che la Corte costituzionale ha dato all'intervento legislativo dello Stato in materia di concorrenza (purché non incida sull'autonomia organizzativa degli enti locali), sembra trovare in tema di controlli un'applicazione felice: il controllo vale a misurare la compatibilità della sola decisione dell'assunzione/istituzione con le

²⁹ In questo campo, più che di veri e propri controlli, con effetto sanzionatorio (l'annullamento di atti regolamentari di disciplina dei servizi pubblici locali,) sono utili interventi di tipo consultivo, collaborativo e di supporto tecnico agli enti che assumono e disciplinano l'erogazione di servizi ai propri cittadini. Di grande interesse l'esperienza britannica del *Local Better Regulation Office*. Utili informazioni sono reperibili sul sito: www.lbro.org.uk.

regole della concorrenza, in termini di giustificazione di un intervento che in ogni caso sottrae un servizio alla concorrenza o le sottopone a regole e a interventi pubblici, come il finanziamento, che alterano il normale funzionamento del mercato. Non tocca la più generale autonomia degli enti locali nella valutazione dell'interesse pubblico, e nella organizzazione delle attività di esercizio di proprie funzioni istituzionali.

I controlli sull'esistenza di cause che giustificano l'assunzione legittimano i servizi pubblici, mentre l'assenza di controlli legittima situazioni di confusione di ruoli e di interessi.

Se l'assunzione del servizio è giustificata, le decisioni a valle, quelle sulle forme di gestione, possono essere assunte in autonomia (salvo le limitazioni indispensabili ad assicurare la concorrenza anche in questa fase).

I controlli in questione ben possono essere affidati ad un'autorità amministrativa indipendente, sia essa l'Autorità in materia di servizi pubblici o l'Autorità antitrust, ovvero un'autorità appositamente costituita per occuparsi dei servizi pubblici locali. L'affidamento ad un'autorità indipendente meglio chiarirebbe la natura dei controlli: di carattere prevalentemente tecnico, non politico. Non verrebbe ripristinato alcun controllo sulla compatibilità tra l'indirizzo politico locale e l'indirizzo politico nazionale (o regionale). La decisione sulla configurazione dell'intervento pubblico (di regolazione o di assunzione/istituzione di un servizio) sarebbe sottoposta ad uno scrutinio di proporzionalità tra la finalità di interesse generale perseguita e il sacrificio imposto al mercato e al sistema delle imprese.

4. *Gli strumenti per la revisione della disciplina vigente*

L'esigenza di una sistemazione della materia dei servizi pubblici, economici e sociali, è sentita anche a livello europeo.

Varie proposte sono state avanzate³⁰, a cominciare dalla Carta europea dei servizi pubblici, carta dei principi da applicare nel settore, in applicazione dell'art. 16 del Trattato CE.

³⁰ Si veda il Libro verde della Commissione UE del 21 maggio 2003 sui servizi d'interesse generale (COM(2003) 270 - Gazzetta ufficiale C 76 del 25.03.2004).

Certo, viste le difficoltà di applicazione e l'indeterminatezza del contenuto dell'art. 86, comma 2, del Trattato CE potrebbe rivelarsi utile una disciplina meno criptica e, soprattutto, più ampia, al fine di meglio delimitare il campo delle eccezioni ammesse al principio di concorrenza³¹.

Quanto alla disciplina italiana, se si accolgono le osservazioni qui avanzate, in luogo di insistere in una disciplina legislativa che limita le sole forme di gestione e continua ad essere ristretta nei confini del Testo unico degli enti locali, forse sarebbe più opportuna una disciplina organica e generale dei servizi di interesse economico generale, sia nazionali che locali.

Ai servizi pubblici locali sarebbe dedicata una parte della disciplina, con distinte disposizioni relativamente ai limiti e alle procedure per la configurazione dell'intervento pubblico (regolazione o vera e propria assunzione)³², relativamente ai limiti e alle procedure per la definizione delle forme di gestione e per l'affidamento dei servizi (con procedure di evidenza pubblica o tramite affidamento diretto). La stessa disciplina dovrebbe, infine, essere completata da una parte relativa ai controlli, indipendenti, preventivi e successivi; da una parte su diritti degli utenti e da una parte sulla tutela giurisdizionale delle imprese e dei cittadini/utenti dei servizi.

Il tutto nei rigorosi limiti fissati dalla giurisprudenza della Corte costituzionale: normativa generale e di principio, estesa per quanto necessario a circoscrivere, ai fini della concorrenza, l'esercizio dell'autonomia di indirizzo politico-amministrativo degli enti territoriali e a limitare, solo quando sia strettamente necessario, la loro autonomia organizzativa

³¹ La elaborazione dei nuovi Trattati europei, approvati con il Trattato di Lisbona, si è rivelata, ai nostri fini un'occasione mancata, visto che la disciplina che ci interessa (i nuovi articoli 14 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea) resta identica a quella oggi in vigore.

³² Una tale disciplina dovrebbe imporre la periodica verifica della sussistenza delle cause che giustificano l'intervento pubblico di correzione del (di sottrazione al) mercato. In sede di prima applicazione si dovrebbe prevedere che una tale verifica sia compiuta per tutti i servizi pubblici locali assunti antecedentemente all'entrata in vigore della legge.

In conclusione sembra dimostrato l'assunto da cui si è partiti: se l'attenzione si pone sulla delimitazione dell'area di condizionamento/sottrazione al mercato di servizi pubblici locali, acquista una (relativamente) minore rilevanza la disciplina delle soluzioni organizzative: se, ad esempio, con i limiti indicati, si evita l'assunzione di servizi volti al conseguimento di un profitto imprenditoriale "pubblico"; se il servizio è configurato come servizio in regime di riserva (perché da erogarsi a condizioni del tutto speciali, fuori mercato) l'alternativa, pur non priva di profili di interesse comunitario ai fini della tutela della concorrenza, tra affidamento diretto a imprese in controllo pubblico o tramite gara tra imprese private, si rivela meno drammatica.