

**federalismi.it**Rivista di diritto pubblico italiano,
comunitorio e comparato

I SERVIZI PUBBLICI LOCALI NEL DECRETO-LEGGE N. 138 DEL 2011. ESIGENZE DI STABILE REGOLAZIONE E CONFLITTO IDEOLOGICO IMMAGINARIO

di

Sandro Staiano*(Professore ordinario di Diritto costituzionale – Università di Napoli Federico II)*

24 agosto 2011

1. L'art. 4 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 (recante “Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell’unione europea”) aspira a essere, per i principî che afferma e per le soluzioni che propone, una delle misure strutturali, “riformatrici”, invocate nel dibattito politico per essere virtuosamente distanti dalla tecnica dei tagli lineari e degli interventi *una tantum*. Sembra, cioè, inteso a introdurre stabilmente nel sistema elementi di razionalizzazione funzionale destinati a riordinare un settore economicamente rilevante, ponendo fine a costose inefficienze.

Tale benefico effetto permanente potrebbe ulteriormente consolidarsi, se la nuova disciplina dei servizi pubblici locali si accompagnasse alla ridefinizione dimensionale delle Province, per soppressione e “accorpamento”, e dei Comuni, mediante la soppressione, in quelli di popolazione inferiore ai mille abitanti, del Consiglio e della Giunta, e la costituzione obbligatoria delle “unioni municipali”, ridefinizione prevista dallo stesso decreto-legge (artt. 15 e 16): ne risulterebbe un quadro di riferimento istituzionale meno lontano da obiettivi di “ottimalità” organizzativa ed economica. Una scelta – quella della razionalizzazione dimensionale – conforme all’orientamento già emerso a sopprimere soggetti quali le Autorità d’ambito territoriale, che non hanno dato buona prova, e ad affidare alle Regioni il compito di distribuire con legge le funzioni così liberate

nell'osservanza dei principi di "sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza" (art. 1, c. 1 *quinquies*, legge 26 marzo 2010, n. 42).

In sede di dibattito parlamentare sulla legge di conversione, poi, potrebbe sottoporsi a critica la piena efficacia attesa dalle soluzioni proposte: il punto di equilibrio tra logica di efficienza imprenditoriale e rilevanza sociale dei diritti coinvolti nella gestione; la ragionevolezza delle soglie dimensionali indicate; l'opportunità di intervenire anche sulle forme di coordinamento funzionale e strutturale dei Comuni, forme la cui previsione legislativa è rimasta negli anni infruttuosa. Ma i punti di partenza segnati con il decreto-legge potrebbero essere assunti, come tali, a riferimento.

2. Tutto ciò potrebbe essere. Potrebbe. Se non fosse che il tema dei servizi pubblici locali è segnato da due fattori di vischiosità e di irrisolutezza: il primo, lo spiccato ideologismo; il secondo, in connessione, l'oscillazione, anche assai ravvicinata nel tempo, tra soluzioni legislative suggerite da concezioni generali distanti e non conciliabili.

Quanto all'ideologismo, quello di specie è tra i più perniciosi, poiché attraversa gli schieramenti politici e persino le appartenenze ideologiche (l'ideologismo infatti non è ideologia, che, quando di buona lana, è visione generale capace di sostenere la progettualità politico-istituzionale; esso appartiene piuttosto al mondo degli "spiriti animali", i quali non operano solo in campo economico, e, al di fuori di questo, non sempre hanno effetti costruttivi), ed è particolarmente resistente all'evidenza degli elementi fattuali e di esperienza, che invece dovrebbero essere ricostruiti con molta precisione e massimamente considerati per essere posti a fondamento delle scelte legislative.

A superare tale stato delle cose, che perdura da troppo tempo, forse non contribuisce la formula messa in premessa alle previsioni del decreto-legge riferite a "liberalizzazioni e privatizzazioni", secondo cui tali disposti sono concepiti "in attesa" della revisione dell'art. 41 Cost.; e tuttavia si afferma che già in forza dello stesso decreto – cioè in forza di previsioni legislative ordinarie – Comuni, Province, Regioni e Stato sono tenuti ad adeguare, entro un anno dall'entrata in vigore della legge di conversione, "i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge" (art. 3, c. 1). Non è possibile prevedere quale effettiva capacità conformativa possa avere un simile disposto nei confronti dei soggetti cui più direttamente si rivolge. Ma soprattutto, non pare utile evocare uno scenario di così elevata conflittualità, tanto più che, nello stesso luogo, il decreto-legge elenca una serie di limitazioni e contemperamenti del

principio enunciato, corrispondenti all'attuale tenore dell'art. 41 Cost.; e che, mentre viene meno il riferimento ai “programmi e controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali” (art. 41, c. 3, Cost.), viene introdotto un nuovo limite, quello delle “disposizioni che comportano effetti sulla finanza pubblica” (art. 3, c. 1, lett. e, d.l. n. 138 del 2011), del quale andrebbe attentamente decrittato il significato, ma che, può dirsi sin d'ora, nella sua genericità si presta a fondare politiche statali dirigiste orientate unicamente da quelle che possono venire adottate come compatibilità finanziarie. Una limitazione potenzialmente assai più penetrante, quanto all'attività economica privata, della mite previsione del terzo comma dell'art. 41 Cost.; la quale non ha mai fatto argine, in Italia, né a pubblicizzazioni, per quanto di incerta finalizzazione all'utilità sociale, né a privatizzazioni, sia pure limitate e imperfette (ma per responsabilità del legislatore ordinario, non per ostacolo derivante dalla Costituzione).

Prevedibilmente, siffatte dichiarazioni di intenti hanno suscitato reazioni anch'esse ideologicamente molto connotate: si discorre di cancellazione “per decreto di ogni potere di controllo politico sull'attività economica”, di “emergenza” e di “saccheggio dei beni comuni” (*Appello dei giuristi estensori dei quesiti referendari per l'acqua bene comune*, in www.siacquapubblica.it, Agosto 2011).

Il risultato ultimo – non positivo – è quello di aprire un dibattito pubblico del tutto impermeabile ad ogni considerazione dei contenuti della legislazione proposta in materia di servizi pubblici locali, e degli effetti attesi. E di vedere prodotte soluzioni non approfondite in modo adeguato quanto agli effetti “di sistema”; dunque esposte a essere rimediate, con conseguenze non lievi nella funzionalità dell'ordinamento e nell'efficiente uso delle risorse.

3. Se così fosse, purtroppo si confermerebbe la tendenza che ha segnato sinora la disciplina e la sorte dei servizi pubblici locali in Italia.

Si diceva delle oscillazioni del legislatore quanto al modello di gestione dei servizi pubblici “di rilevanza economica”.

Dapprima l'art. 22 della legge 8 giugno 1990, n. 142 (i cui contenuti sono ripresi nell'art. 113, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, “Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali”) ha incentrato il modello sulla scelta, affidata alla discrezionalità delle amministrazioni competenti, tra gestione in economia, concessione a terzi mediante procedura concorsuale, affidamento diretto ad azienda speciale o a società per azioni a prevalente capitale pubblico.

Ma già poco più di un anno dopo l’emanazione del Testo Unico, l’art. 35, cc. 8 e 9, legge 28 dicembre 2001, n. 448 ha imposto agli enti locali di trasformare le aziende speciali in società di capitale, e di scorporare le reti e le infrastrutture, conferendole a società di capitale pubblico non cedibile, se di esse siano proprietarie società per la gestione dei servizi pubblici a prevalente partecipazione degli stessi enti locali.

Tale assetto – caratterizzato dalla soppressione del modo di gestione attraverso aziende speciali – è stato disarticolato dal d.l. 30 settembre 2003, n. 269, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, che, modificando nuovamente l’art. 113 del Testo Unico sull’ordinamento degli enti locali, ha consentito tre modelli: concessione a società di capitali attraverso procedura concorsuale (lett. a); società mista pubblica-privata, con scelta del socio privato attraverso gara (lett. b); società a totale capitale pubblico, che nella sua ragione sociale abbia lo svolgimento prevalente delle sue attività a favore di enti pubblici soci (società *in house*). Per quanto riguarda specificamente il servizio idrico integrato, il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 ha stabilito una graduazione tra i modelli di gestione previsti dal novellato art. 113 del Testo Unico, affermando la preferenza per la concessione a società di capitali.

Ma il flusso della legislazione non si è arrestato, e, ancora una volta, non si è mosso nella stessa direzione precedente (esso non ha un andamento fluviale, ma lagunare, come l’acqua del Canal Grande, orientata dalla marea, sicché non v’è riva destra distinta da riva sinistra: fuor di metafora, sarebbe arduo definire il segno ideologico di questi interventi). È stata, invero, successivamente imposta agli enti locali la scelta tra due soli modelli: concessione a imprese individuate con procedura concorsuale, oppure società miste con gara sia per la scelta del socio privato sia per l’attribuzione a esso delle attività; divenendo l’*in house* una soluzione eccezionale (art. 23 *bis*, inserito nel d.l. 25 giugno 2008, n. 112 dalla legge di conversione 6 agosto 2008, n. 113, poi modificato dall’art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni nella legge 20 novembre 2009, n. 166).

Il caso del servizio idrico integrato è stato reso ancora più complesso dalla vicenda referendaria e dai suoi esiti, piuttosto distanti dagli intendimenti di alcuni dei sostenitori (quali, per esempio, si ricavano dalla *Relazione introduttiva ai quesiti referendari*, sottoscritta da Gaetano Azzariti, Gianni Ferrara, Alberto Lucarelli, Luca Mattei, Stefano Rodotà, in tema di gestione dei servizi idrici, quesiti contenuti nella richiesta pubblicata nella G.U. del 1° aprile 2010, serie generale, n. 76). L’obiettivo dichiarato era, invero, quello di escludere i tre modelli di gestione previsti dall’originario art. 113 del Testo Unico delle leggi sull’ordinamento delle autonomie locali, lasciando solo la possibilità di gestione attraverso un soggetto di diritto pubblico. A tal fine, si

proponeva l'abrogazione dell'art. 23 *bis* del d.l. 112 del 2008, e con separato quesito, dell'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, ritenendo, in tal modo, di sopprimere tutti i modelli di gestione ritenuti di tipo privatistico, e però di impedire la, non desiderata, reviviscenza del vecchio art. 113 del citato Testo Unico o, in ogni caso, un effetto analogo di conservazione di modelli di gestione "privatistica" in forza della prevalenza di norma speciale, sia pure precedente. Con un terzo quesito è stata proposta l'abrogazione dell'art. 1 d.lgs. n. 152 del 2006, secondo il quale la tariffa costituiva il corrispettivo del servizio idrico ed era determinata tenendo conto dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito.

La Corte costituzionale, in sede di giudizio di ammissibilità, ha prefigurato quelli che sono stati poi gli effetti dell'esito positivo dei due quesiti ammessi. Invero, essa ha dichiarato inammissibile la richiesta di referendum per l'abrogazione dell'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, rilevandone l'inidoneità a conseguire la "finalità incorporata nel quesito", cioè quella di "rendere inapplicabile al servizio idrico integrato la disciplina concernente le modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica ... dettata in generale, per quasi tutti i servizi locali (ivi compreso il servizio idrico integrato), dall'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008", disposizione, quest'ultima, oggetto della separata richiesta di referendum dichiarata invece ammissibile (sent 12 gennaio-26 gennaio 2011, n.25). Questo effetto non vi è stato. Mentre, secondo quanto assunto dalla sent. (12 gennaio) 26 gennaio 2011, n. 24, dall'esito positivo del referendum sul quesito ammesso è derivata "l'applicazione immediata all'ordinamento italiano della normativa comunitaria ... relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara a evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici di rilevanza economica", e conseguentemente l'ammissione di "ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)".

4. In questo scenario, il d.l. n. 138 del 2011 afferma il principio della "liberalizzazione" e della "gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica", qualificando come eccezioni le ipotesi di attribuzione di diritti di esclusiva (art. 4, c. 1): questa è consentita solo ove l'ente locale svolga un'istruttoria e adotti una delibera dalle quali risultino "i fallimenti del sistema concorrenziale, e, viceversa, i benefici per la stabilizzazione, lo sviluppo e l'equità all'interno della comunità locale derivanti dal regime di esclusiva del servizio" (art. 4, cc. 1 e 2). L'ente locale, se vuole discostarsi dal modello ritenuto "normale" dal legislatore, deve dare prova dei "fallimenti del mercato" in un settore specifico; prova potenzialmente disagiata, che implica

uno studio approfondito, allo stato attuale, delle esternalità di produzione e di consumo (con riferimento in specie alla produzione di beni pubblici), di situazioni di monopolio, di possibilità regolative idonee a fronteggiare i fattori di distorsione senza rinunciare alla “gestione concorrenziale”. E il d.l. n. 138 del 2011 impone che l’istruttoria venga compiuta una prima volta entro dodici mesi dalla propria entrata in vigore; e sia ripetuta “periodicamente, secondo i rispettivi ordinamenti degli enti locali” (art. 4, c.4): evidentemente la legge vuole che si valuti se intanto la situazione del mercato sia mutata (ciò che potrebbe avvenire in ragione di dinamiche interne al mercato stesso, o di interventi pubblici regolativi), non ammettendosi che possano esistere “fallimenti del sistema concorrenziale”, propri, come tratto “naturale” e non modificabile, di determinati mercati. L’istruttoria, comunque, deve precedere il “conferimento e il rinnovo della gestione dei servizi” (*ibidem*): se seguisse, in effetti, il conferimento stesso potrebbe costituire un elemento di distorsione del mercato, tanto più che risultanze negative dell’istruttoria darebbero necessariamente luogo a contenzioso giudiziale, che è un costo, o a ipotesi transattive, che consoliderebbero le distorsioni.

In ogni caso, se l’amministrazione, compiuta l’istruttoria, volesse procedere all’attribuzione di diritti di esclusiva, potrebbe farlo solo mediante procedure competitive a evidenza pubblica, alle quali potrebbero partecipare anche le società a capitale interamente pubblico (art. 4, cc. 8 e 9).

Il d.l. n. 138 del 2011 individua alcuni fattori potenzialmente distorsivi dell’assetto concorrenziale dei mercati nell’organizzazione delle procedure di gara, e impone contenuti dei bandi e delle lettere di invito atti a fronteggiarli (art. 4, c. 9): il divieto di considerare come elemento discriminante nella valutazione delle offerte la disponibilità delle reti, degli impianti o di altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi sostenibili ed essenziali per il servizio; l’obbligo di stabilire che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio (si impedisce così che possano prevalere società con capitale versato molto piccolo, anche costituite in vista di una determinata procedura concorsuale); l’obbligo di stabilire una durata dell’affidamento commisurata all’entità dei capitali investiti e non eccedente i tempi di ammortamento; l’obbligo di indicare i criteri e le modalità per individuare i beni strumentali e le pertinenze non duplicabili a costi socialmente sostenibili, da cedere al gestore subentrante all’atto della cessazione, determinando l’importo da corrispondere al gestore che cessa; l’obbligo di prevedere l’adozione di “carte dei servizi” (art. 4, cc. 9 e 29).

È consentita la società mista pubblico-privata, purché siano svolte procedure competitive a evidenza pubblica sia per la scelta del socio privato (per una quota non inferiore al quaranta per

cento) sia per l'attribuzione "di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio" (art. 4, c. 12).

Nel variabile flusso della marea legislativa, il d.l. n. 138 del 2011 si orienta a consentire le società *in house*, stabilendo, per questa forma di gestione, una soglia massima di valore economico del servizio oggetto dell'affidamento (non particolarmente alta, in considerazione del tipo di servizi di cui si tratta e della durata di essi: 900 mila Euro, ai sensi dell'art.4, c. 13). Per assicurare anche in questi casi gli equilibri di bilancio, è stabilito che le società *in house* affidatarie siano assoggettate al patto di stabilità interno (art. 4, c. 14); e il controllo di gestione su di esse è attribuito all'organo di revisione economico-finanziaria dell'ente, secondo le previsioni del titolo VII del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali.

Tutte le altre forme di gestione e tutti gli altri modi di aggiudicazione sono esclusi.

Il d.l.n. 138 del 2011 definisce le norme transitorie per il passaggio al nuovo regime, stabilendo i termini di cessazione delle gestioni dirette, anche da parte di società quotate in borsa, eccedenti la soglia di valore prescritta per le società *in house*, e delle gestioni affidate a società miste secondo criteri e modalità in tutto o in parte non corrispondenti a quelli stabiliti dallo stesso d.l. (art. 4, c. 32).

5. Infine, l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 definisce i tipi di servizi esclusi dall'applicazione della nuova normativa (c. 34): il servizio idrico integrato (cui però si applicano i disposti recanti il regime di incompatibilità e i divieti concernenti le persone che abbiano parte nei soggetti e negli organi di gestione: cc. 19-27); il servizio di distribuzione del gas naturale; il servizio di distribuzione di energia elettrica; il servizio di trasporto ferroviario regionale; la gestione delle farmacie comunali.

Tutte tali eccezioni corrispondono in larga parte a quelle già stabilite dall'art. 23 *bis* del d.l. n. 112 del 2008, abrogato con il recente referendum; a esse il d.l. n. 138 del 2011 aggiunge il servizio idrico integrato.

La soluzione – comprensibilmente mossa da intenti di opportunità politica – non è del tutto lineare. Infatti, le conseguenze dell'esito positivo del referendum abrogativo, così come prefigurate dalla già richiamata sentenza della Corte costituzionale n. 24 del 2011, consistono nell'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria, cioè, per quanto qui rileva, nell'ammissione delle ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, della gestione *in house*, con

riferimento a *tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica*, non solo al servizio idrico. Ora, l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 ripercorre, sotto molti profili, l'impianto dell'abrogato art. 23 bis del d.l. n. 112 del 2008, prevedendo tuttavia, in luogo delle "situazioni eccezionali" alla luce delle quali il terzo comma di tale disposto consentiva l'affidamento *in house*, un diverso modo per limitare – sensibilmente – il ricorso a tale modello di gestione dei servizi, consistente nella previsione di una soglia di valore. Se tale soluzione fosse conforme all'esito referendario, lo sarebbe anche per il servizio idrico integrato, sicché la previsione specifica a questo riferita (l'aggiunta all'elenco dei settori esclusi) non apparirebbe necessitata, ben potendo anche il servizio idrico integrato essere assoggettato al generale quadro regolativo comunitario. E la diversa disciplina sarebbe di incerto fondamento, ove, compiuta un'adeguata istruttoria, per settori, sulle dimensioni economiche dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, dovesse risultare che l'indicazione di una soglia di valore troppo bassa renderebbe del tutto marginale il ricorso al modello dell'*in house providing* per tutti i servizi diversi da quello idrico integrato (per esempio con l'esclusione di tutti gli enti locali delle classi demografiche maggiori, nei quali le dimensioni dei servizi sono assai rilevanti, o anche di tutti gli enti di media consistenza). E la previsione dell'art. 4, d.l. n. 138 del 2011 potrebbe apparire un modo per eludere la volontà referendaria, quale obiettivamente "incorporata nel quesito", la quale non sembra consentire un trattamento *in malam partem*, quanto all'autonomia di scelta del modello di gestione, per i servizi pubblici a rilevanza economica diversi dal servizio idrico integrato.

Non è difficile prevedere, che, se in proposito perdurasse una irragionevole diversità di trattamento, sarebbe da attendersi un ulteriore, anche ravvicinato, diverso orientamento del legislatore (che potrebbe connettersi a iniziative e a determinazioni nella sede della giurisdizione costituzionale).

6. All'apparenza – cioè guardando alle formule normative, che ripropongono modelli già alternatisi nel tempo – l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, oltre le dichiarazioni di principio, presentate come radicalmente innovative, non sembra sottrarsi all'andamento dei flussi e riflussi legislativi in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica: potrebbe trattarsi di una delle oscillazioni che hanno reso incerto il settore.

Ma molto dipenderà dal contesto, poiché una stessa soluzione normativa è destinata a mutare di segno, sotto la pressione degli eventi e in ragione della qualità del dibattito nelle sedi della legislazione. Ora, è un fatto che oggi gli eventi premono con forza inedita; e che ciò consiglierebbe

di agire nella consapevolezza delle esigenze di riordino, razionalizzazione, coerente ricomposizione di molti ambiti del sistema normativo. Se così fosse, anche questa parte del d.l. n. 138 del 2011 potrebbe essere utilmente riconsiderata in sede di conversione, bandendo gli ideologismi che hanno estenuato la vicenda legislativa dei servizi pubblici, dei quali sono ancora assai carenti la regolazione e il controllo, in un tempo in cui regolazione e controllo sono il vero “nocciolo della questione”.