

# ARTICOLI

MARCO DUGATO

## L'IMPETURBABILE STABILITÀ DEI SERVIZI PUBBLICI E L'IRRESISTIBILE FORZA DELL'ENTE PUBBLICO

SOMMARIO: 1. L'onda privatizzatrice e la risacca pubblicistica. – 2. La contaminazione pubblico-privato e la messa in discussione dell'ontologia societaria. – 3. La società pubblica può fallire? – 4. I rischi sottesi all'entificazione delle società. – 5. Il percorso normativo che ha condotto al *referendum*. – 6. Il tentativo (fallito) di “delocalizzare” i servizi pubblici locali.

### 1. L'onda privatizzatrice e la risacca pubblicistica

In un celebre libro<sup>1</sup> del 1990 Fabio Merusi dava conto dell'instabilità sia del concetto di servizio pubblico sia del quadro normativo di riferimento. Con riferimento ai servizi pubblici degli enti locali, il periodo era in effetti di grande fermento. Di lì a poco le società si sarebbero dapprima affiancate alle gestioni interamente pubbliche, per divenire successivamente il modello organizzativo di riferimento<sup>2</sup>. In breve, sarebbe stato compiuto il passaggio alla societizzazione di tutte le gestioni<sup>3</sup>, apparendo alla gran parte dei commentatori evidente il rivoluzionario cammino dal mondo delle municipalizzate a quello delle società di capitali.

Cambiarono presto anche le espressioni ricorrenti nelle norme e nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale. Sempre meno si parlava di strumentalità del soggetto gestore rispetto alla finalità degli enti locali di riferimento, di doverosità del servizio, di *par condicio* degli aspiranti privati alla concessione e sempre più diffuso era il riferimento alla concorrenza, ai limiti al ricorso all'indebitamento da parte delle società, alla *governance* societaria, ai *business plan*, alla quotazione in borsa.

<sup>1</sup> F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, 1990.

<sup>2</sup> Il riferimento è all'art. 22, l. n. 142/1990 (poi trasposto negli artt. 112 e 113, d.lgs. n. 267/2000), all'art. 12, l. n. 498/1992, all'art. 17, c. 58, l. n. 157/1997.

<sup>3</sup> Compiuta con l'ultimo testo vigente dell'art. 35, l. n. 448/2001.

Per tutti, il mondo era dunque cambiato. Ma era davvero così? Quanto era cambiato? Soprattutto, era cambiato nel profondo e nei principi? Con tutta sincerità, mi pare di no. Fino al 2011 e per quanto possa apparire a prima vista nulla più di una provocazione, il quadro di fondo è rimasto sostanzialmente immutato. La titolarità pubblica locale dei servizi, il rilievo essenziale del controllo pubblico diretto (non regolatorio), la procedimentalizzazione di ogni passaggio relativo alla gestione (dalla costituzione allo scioglimento, dalla scelta del socio privato all'irrilevanza delle clausole di prelazione, dalla definizione dei contenuti del contratto di servizio ai meccanismi di relazione tra socio pubblico e società) restavano nei tratti essenziali gli stessi delle precedenti gestioni pubbliche. Tant'è che nel 1999, Cammelli e Ziroldi mettevano in evidenza l'incompiutezza del percorso verso la privatizzazione<sup>4</sup>, rilevando che il «modello societario viene progressivamente modificato con l'inserimento di elementi squisitamente pubblicistici».

Se, in un primo momento, la pubblicizzazione sembrava innocuamente confinata ai momenti di immissione di un privato nel servizio e alla relazione ente affidante – privato affidatario, così da rendere ancor più evidente la sussistenza e la tutela della concorrenza *per* il mercato, successivamente il campo riconquistato al pubblico è divenuto assai più vasto, dapprima ricollocando nello stretto campo dell'organizzazione pubblica le società *in house providing*, per poi estendere alle società a partecipazione pubblica una parte significativa dello statuto dell'ente pubblico. Perfino le società a partecipazione mista si sono viste estendere i limiti all'assunzione di personale propri delle amministrazioni pubbliche ed imporre rigide e prefissate norme per la composizione e la retribuzione degli organi amministrativi.

Fino al 2011, a ben vedere, il dibattito e la storia dei servizi pubblici locali sono stati declinati come il dibattito e la storia delle società per la loro gestione. L'onda privatizzatrice è montata sino al culmine, per poi essere assorbita dalla risacca pubblicistica. Una risacca che ha fatto delle società le nuove aziende municipalizzate e che merita qualche considerazione, dal momento che, ad avviso di chi scrive, le ragioni della stabilità delle regole sui servizi pubblici locali si comprendono meglio alla luce della storia dell'entificazione delle società per la loro gestione.

<sup>4</sup> M. Cammelli, A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999, 57.

## **2. La contaminazione pubblico-privato e la messa in discussione dell'ontologia societaria**

Negli ultimi anni il dibattito dottrinale sul tema delle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi locali ha posto al centro dell'attenzione la questione della loro natura. Il tema è variamente analizzato<sup>5</sup>. Vi è chi ragiona del profondo della relazione tra forma privata e sostanza pubblica e chi semplicemente si preoccupa che la scelta della prima non determini l'elusione delle garanzie proprie della seconda. Vi è ancora chi s'interroga sui limiti ontologici dell'azione amministrativa di diritto privato e chi non teme di parlare di «diritto speciale»<sup>6</sup>, coniugando istituti del diritto societario e istituti del diritto pubblico.

Si è avuto modo di illustrare altrove le contraddizioni logico-giuridiche dei sistemi di contaminazione degli ordinamenti privato e pubblico<sup>7</sup>, che altro non rappresentano che la conseguenza dei rischi dei processi di ibridazione del diritto descritti ancora da Merusi<sup>8</sup>. Il fenomeno è comun-

<sup>5</sup> Non è qui neppure il caso di tentare una bibliografia generale sul tema delle società a partecipazione pubblica. Gli studi in materia pubblicati negli ultimi vent'anni si contano a centinaia e testimoniano, oltre che l'interesse scientifico per un tema "di confine", soprattutto il rilievo pratico delle questioni interpretative relative ad un modello organizzativo che ha conosciuto in Italia una diffusione senza pari e precedenti. Basti quindi il rinvio a M. Cammelli, M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2008; G. Gruner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A.*, Torino, Giappichelli, 2009; M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, Torino, Giappichelli, 1997; F. Goisis, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2004; P. Pizza, *Le società per azioni di diritto singolare tra partecipazioni pubbliche e nuovi modelli organizzativi*, Milano, Giuffrè, 2007.

Vale la pena di sottolineare che nel dibattito giurisprudenziale del passato la questione della natura delle società non era mai stata posta, dandosi per scontato che si trattasse di soggetti di diritto privato (talvolta speciale, ma sempre privato).

Al riguardo, F.A. Roversi Monaco, *La giurisprudenza sulle società a partecipazione pubblica*, in *Dir. soc.*, 1973, 811 ss.; M. Dugato, *Il partenariato pubblico-privato: origine dell'istituto e sua evoluzione*, in *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, a cura di F. Mastragostino, Torino, Giappichelli, 2011, 67 ss.

<sup>6</sup> G. Visentini, *Partecipazioni pubbliche in società di diritto comune e di diritto speciale*, Milano, Giuffrè, 1979; G. Di Chio, *Società a partecipazione pubblica* (voce), in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, XIV, Torino, Utet, 1996, 163, assume che nelle società a partecipazione pubblica si sia determinata un'alterazione dello schema causale tipico delle società di capitali.

<sup>7</sup> M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole del diritto privato. Una premessa metodologica e sostanziale*, in M. Cammelli, M. Dugato, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica cit.*, 1 ss.

<sup>8</sup> F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, il Mulino, 27 ss.

que alimentato non tanto dalla generale diffusione dello strumento societario nell'agire dell'amministrazione, quanto da fattori più specifici e non necessariamente legati al primo. Innanzitutto, vi è la pretesa di adattare la società a qualsiasi attività (impresa, servizio o funzione) ed obiettivo<sup>9</sup>. In secondo luogo, gioca un ruolo significativo la convinzione, assai diffusa ancorché mai di recente espressa direttamente, dell'incapacità delle regole del diritto privato di garantire la soddisfazione dell'interesse pubblico. In ultimo, ha esercitato un impulso, involontario ma potente, il diritto comunitario che, dovendo prescindere dalle categorie del "pubblico" e del "privato", ha finito per rafforzare il falso mito della neutralità e costringere gli operatori nazionali ad equilibrismi compositivi, come ben dimostra la vicenda delle società *in house*<sup>10</sup>.

Qualunque sia l'ottica scelta per l'analisi, resta il risultato, invero preoccupante sotto il profilo della certezza del diritto: tutte le volte che ha dinanzi una società partecipata da un ente pubblico, l'interprete è costretto ad interrogarsi sulla sua vera natura giuridica, sulle regole che ne disciplinano le assunzioni ed il *turnover*, sulla composizione dell'organo amministrativo e sul compenso dei suoi componenti, sull'applicazione attiva del patto di stabilità, sull'estensione della responsabilità amministrativa per danno erariale e sullo statuto penale degli amministratori, sull'applicazione del diritto di accesso. Non si tratta più di elementi a cui fare ricorso nel tentativo di classificare le società partecipate; non è più l'inversione (di per sé già indicativa) del metodo d'indagine scientifica, per necessità oggi induttivo. È invece un'operazione a cui è costretto l'operatore del diritto per comprendere ciò che si può e si deve, distinguendolo da ciò che è vietato. Con buona pace delle ragioni di chi con quelle società è costretto ad avere rapporti giuridici.

<sup>9</sup> Si è così alimentata «l'illusione che la società costituisse un modello *bonne a tout faire*, forte anche di un'interpretazione estrema della (vera o presunta) neutralità del modello societario e dell'irrelevanza dello scopo di lucro». Così, M. Cammelli, M. Dugato, *Lo studio delle società a partecipazione pubblica*, cit., 10.

<sup>10</sup> Sull'incontrollato sviluppo delle tipologie societarie e sull'irrazionalità del quadro d'insieme che ne è disceso, G. Napolitano, *Le società pubbliche tra vecchie e nuove tipologie*, in *Riv. Società*, 2006, 999 ss.; M.G. Della Scala, *Le società legali pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2005, 391 ss.

Il percorso descritto rende ancor più centrale l'affermazione che è stata resa di recente: «un legislatore che manomette la fisionomia di un soggetto pubblico deputato alla cura di interessi generali attribuendogli fattezze e caratteristiche di un soggetto privato forse non opera una violenza alla presunta autonomia costituzionale del soggetto medesimo ma, di certo, la opera indirettamente nei confronti della soggettività privatistica che gli va a configurare e nei riguardi di tutti gli altri soggetti per c.d. originariamente privati». Così, D. Marama, *Soggetti "legali" e autonomia privati*, Torino, Giappichelli, 2012, 10.

Con ciò, si è andati ben al di là del tradizionale dibattito sull'ordinarietà o sulla specialità delle società pubbliche; non è più questione di comprendere se siano ammissibili società che, solo per la presenza di soci pubblici, siano assoggettate a norme speciali rispetto al diritto comune delle società. È invece in gioco ed in dubbio la stessa natura giuridiche delle società, tanto che, secondo alcuni, la scelta per il modello societario non è d'ostacolo per la qualificazione pubblica del soggetto<sup>11</sup>. Non è in gioco la classificazione delle società secondo lo schema ed i caratteri descritti da Cassese<sup>12</sup>, bensì l'ontologia delle società.

Le conseguenze di un'operazione ermeneutica senza precedenti in dottrina e in giurisprudenza sono forse più gravi di quelle che i sostenitori dell'entificazione delle società pubbliche hanno immaginato. Ciò, sia sotto il profilo della scienza giuridica<sup>13</sup>, sia sotto il profilo della certezza dei rapporti giuridici.

### 3. La società pubblica può fallire?

L'ultima frontiera è quella dell'assoggettabilità delle società a partecipazione pubblica al fallimento ed alle altre procedure concorsuali della quale si sente legittimato a dubitare chi afferma l'esistenza di enti pubblici in

<sup>11</sup> Gli studi che hanno contribuito a tracciare o a rafforzare il cammino per l'entificazione delle società partecipate dagli enti pubblici sono molti e noti. Voglio qui sottolineare il percorso originale di un recente lavoro monografico di M.G. Della Scala (*Società per azioni e Stato imprenditore*, Napoli, Jovene, 2012), che intende dimostrare come nell'origine stessa delle società per azioni abbia giocato sempre un ruolo rilevante (e all'inizio svelato) l'interesse pubblico. Sebbene non ne condivida del tutto le conclusioni, è certo che l'ottica è di grande interesse e che alcuni dei passaggi logici siano difficili da revocare in dubbio.

<sup>12</sup> È noto che S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2008, 221 s., ha distinto tra società interamente di diritto comune (sebbene distinguibili a loro volta in più *species*), società con regime derogatorio rispetto al diritto comune e società a partecipazione statale necessaria.

<sup>13</sup> Sotto il profilo dogmatico, ad esempio, in alcune recenti pronunce sembra che l'entificazione sia conseguenza indotta dall'assoggettamento dell'azione societaria e privatistica al principio di funzionalizzazione (Cons. St., sez. VI, 20 marzo 2012, n. 1574, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 52 ss., con nota di G. Sigismondi). Il che appare quantomeno singolare, dal momento che la dottrina (e la giurisprudenza) ormai da vent'anni hanno chiarito che il principio di funzionalizzazione accede naturalmente anche all'azione amministrativa di diritto privato (C. Marzuoli, *Principio di legalità e attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1982; M. Dugato, *Atipicità e funzionalizzazione nell'attività amministrativa per contratti*, Milano, Giuffrè, 1996).

forma societaria. Del resto, il dato non può stupire. L'affermazione della prevalenza della sostanza (pubblica) sulla forma (privata) porta con sé l'intenzione di estendere alle società – enti pubblici non alcune norme pubblicistiche, bensì l'intero statuto dell'ente pubblico. Statuto di cui è parte, come è noto, l'impossibilità di fallire<sup>14</sup>. Così, la questione dello statuto dell'impresa pubblica assume un significato assai diverso da quello che tradizionalmente gli era attribuito<sup>15</sup>: si pretende di allontanare dall'ibridazione regolativa le società pubbliche non per ricondurle all'ortodossia della disciplina delle società, bensì per assorbirle nello statuto generale dell'ente pubblico.

In questa ottica, diviene logica e lecita la più eretica delle domande: può fallire una società pubblica? Al contempo, diventa relativa la risposta: sì, in quanto società; no, in quanto ente pubblico. Ora, si consideri che con riferimento ad alcune sole tra le società pubbliche (segnatamente quelle di gestione dei servizi pubblici), vi era stato chi aveva avanzato dubbi sull'estensione delle regole del fallimento. La dottrina a cui mi riferisco, tuttavia, aveva fondato l'assunto, prima ancora che sui caratteri peculiari del soggetto, su quelli dell'oggetto dell'attività sociale: l'esercizio di un servizio pubblico indefettibile e l'esercizio di attività differenti da quelle d'impresa<sup>16</sup>. In quella costruzione giuridica, dunque, della non fallibilità si ragiona come elemento di specialità nell'ambito dell'ordinamento generale, come in tutti i casi in cui è dato riscontrare l'assenza di un presupposto essenziale per l'applicazione delle norme sulle procedure concorsuali. Così, sono il mancato esercizio dell'attività d'impresa e l'indefettibilità imposta dalla natura di servizio pubblico delle attività esercitate a far dubitare della fallibilità del sog-

<sup>14</sup> Al riguardo, di estremo interesse è la sentenza della sezione IV civile e fallimentare del Tribunale di Palermo n. 101 del 27 gennaio 2010, che ha dichiarato il fallimento di AMIA S.p.A., società del Comune di Palermo incaricata della gestione del servizio idrico e risultante dalla trasformazione della vecchia municipalizzata. La pronuncia, dopo aver analizzato a fondo il tema dell'entificazione delle società pubblica, giunge alla condivisibile conclusione dell'applicabilità dell'istituto del fallimento alla società, dando rilievo al fatto che «è la costituzione in forma societaria per gli scopi indicati nello statuto che ha fatto acquisire ad AMIA s.p.a. la qualifica di imprenditore commerciale». Secondo il giudice siciliano, dunque, la scelta della forma privatistica e l'esercizio dell'attività commerciale determinano l'applicazione sostanziale del diritto privato.

<sup>15</sup> M. Cammelli, *Le imprese pubbliche in Europa: caratteri e problemi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 1178 ss.

<sup>16</sup> G. Napolitano, *Soggetti privati «enti pubblici»*, in *Dir. amm.*, 2003, 801 ss. Io stesso ritenni necessario approfondire gli elementi a supporto di una tesi di tal segno, facendolo tuttavia con riferimento alle sole società nate per legge e caratterizzate *per legge* come società non impresa (il rinvio è a M. Dugato, *Il finanziamento delle società a partecipazione pubblica tra natura dell'interesse e procedimento di costituzione*, in *Dir. amm.*, 2004, 561 ss.).

## L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

getto gestore. Non viene in alcun modo in considerazione la natura della società, nella consapevolezza che si ragiona non del mutare dello *status* generale di quest'ultima ma solo dell'applicazione delle norme sul fallimento<sup>17</sup>.

Nella ricostruzione di parte della dottrina, la sottrazione delle società alla disciplina fallimentare è la conseguenza della loro natura pubblica, non dell'insussistenza dei presupposti a cui l'ordinamento privato subordina l'applicazione di detta disciplina. È evidente il procedere del ragionamento, in parte induttivo ed in parte deduttivo: vi sono elementi in presenza dei quali l'interprete deve induttivamente concludere per la natura pubblica del soggetto a dispetto della sua forma privata; di conseguenza e affermatane così la natura pubblica, si deve deduttivamente ritenere ad esso applicabile l'intero statuto dell'ente pubblico, verificando caso per caso se le norme del codice civile siano con questo compatibili (e quindi trovino applicazione) ovvero incompatibili (e debbano tacere)<sup>18</sup>.

Ciò, volendo tacere dell'infranta certezza dei confini dello statuto penale dell'ente pubblico. La pubblicizzazione societaria si aggiunge così alle difficoltà nell'individuazione del servizio pubblico. C'è chi ha lucidamente descritto «lo stato di perdurante incertezza in cui versa la ricostruzione della qualifica di pubblico servizio agli effetti della legge penale», «dovuta anche al fatto che la materia su cui si innesta – appunto la costellazione dei servizi pubblici – è attraversata da un processo ormai conclamato di anamorfosi, che l'ha resa obliqua, sfuggente, sempre almeno in parte eccentrica rispetto al recinto significativo che la dovrebbe contenere, e al suo statuto originario»<sup>19</sup>. Non è difficile comprendere quanto l'onda dell'incertezza si faccia più alta e minacciosa se essa è destinata ad investire non solo l'oggetto (il servizio pubblico), ma anche il soggetto (la società-ente pubblico).

Il procedimento logico seguito, che continua a non apparirmi convincente, ricalca quello generale e d'impostazione classica volto all'individuazione della natura pubblica delle persone giuridiche e si fonda sull'indivi-

<sup>17</sup> Stesso discorso vale per la questione del finanziamento delle società pubbliche, che viene affrontata con attenzione alle specifiche norme proprie di ciascun mezzo di finanziamento (sempre in M. Dugato, *Il finanziamento*, cit.).

<sup>18</sup> Significativo è, al riguardo, l'argomentare della pur eccellente ricostruzione contenuta nel libro di G. Gruner, *Enti pubblici a struttura di S.p.A. cit.*, 200 ss. Di particolare interesse è il ragionamento volto ad escludere che vi siano ragioni ostative all'applicazione delle norme contenute agli artt. 2438-2444 c.c. in tema di aumento di capitale «perché, relativamente ad esse, le fonti istitutive o costitutive non sembrano spiegare alcuna interferenza» (206).

<sup>19</sup> V. Manes, *Servizi pubblici e diritto penale*, Torino, Giappichelli, 2010, 150.

duazione della presenza degli indici di riconoscibilità della natura pubblica degli enti, sistemati nella celebre elaborazione di Aldo M. Sandulli<sup>20</sup>. L'interprete contemporaneo, quindi, facendo riferimento ad essi, dovrebbe verificare la sussistenza, in capo alla società, di un controllo funzionale esercitato da un ente pubblico, la preponderanza del finanziamento pubblico, la sussistenza di una finalità pubblica come oggetto sociale, l'operare secondo un'ottica differente da quella delle imprese commerciali, la sussistenza di poteri amministrativi di qualche sorta. In presenza di una molteplicità di detti indici, egli deve concludere per la natura pubblica dell'ente, non curandosi della forma giuridica con cui si presenta.

L'operazione ermeneutica basata sugli indici rivelatori conserva modernità ed utilità. Di fronte ad una dubbia natura, gli indici tradizionali ed il modo di utilizzarli sono senz'altro ancora oggi il migliore degli strumenti possibili. Tuttavia, nell'utilizzare la sistematica sandulliana sono necessarie due cautele: in primo luogo, se ne devono giuridicamente rilevanti dell'ordinamento comunitario nel frattempo sopravvenuti.

Per quanto attiene al primo profilo, non si può dimenticare che proprio Sandulli riteneva di applicare il procedimento della definizione per indici ai soli casi dubbi, vale a dire ai casi in cui la forma giuridica adottata potesse interpretarsi come compatibile tanto con la natura privata dell'ente, quanto con quella pubblica<sup>21</sup>, dovendosi invece procedere con grande cautela laddove la forma richiamasse espressamente la scelta per uno dei due ambiti. Inoltre, egli ricordava quanto rischioso fosse fidarsi della contemporanea presenza di alcuni solo degli indici, raccomandando di propendere per la qualificazione pubblica soltanto in presenza di tutti o di gran parte di essi. In ultimo e nel rispetto rigoroso del principio della supremazia della legge, egli affermava che gli indici nulla potevano di fronte alla volontà di quest'ultima: laddove il legislatore avesse espressamente mostrato di volere la natura privata dell'ente, l'interpretazione non aveva alcuno spazio.

Con riferimento al secondo profilo, non si può ignorare che alcuni degli indici di pubblicità sono divenuti, con l'affermarsi di alcuni principi e istituti comunitari, meno certi. È così per la prevalenza del finanziamento pubblico o per l'ottica non commerciale dell'attività svolta che, come noto, sono oggi caratteri propri anche degli organismi di diritto pubblico, i quali sono per loro stessa ontologia soggetti privati.

<sup>20</sup> A. M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1982, 1, 172 ss.

<sup>21</sup> Si trattava per lo più di forme associative e consortili comuni tanto all'organizzazione pubblica, quanto all'organizzazione dei soggetti privati.



## **L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici**

Il giudice amministrativo ha saputo in molti casi adeguare al nuovo panorama la sistematica classica, dando rilievo al dato comunitario di riferimento ed alla volontà effettiva della legge. L'ha fatto, ad esempio, concludendo che le Casse di previdenza dei liberi professionisti trasformate in associazioni o fondazioni debbono considerarsi enti privati ai quali viene affidato lo svolgimento di un'attività pubblica e non enti sostanzialmente pubblici<sup>22</sup>.

Quando si tratta di società a partecipazione pubblica, il giudice amministrativo, accompagnato dall'intraprendente giudice contabile, si fa curiosamente più ardito e si mostra meno vincolato alla volontà del legislatore europeo e nazionale. Così, ritiene di poter affermare che in un'interpretazione evolutiva della nozione di pubblica amministrazione, sono da considerare enti pubblici non solo i soggetti che sono organizzati ed operano secondo moduli di tipo autoritativo tradizionali, ma anche le società che pongono in essere attività di rilievo oggettivamente pubblicistico e che proprio per questo sono tenuti ad operare come pubbliche amministrazioni<sup>23</sup>.

Ora, al Consiglio di Stato, che fa riferimento agli indici di riconoscibilità (anzi, ad alcuni soltanto di essi) per giungere non alla mera affermazione dell'applicazione delle norme sull'evidenza pubblica alle società partecipate dalle amministrazioni, ma all'affermazione della natura pubblica delle stesse, non pare rilevante nemmeno che la società sia stata costituita in ossequio ad una norma di legge. La società per cui la sentenza aveva riguardo, infatti, risultava dalla trasformazione di un'azienda speciale, resa necessaria dall'obbligatorietà della sostituzione delle aziende speciali con società di capitali introdotta dall'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448, sulla scia del procedimento speciale di trasformazione introdotto dall'art. 17, c. 51, l. 15 maggio 1997, n. 157<sup>24</sup>. Stessa sorte è toccata alle società risultanti dalla privatizzazione degli enti economici statali.

Il giudice, dunque, di fronte alla dichiarata volontà del legislatore di sostituire il modello dell'ente pubblico economico con lo strumento privato della società di capitali, ha ritenuto di non essere vincolato da quell'espressione normativa e di essere legittimato a compiere il percorso inverso. Se il legislatore ha voluto la società al posto dell'ente pubblico, il giudice amministrativo (non seguito da quello ordinario) ha voluto l'ente pubblico al

<sup>22</sup> Sul tema si è pronunciato più volte il Tar Lazio, sempre giungendo alla medesima conclusione. L'ultima sentenza è quella della sez. III *quater*, 11 gennaio 2012, n. 224.

<sup>23</sup> Cons. St., sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5830, in *Riv. amm. app.*, 2005, 342.

<sup>24</sup> M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, vol. III, a cura di S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, 2588.

posto della società. Dalla societarizzazione dell'organizzazione pubblica all'entificazione delle società private, dunque.

#### 4. I rischi sottesi all'entificazione delle società

Non è qui il caso di dare conto puntualmente delle critiche che voci autorevoli della dottrina hanno mosso al processo di pubblicizzazione delle società, molte delle quali incentrate proprio sulla criticità emersa nel rapporto tra volontà della legge e libertà dell'interprete<sup>25</sup>, o della contraria convinzione della Corte di cassazione<sup>26</sup>. M'interessa, invece, richiamare l'attenzione su due punti che, grazie alle teorie dell'entificazione, diventano il vero centro dell'attenzione. Il primo attiene alla *ratio* che anima quelle teorie; il secondo, ai rischi sottesi all'affermazione della natura pubblica delle società, ai quali mi pare che non sempre si dedichi sufficiente attenzione.

Una spinta determinante al ricupero della teoria degli indici rivelatori è senz'altro venuta dalla fuga dai modelli organizzativi pubblicistici. Il proliferare delle società a partecipazione pubblica (a cui deve aggiungersi il più timido ricorso alle tipologie consortili e fondazionali), sconosciuto per intensità e dimensioni agli altri stati europei, ha presto alimentato la preoccupazione che i principi e le norme di garanzia dell'interesse pubblico propri del diritto amministrativo sarebbero stati aggirati attraverso la sostituzione dei soggetti pubblici con enti privati. L'argine all'evasione dalle garanzie pubblicistiche è stato presto costituito dall'ordinamento nazionale e da quello comunitario attraverso l'estensione delle regole sugli appalti pubblici a gran parte dei soggetti privati partecipati dalle amministrazioni (non solo per mezzo dell'istituto dell'organismo di diritto pubblico, ma anche attraverso norme puntuali quali quelle dettate dall'art. 32, d.lgs. n. 163/2006), delle regole in tema di accesso ai documenti amministrativi, delle regole in

<sup>25</sup> Tra tutte, F.G. Scoca, *Il punto sulle c.d. società pubbliche*, in *Dir. econ.*, 2005, 247 ss.; G. Napolitano, *Il giudice amministrativo di fronte alla privatizzazione*, in *MCR*, 2003, 548 ss.; Id., *Soggetti privati*, cit., 801 ss.; G. Piperata, *Le società a partecipazione pubblica nella gestione dei servizi degli enti locali*, in *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, cit., 304 ss.

<sup>26</sup> Per tutte, Cass., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806, che, nell'affrontare il tema della giurisdizione della Corte dei conti sulle società a partecipazione pubblica (ed a certe condizioni riconoscendolo sussistente) ha affermato che la scelta della pubblica amministrazione di acquisire partecipazioni in società private implica il suo assoggettamento alle regole proprie della forma giuridica prescelta.

## L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

tema di assunzione e *turnover* del personale, delle regole in tema di patto di stabilità interno<sup>27</sup>.

Si può quindi affermare che i rischi della fuga dalle garanzie pubbliche sono stati in buona parte scongiurati dall'espressa opera del legislatore, il quale potrebbe in futuro decidere di rendere ancora più incisiva l'estensione delle regole pubbliche all'azione privata dell'amministrazione. Il che dimostra, a mio avviso, che la pubblicizzazione della natura delle società partecipate dalle amministrazioni non può trovare la propria giustificazione nella volontà di evitare che la privatizzazione del modello giuridico si traduca nella vanificazione dei principi dell'agire pubblico. Le spinte all'entificazione sono invece più articolate, fondate su argomenti dogmatici e per ciò ancor più potenti.

La prima caratterizza diversi ambiti del diritto amministrativo e può essere espressa sinteticamente come “la prevalenza della forma sulla sostanza”. Non tenterò neppure di sintetizzare l'origine e l'andamento del dibattito (filosofico prima che giuridico) in merito al rapporto tra forma e sostanza nel diritto amministrativo<sup>28</sup>. Mi limito solo a ricordare che la volontà di fare prevalere la “sostanza” (nobile) sulla “forma” (ignobile) è stata spesso invocata come ispiratrice della c.d. “dequotazione” dei vizi formali del procedimento ad opera, prima, della giurisprudenza; poi, dell'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, a dimostrazione della diversa considerazione per ciò che s'intende con vizio formale nel diritto amministrativo e nel diritto privato<sup>29</sup>. Con riferimento alle società pubbliche, il processo è più articolato e, se mi è concesso, un po' più subdolo. Se il ricorso agli indici rivelatori dà conto del fatto che l'entificazione celebra la vittoria della realtà profonda sull'apparenza, il ricorso alla prevalenza della sostanza sulla forma, che in verità dovrebbe essere rappresentata come la prevalenza di *una* sostanza (quella pubblica) su *un'altra* sostanza (quella privata), è indice della volontà di non ce-

<sup>27</sup> Esempio significativo della tecnica legislativa dell'estensione delle regole pubbliche alle società partecipate da amministrazioni territoriali è dato dall'art. 25, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, che, ai c. 4 e 5, si preoccupa di assoggettare le società affidatarie *in house* al patto di stabilità interno, di vincolarle all'acquisto di beni e servizi secondo le disposizioni di cui al d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e di imporre loro criteri e modalità per il reclutamento del personale e per il conferimento degli incarichi nel rispetto dei principi di cui all'art. 35, c. 3, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

<sup>28</sup> Basti qui il rinvio alla recente e profonda opera di S. Civitarese Matteucci, *La forma presa sul serio*, Torino, Giappichelli, 2006.

<sup>29</sup> È difficile immaginare, infatti, che nel sistema del diritto privato si possa accettare che vizi che incidono sulla formazione e sulla manifestazione della volontà siano derubricati a meri vizi formali.

dere un ambito tradizionalmente ritenuto pubblico, vale a dire quello dell'organizzazione amministrativa, alle regole del diritto privato.

Non è questione di forma e sostanza o di apparenza e realtà. È un gioco di forza tra diritto pubblico e diritto privato, in cui il primo ha accettato di essere contaminato da alcuni tratti del secondo (il consenso, il principio di buona fede) per potere mantenere l'estensione del proprio ambito d'applicazione, se non addirittura di ampliarlo<sup>30</sup>.

È stato scritto che la distinzione tra pubblico e privato si è oggettivata, resa dipendente dalla oggettiva natura delle attività e indipendente dalla natura dei soggetti e dalla natura degli interessi in gioco<sup>31</sup>. Alla luce della storia dei servizi pubblici locali degli ultimi vent'anni, non solo l'assunto appare vero, ma può essere condotto ad una conclusione persino più radicale: l'aver limitato la privatizzazione al soggetto, lasciando pubblici l'oggetto e la sua disciplina, ha finito per riconquistare al pubblico anche il soggetto.

## 5. Il percorso normativo che ha condotto al referendum

A questo punto, conviene considerare alcune delle tappe legislative che dai più sono state ritenute indicative della trasformazione della disciplina dei servizi locali<sup>32</sup>. Come noto, il primo intervento di riforma delle regole per così dire antiche<sup>33</sup>, rappresentato dall'art. 22, l. 8 giugno 1990, n. 142, lascia intatto il quadro precedente con riferimento ai più rilevanti tratti oggettivi. Come si ebbe modo di rilevare altrove, «il tratto essenziale era rappresentato dalla separazione concettuale tra titolarità e gestione del servizio: la prima,

<sup>30</sup> Aveva ragione M. Renna, *Le società per azioni in mano pubblica*, cit., 4, quando affermava che il nodo non è rappresentato tanto dalla prevalenza della forma o della sostanza del soggetto, quanto dall'equilibrio tra finalità pubbliche e autonomia privata. Punto di vista che mi pare animi anche la ricerca di V. M. Sessa, *Gli enti privati di interesse generale*, Milano, Giuffrè, 2007 (spec. capitoli I e IV).

<sup>31</sup> F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2002, 195. Si veda anche F. de Leonardis, *Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione*, Padova, Cedam, 2000.

<sup>32</sup> Per un quadro sistematico sull'evoluzione dell'ambito vasto dei servizi pubblici in generale, V. Caputi Jambrenghi, *I servizi pubblici: dal monopolio alla concorrenza*, in *Il contributo del diritto amministrativo in 150 anni di Unità d'Italia*, a cura di M.R. Spasiano, Napoli, Editore Scientifico, 2012, 123 ss.

<sup>33</sup> Intendo così quelle introdotte dalla legge Giolitti (l. 29 marzo 1903, n. 103) e dagli atti normativi di sua attuazione, integrazione o modificazione (r.d. 10 marzo 1904, n. 108; r.d. 15 ottobre 1925, n. 2578; d.P.R. 4 ottobre 1986, n. 902).

## L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

necessariamente pubblica (nelle ipotesi di servizi per legge in privativa) o solo occasionalmente pubblica (nei servizi senza privativa); la seconda, direttamente pubblica o affidata a privati per mezzo di strumenti giuridici di diritto pubblico (essenzialmente di natura concessoria). Il quadro giuridico di riferimento risentiva della concezione del servizio in chiave di utilità sociale (con scarsa considerazione per la sua natura di attività economica) ed era dunque caratterizzato dalla forte valenza pubblicistica del servizio locale, testimoniata dal forte potere regolatore e dalla tipicità ed esclusività delle forme pubblicistiche di gestione»<sup>34</sup>. Con l'art. 22, il tratto resta sostanzialmente lo stesso. È vero che il legislatore introdusse nuove modalità di gestione dei servizi (tra tutte, la società a capitale pubblico locale di maggioranza) o modernizzò alcune modalità esistenti (trasformando le aziende municipalizzate in aziende speciali), ma il dato della titolarità in capo all'ente locale del servizio fu confermato e conseguentemente rimase inalterato lo schema di immissione giuridica nella gestione, che restò pubblico, diretto o per mezzo di concessione traslativa<sup>35</sup>. Con buona pace della loro evoluzione e del complicarsi della loro struttura e della loro azione, le società a partecipazione pubblica altro non erano che concessionari di pubblico servizio, nonostante il diffuso pudore manifestato da dottrina e giurisprudenza nel definirle come tali<sup>36</sup>.

L'ente locale, titolare del servizio, definiva le regole per la sua gestione e per la sua erogazione, deliberava la modalità di gestione, conservava in capo a sé la gestione o immetteva un terzo soggetto nella stessa (operatore economico del tutto privato o società partecipata) per mezzo di un provvedimento amministrativo. In un meccanismo così fatto, il gestore altro non era che un ausiliario (in senso tecnicamente improprio, per carità) dell'amministrazione, ammesso a fare propri i proventi di un'attività che non gli era propria e che svolgeva in luogo dell'amministrazione. Inoltre, nessuna autonomia rilevante era data alla proprietà ed alla gestione delle reti e degli im-

<sup>34</sup> M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, cit., 2585.

<sup>35</sup> Anche l'affidamento alla società partecipata, che formalmente prescindeva da un atto concessorio formale, fu presto ricondotto nella sua sostanza alla concessione grazie all'acquisito rilievo della relazione tra la delibera consigliare di costituzione della società e di affidamento ed il contratto di servizio.

<sup>36</sup> Mi pare significativo, in proposito, anche il tema, all'epoca nuovo, della tutela degli utenti dei servizi, che pareva fondato proprio sul presupposto della natura di concessionario del gestore e della titolarità pubblica del servizio. Al riguardo, G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam, 2001; M. A. Stefanelli, *La tutela dell'utente di pubblici servizi*, Padova, Cedam, 1994.

pianti necessari alla produzione del servizio, che restavano talvolta in capo all'ente concedente ed altre volte erano trasferite al gestore (in molti casi anche mediante conferimento nel suo capitale).

Nessuna incidenza al riguardo ebbe l'impulso alla privatizzazione dei soggetti di gestione dato dall'art. 17, c. 51, l. 15 maggio 1997, n. 127, che disegnò un procedimento agevolato di trasformazione delle aziende speciali in società di capitali. La società era ritenuto il miglior strumento di gestione per le sue caratteristiche di collettore di capitali e di partecipazione diffusa, ma non veniva alterato lo schema descritto. Pubblico l'oggetto, pubbliche le regole, pubblico il provvedimento di immissione nella gestione.

Ad un cambiamento prospettico era invece ispirata la riforma del 2001<sup>37</sup>, che per la prima volta distingueva tra servizi a rilevanza economica ("industriale", nella versione originaria) e servizi privi di detta rilevanza e dettava principi e norme specifiche in merito alla separazione tra la proprietà delle reti, la loro gestione e l'erogazione del servizio, così manifestando un approccio più moderno all'applicazione del principio della concorrenza nell'ambito della gestione dei servizi pubblici locali. Anche la gestione dei servizi era significativamente incisa dalla disciplina del 2001, essendo previsto che vi si potesse provvedere soltanto mediante affidamento con gara a società di capitali selezionate con procedimento di evidenza pubblica, essendo anche possibile immettere nella contemporanea gestione del medesimo servizio più operatori economici. Per la prima volta, anche se non era stata confermata l'apertura al principio della concorrenza *nel* mercato (che caratterizzava la prima versione del disegno di legge), il legislatore aveva virato con decisione verso la concorrenza *per il* mercato, cancellando le gestioni dirette formalmente pubbliche e superando il vecchio rappresentato dalla tipicità delle forme di gestione e fino ad allora espresso attraverso l'elenco tassativo delle modalità di assegnazione dei servizi<sup>38</sup>. Alcuni commentatori parlarono, forse con eccessivo entusiasmo e certamente con ottimismo, di una «svolta epocale», in cui l'ente locale cessava di essere protagonista della gestione dei servizi, per riservarsi il solo compito di governo e di regolazione<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> Mi riferisco all'art. 35, l. 28 dicembre 2001, n. 448.

<sup>38</sup> Riguardo alla (presunta o reale) tipicità delle forme di gestione, si veda senz'altro l'approfondito lavoro monografico di G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005, in cui è sottoposta a revisione critica la tradizionale affermazione della vigenza del principio di tipicità nell'ambito dell'organizzazione dei servizi pubblici locali.

<sup>39</sup> In questi termini G. Vaciago, *Intervento*, in *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, a cura di F. Kostoris e T. Padoa Schioppa, Milano, 2002, 229.

## I'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

Senonché, alcuni dei tratti caratterizzanti quella riforma furono cancellati o significativamente modificati dalla novella del 2003<sup>40</sup>. Le regole sull'affidamento del servizio introdotte nel 2001, confluite nell'art. 113, c. 5, TUEL, furono modificate e la gestione dei servizi economici tornò a poter essere assegnata, oltre che a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, a società a capitale misto pubblico privato nelle quali il socio privato fosse scelto attraverso procedure ad evidenza pubblica o a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti pubblici che la controllano (secondo una rigida applicazione dei canoni europei sull'*in house providing*).

La gara non rappresentava dunque più l'unica regola, divenendo soltanto una delle possibili vie per l'assegnazione del servizio, a cui l'ente titolare poteva provvedere anche per mezzo dell'affidamento *in house*, moderna versione della gestione pubblica diretta. Per dirla con Cerulli Irelli, «una sorta di *revival* pan pubblicistico oltre un secolo dopo l'esperienza della grande pubblicizzazione»<sup>41</sup>.

Il quadro normativo di riferimento si è così stabilizzato fino all'entrata in vigore dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112 del 2008 (convertito con l. n. 133 del medesimo anno). Ancora una volta, il legislatore ha manifestato l'intenzione di aprire alla concorrenza *per* il mercato il settore dei servizi pubblici locali economici, non cancellando la possibilità della gestione pubblica *in house* ma rendendola del tutto eccezionale e limitandola alle ipotesi in cui ricorrano «peculiarità caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto di riferimento» che non permettano un efficace e utile ricorso al mercato (chiamando l'Autorità garante della concorrenza e del mercato a verificarne l'effettiva sussistenza), ovvero agli affidamenti di minima rilevanza economica. La riforma, a ben guardare, non rivoluzionava lo schema tradizionale, limitandosi a dare preferenza alle gestioni in esclusiva previa gara e prevedendo a margine (e certamente con poca convinzione) la possibilità per gli enti locali di dare corso ad una liberalizzazione di alcuni settori con propria decisione discrezionale.

<sup>40</sup> Art. 14, d.l. n. 269/2003, in parte integrato dall'art. 4, c. 234, l. 24 dicembre 2003, n. 350.

<sup>41</sup> V. Cerulli Irelli, *Amministrazione pubblica e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 2011, 7.

## 6. Il tentativo (fallito) di “delocalizzare” i servizi pubblici locali

Quel che è seguito all'entrata in vigore dell'art. 23-*bis* è ampiamente noto. Furono immediatamente costituiti comitati referendari, la cui azione era essenzialmente legata alla gestione del servizio idrico integrato, per ottenere l'abrogazione della disciplina che limitava fortemente il ricorso agli affidamenti *in house*. L'esito del *referendum* del giugno 2011 determinò a larghissima maggioranza l'abrogazione dell'articolo.

L'effetto sul legislatore dell'esito referendario fu certo inaspettato e singolare, rafforzandone la convinzione liberalizzatrice. L'entrata in vigore dell'art. 4, d.l. n. 13 agosto 2011, n. 138, e ancor più la sua modificazione successiva, infatti, determinarono un significativo passo avanti non solo nell'affermazione del principio della concorrenza nell'ambito dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma addirittura nella transizione dalla concorrenza *per il mercato* a quella *nel mercato*. Veniva infatti stabilito l'obbligo di procedere ad una complessa verifica (tanto in prima applicazione, quanto in regime definitivo) circa la sussistenza di un mercato adeguato nell'ambito di ciascun servizio di competenza comunale o provinciale. In caso positivo, era posto il divieto per l'ente locale non solo di assumere la gestione del servizio in via diretta, ma anche di procedere all'affidamento con gara dello stesso, dovendo lasciare al libero gioco della concorrenza tra operatori economici la conduzione delle attività. Soltanto in caso di esito negativo della verifica (su cui l'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato era prevista esercitasse ampi poteri di vigilanza e d'intervento), gli enti avrebbero potuto procedere all'esperimento delle procedure di evidenza pubblica per l'individuazione del gestore esclusivo. La concorrenza come principio dominante i servizi locali e, nell'ambito della concorrenza, la liberalizzazione come regola e le gare come eccezione.

Il rilievo pratico della riforma fu subito evidente. Mi pare invece che sia stato poco considerato il suo portato dogmatico. La liberalizzazione del mercato dei servizi pubblici (la cui regolazione sarebbe stata affidata non agli enti locali ma ad autorità indipendenti di regolazione), l'assenza di veri e propri poteri di determinazione delle regole di accesso ai servizi da parte dei comuni, la definizione regionale di bacini sovracomunali, l'impossibilità degli enti di decidere, insieme alla formula di gestione, anche gli obiettivi da conseguire per mezzo della gestione dei servizi, sono tutti elementi che inducevano legittimamente a ritenere che la “località” dei servizi fosse ormai più un elemento lessicale-descrittivo che un dato giuridico sostanziale. A ben vedere, il ruolo degli enti locali era ridotto a quello del re delle mo-



## L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici

narchie democratiche rappresentative; un potente simbolo, un centro d'imputazione formale della titolarità ma svuotato di poteri adeguati a far sì che il servizio fosse indirizzato agli obiettivi che si fossero prefissi gli organi elettivi degli enti locali<sup>42</sup>.

Al termine del processo che ha trasformato gli enti locali da enti amministrativi in enti politici, il dominio delle regole oggettive della tecnica (con cui si caratterizzano la concorrenza e i parametri di efficienza definiti dalle autorità di settore) non avrebbe potuto che sancirne il distacco dai servizi che fino a quel tempo avevano costituito il cuore del loro potere e forse anche la loro prima missione, secondo l'insegnamento di Duguit<sup>43</sup>. La scelta della modalità di organizzazione dei servizi, la definizione delle regole per la loro conduzione, la possibilità d'intervenire direttamente nella loro gestione erano state (al di là dei sofismi e dei possibili "distinguo" della scienza del diritto amministrativo) espressione di una vera e propria discrezionalità politica o, quanto meno, di una ricca discrezionalità amministrativa. Sostituiti quei poteri con quelli legati alla valutazione delle condizioni oggettive del mercato e delle condizioni geomorfologiche del bacino di riferimento ed eccezionalmente alla conduzione delle gare per l'esternalizzazione (poteri per di più vigilati da autorità indipendenti), il ruolo degli enti è divenuto meramente esecutivo, caratterizzato, nella più ottimistica delle ricostruzioni, da valutazioni o apprezzamenti tecnici<sup>44</sup>.

Per chi avesse voluto trarre conseguenze ancor più profonde, era il

<sup>42</sup> Il legame tra il perseguimento delle finalità istituzionali come declinate dalla politica locale e l'azione diretta nella conduzione dei servizi pubblici è ben indagato da S. Valaguzza, *Società miste a partecipazione locale*, Milano, Giuffrè, 2012, 121 ss.

<sup>43</sup> L. Duguit, *Les transformations de droit public*, Paris, Colin, 1913.

Al riguardo, è utile richiamare le considerazioni sulla regolazione ai fini economici nella promozione della concorrenza svolte da L. de Lucia, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, Giappichelli, 2002, 233 ss.

<sup>44</sup> In vigenza del precedente quadro normativo, aveva giustamente considerato F. Li guori, *I servizi pubblici locali. Contendibilità del mercato e impresa pubblica*, Torino, Giappichelli, 2004, 6 s.: «L'itinerario istituzionale che nel tempo ha condotto alla trasformazione della pubblica amministrazione in soggetto dispensatore di prestazioni alla collettività ha riguardato naturalmente e forse principalmente gli enti locali, la cui presenza viene prioritariamente percepita proprio in termini di assicurazione di beni e servizi a vantaggio delle collettività rappresentate. Allo stesso modo, naturalmente, l'attuale processo di liberalizzazione e privatizzazione investe, sia pure con profili peculiari, l'area strategica del servizio pubblico locale». In questi termini, il distacco sostanziale tra la titolarità formale del servizio (ancora imputata all'ente locale) e quella sostanziale del controllo delle attività (lasciata al contendere nel mercato e alle autorità di vigilanza e regolazione) non poteva che incidere sulla vocazione intima degli enti locali e sulla loro funzione generale.

concetto stesso di servizio pubblico locale come lo si era sino ad allora conosciuto ad entrare in crisi, virando decisamente verso il comune concetto di servizio di interesse economico generale<sup>45</sup>.

La Corte costituzionale fu investita della questione di legittimità dell'art. 4 da alcune regioni, formalmente, per la violazione delle competenze legislative loro riconosciute; sostanzialmente, lamentando il contrasto della nuova disciplina con l'esito del *referendum* abrogativo dell'art. 23-bis, del cui contenuto l'art. 4 riproduceva buona parte. La Corte si è pronunciata nella sentenza n. 199/2012, dichiarando l'illegittimità dell'art. 4 per violazione del divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria. La soluzione, ampiamente attesa, non si presta, nella sua formulazione generale, a rilievi critici. Ad una lettura non superficiale, tuttavia, non può sfuggire una motivazione profonda, diversa ed ulteriore da quella tecnica della violazione del divieto. È questa che qui interessa.

Già dai rilievi svolti nei ricorsi emergeva che il *vulnus* avvertito come più difficilmente tollerabile era la compressione (la riduzione a zero, per la verità) degli spazi per gli affidamenti diretti lasciati alle regioni ed agli enti locali, essendo evidente che la disciplina italiana era assai meno favorevole di quella comunitaria in materia. Quel che si è sanzionato, a mio avviso, non è soltanto (e non è tanto) il comportamento del legislatore che non si è curato di ciò che la volontà popolare aveva espresso, ma anche (e soprattutto) il tentativo di strappare l'ambito dei servizi pubblici dalla partecipazione diretta degli enti locali. La funzione di regolazione non è percepita come sufficiente. Perché l'ente non è abituato ad esercitarla o, peggio ancora, perché non sarà affidata a loro. Perché, in fondo, se viene tolto loro il controllo diretto sui servizi pubblici, sentono di non avere leve altrettanto forti di guida e indirizzo delle politiche locali. Perché, in un ambito tanto sensibile, la discrezionalità amministrativa e tecnica non può sostituire la scelta politica.

La concorrenza nei servizi pubblici locali non è più un tabù, certo. A due condizioni, però: che la concorrenza sia soltanto quella *per* il mercato (che lascia comunque il timone all'ente locale) e che sia sempre una scelta dell'ente titolare del servizio, non la regola voluta dal legislatore. *Est modus in rebus*.

<sup>45</sup> L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, a cura di M. P. Chiti e G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, parte speciale, vol. IV, 1791 ss.; M. Delsignore, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, Giuffrè, 2011, 26 ss.

## **L'imperturbabile stabilità dei servizi pubblici**

### *Abstract*

*The history of legal regulations of local public utilities in the last twenty years has been characterized by several contradictory regulatory interventions caused by two opposite forces: one favourable to competition and the other one favourable to public management. The conclusive result, however, is paradoxical: the actual regulation is fundamentally equivalent to the one in force in 1990. The main goal of this paper is just to prove this hypothesis. The second aim is to show how someone's intent to convert the private companies entrusted of public utilities into public entities weight on legal regulation, which snarls up.*

