

## **La separazione tra funzioni di regolazione di gestione nei servizi pubblici di rilevanza economica, secondo il DPR 108 del 2010. Molto rumore per nulla?**

di Guido Sirianni

*(in corso di pubblicazione su Diritto Pubblico)*

1. Nell'ambito della recente riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'art. 23 bis del d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, dalla l. 6 agosto 2008, n. 133 al comma 10 ha autorizzato il Governo ad adottare uno o più regolamenti di delegificazione, a norma dell'art. 17 c. 2 della l. 23 agosto 1988, n. 400 tra i cui fini rientra quello di "prevedere una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina delle incompatibilità".

Nell'esercizio di detta autorizzazione è stato emanato il Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica (DPR 7 settembre 2010, n. 168), il cui art. 8 riguarda, per l'appunto, la distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione.

Le norme del regolamento perseguono tale obiettivo attraverso una serie di incompatibilità e divieti, apparentemente drastici, rivolti a coloro che a vario titolo operano nelle funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo (amministratori, dirigenti, responsabili, consulenti collaboratori), ed ai rispettivi familiari (il coniuge ed i parenti ed affini entro il quarto grado). Esulano viceversa dalla portata dell'art.8 ulteriori non meno rilevanti aspetti del rapporto tra regolatori e regolati, essenziali per assicurare una effettiva e completa separazione di ruoli e per arginare oltre che scambi corruttivi, anche i rischi di "cattura" dei regolatori.

La esatta delimitazione di questo nuovo regime di incompatibilità, nel quale le ragioni dell'etica del mercato si coniugano con quelle dell'etica della politica e della amministrazione, come si tenterà di evidenziare, non è agevole.

Che in un mercato regolato, o per meglio dire, che in ogni mercato regolato, di dimensione comunitaria, nazionale o locale che sia, non debbano ammettersi commistioni o pantouflage tra regolatori e imprese, è cosa di totale evidenza. Incompatibilità, divieti, procedure prescritte di consueto nell'ordinamento degli organi regolatori mirano proprio a ridurre i pericoli di collusioni e di cattura, di trade on-trade off tra regolatori ed imprese.

Il soddisfacimento di tale esigenza, comunque problematico, diviene, poi, particolarmente arduo nel caso di mercati, come quello dei servizi pubblici locali, nei quali per molte ragioni si deve ammettere che un medesimo soggetto pubblico possa, sia pure a certe condizioni, assommare la duplice veste di regolatore e di socio di imprese regolate. Del resto, il travaglio legislativo che, da un ventennio, interessa il settore dei servizi pubblici locali ruota ampiamente proprio intorno al problema di rendere compatibili l'apertura al mercato ed il mantenimento in capo all'ente locale della facoltà di esercitare un ruolo imprenditoriale nella gestione. Mentre, per un verso, attraverso varie strategie, si tenta di conformare per quanto possibile l'azione degli enti locali relativa ai servizi pubblici allo schema di una regolazione obbiettiva orientata al mercato, per l'altro non viene

meno la facoltà degli enti locali di operare nella gestione, nella forma della partecipazione al capitale delle imprese affidatarie.

In questa commistione tra regolazione e partenariato pubblico-privato, i rischi di un trade on-trade off per così dire "interno" tra amministrazione-regolatrice ed amministrazione-socia dell'impresa regolata sono dunque molto elevati, se non inevitabili. Per un verso il regolatore-ente locale può essere indotto ad avere più che un occhio di riguardo nei confronti della impresa di cui la stessa amministrazione è socia (è realistico pensare che l'ente locale possa revocare un affidamento attribuito ad una impresa di cui esso è socio?); per l'altro l'impresa affidataria a partecipazione locale, specie se di grandi dimensioni, può utilizzare il canale di rapporto privilegiato con l'ente locale in strategie di cattura del regolatore o, su scala anche maggiore, di condizionamento della vita politica locale.

In questo contesto, la auspicabile separazione tra regolazione e gestione corre su due piani distinti. Il primo piano è quello del rapporto tra regolatori ed imprese affidatarie in mano privata. La separazione, volta ad impedire conflitti tra interessi pubblici ed interessi privati, richiede, in primo luogo, che i regolatori non possano avere alcun rapporto, diretto o indiretto con l'impresa regolata; in secondo luogo, che la interdizione si protragga per un tempo ragionevole, anche dopo la cessazione dalla funzione di regolazione.

Il secondo piano è quello del rapporto intercorrente tra regolatori ed imprese con capitale misto pubblico-privato. Visto che è oggettivamente impossibile pretendere che l'ente locale, nella sua qualità di socio non abbia rapporti con l'impresa regolata, l'unica via che appare percorribile, nell'intento di ridurre i pericoli di conflitti tra interessi entrambi pubblici, è quella di operare una separazione funzionale tra ente-socio ed ente-regolatore. All'interno del medesimo ente locale, la mano destra non dovrebbe sapere ciò che fa la sinistra. Chi svolge compiti di regolazione non dovrebbe, dunque, né partecipare alla scelta dei rappresentanti dell'ente in seno alle imprese regolate, né poter cumulare la veste di regolatore e di rappresentante, né poter divenire rappresentante dell'ente locale azionista, in seno alle imprese regolate, dopo aver cessato il ruolo di regolatore, se non dopo un adeguato periodo di raffreddamento.

Ai fini di una migliore comprensione delle soluzioni al problema appena indicato, quali prospettate nel DPR 168 pare utile trarre lumi dalle esperienze legislative precedenti riguardanti le autorità indipendenti di regolazione dei servizi di pubblica utilità (legge 14 novembre 1995, n.481), e passare poi all'esame delle incompatibilità previste dalla disciplina concernente gli amministratori ed i dipendenti pubblici locali allo scopo di prevenire i conflitti di interesse e gli intrecci tra controllato e controllore connessi allo svolgimento di attività economiche.

Il confronto di tali discipline permetterà di comprendere quali siano i vuoti e le carenze normative che l'art. 8 del DPR 168 ha inteso colmare, e di valutare in che misura il decreto abbia effettivamente conseguito l'obiettivo della netta distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione assegnato dalla legge.

2. L'ordinamento delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, AEEG e AGCOM, nell'intento di preservarne l'indipendenza e la credibilità impone a carico dei componenti un regime di incompatibilità particolarmente severo che, in una forma attenuata, riguarda anche i dipendenti (art. 2 commi 8, 9 e 31 l. 14 novembre 1995, n. 481<sup>1</sup>).

Relativamente ai componenti delle Autorità, in primo luogo, il comma 8 dell'art.2 oltre a vietare, a pena di decadenza, che essi possano esercitare, in modo tanto indiretto, quanto indiretto, attività professionali o di consulenza, o possano essere amministratori o dipendenti di soggetti pubblici o

<sup>1</sup> Tali norme si applicano alla AGCOM secondo quanto prescritto dall'art. 1 c.5 della legge 249/ 1997.

privati o ricoprire uffici pubblici di qualsiasi natura, ivi compresi gli incarichi elettivi o di rappresentanza nei partiti politici, proibisce ulteriormente che essi possano avere "interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nel settore di competenza". Alle incompatibilità propriamente dette, rispetto ad ogni ulteriore attività o carica si aggiunge, dunque, il divieto di intrattenere ogni interesse d'ordine economico, diretto o indiretto, con le imprese regolate.

I regolamenti d'organizzazione di AEEG e di AGCOM<sup>2</sup> specificano a tale riguardo che per poter accedere alla carica i componenti devono preventivamente dichiarare di non versare nelle incompatibilità e dei divieti posti dal comma 8 dell'art. 2 e prescrivono le procedure di contestazione e di diffida che le Autorità devono avviare, in vista di provvedimenti decadenziali, che restano tuttavia di competenza dei soggetti titolari del potere di nomina.

In secondo luogo, il comma 9 dell'art.2 impone ai componenti un divieto post-mandato per *almeno* quattro anni, relativo alla possibilità di intrattenere, in modo diretto o indiretto, rapporti di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore di competenza e prevede gravi sanzioni amministrative, a carico tanto degli ex componenti quanto delle imprese.

Allo scadere del mandato cessano, dunque, le generali incompatibilità ed i divieti previsti dal comma 8, cui subentra, per un quadriennio, un divieto di portata specifica, che non preclude al soggetto di avere interessi di sorta nelle imprese regolate, ma, più limitatamente, di intrattenere con esse rapporti di collaborazione, consulenza ed impiego.

Come ha correttamente evidenziato la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la ratio di tale norma, è duplice, e consiste, da un lato, nell'impedire che "l'esercizio della carica sia inquinato anche solo dal sospetto di future utilità personali", e, dall'altro lato, nell'evitare "che la peculiare esperienza e le relazioni maturate dai componenti delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità durante lo svolgimento dell'incarico possano essere utilizzate, dopo la cessazione dell'incarico stesso, da imprese operanti nei rispettivi settori al fine di trarne utili e vantaggi incompatibili con la trasparenza e la parità della competizione nel mercato. Ed infatti, le sanzioni, di entità ragguardevole, sono previste sia a carico degli ex componenti delle Autorità che a carico degli imprenditori che abbiano violato il divieto". (Cons. Stato, Sez.I, parere 14 gennaio 2004, n. 3314/2003; Cons. Stato sez. VI, 30 gennaio 2007, n.341).

Il divieto post-mandato oggettivamente incide su diritti costituzionalmente garantiti quali il diritto al lavoro e la libertà di iniziativa economica, senza che ciò integri profili di illegittimità costituzionale, visto che le scelte operate dal legislatore paiono discendere da un adeguato bilanciamento tra il sacrificio imposto ai richiamati diritti, ed altri interessi di rilevante pregio, quali l'imparzialità e il buon andamento della pubblica amministrazione, la tutela della concorrenza e, nel caso dell'AGCOM, anche la libertà ed il pluralismo dell'informazione<sup>3</sup>. Va del resto notato che,

---

<sup>2</sup> Regolamento di organizzazione e funzionamento AEEG (del. GOP 36/10) art.2; Allegato Del. AGCOM 9 ottobre 2002 n.316/02/Cons, art.2. La disciplina recata dalle norme di legge e dai regolamenti è integrata dai codici etici deliberati dalle Autorità, che si indirizzano tanto ai componenti quanto ai dipendenti. Particolarmente accurato appare il Codice etico AEEG, le cui norme sono applicabili anche a terzi cui siano conferiti incarichi di studio, ricerca, consulenza. Tale regolamento (art.6) oltre a dettare una disciplina molto rigorosa del dovere di astensione, esteso anche al caso in cui, pur in assenza di un effettivo conflitto di interessi, la partecipazione del soggetto alla deliberazione o alla attività possa ingenerare "sfiducia nella indipendenza ed imparzialità della Autorità", impone a componenti e dipendenti di informare per iscritto dei rilevanti interessi che essi, il coniuge, i parenti entro il terzo grado o i soggetti conviventi abbiano, per quanto di propria conoscenza, nei settori di competenza della Autorità, e di fornire eventualmente al Garante etico informazioni circa la propria situazione patrimoniale e tributaria.

<sup>3</sup> .Dubbi circa la legittimità della norma di cui all'art. 2, comma 9°, della l. n. 481/1995, in relazione agli artt. 2, 3, 4 e 51 Cost. sono stati respinti da Cons. Stato sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341), con la seguente argomentazione: "E' manifestamente infondato, in primo luogo, il dubbio che fa leva sulla pretesa violazione dell'art. 3 della Costituzione, in relazione al trattamento deteriore che subirebbero i componenti dell'AGCOM rispetto a quelli di altre Authorities (ed

in via generale, i regimi di incompatibilità ed i divieti, per il fatto stesso di restringere il diritto costituzionalmente riconosciuto ad ogni cittadino a poter accedere in condizioni di eguaglianza agli uffici pubblici, non possono essere mai imposti dalla legge in modo indiscriminato, ma devono rispecchiare canoni di ragionevolezza e di proporzionalità. Il fatto che un divieto riguardi non il periodo del mandato, ma quello successivo, non viene di per se ad escludere la possibilità di un ragionevole e proporzionale bilanciamento degli interessi coinvolti, ma sollecita piuttosto la necessità di una accurata valutazione delle specifiche situazioni che anche dopo la conclusione del mandato possono presentarsi.

La violazione del divieto, necessariamente col concorso sia dell'ex componente, sia della impresa, è a norma dell'art. 2 c. 9 punita, salvo che il fatto costituisca reato, con una sanzione pecuniaria pari, nel minimo, alla maggiore somma tra 50 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito e, nel massimo, alla maggiore somma tra 500 milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito. All'imprenditore che abbia violato tale divieto si applica la sanzione amministrativa pecuniaria pari allo 0,5 per cento del fatturato e, comunque, non inferiore a 300 milioni di lire e non superiore a 200 miliardi di lire, e, nei casi più gravi o quando il comportamento illecito sia stato reiterato, la revoca dell'atto concessivo o autorizzativo. Le sanzioni sono dunque molto pesanti (anche se graduabili in ragione della gravità della condotta), e trovano giustificazione nel fatto di essere poste a protezione tanto della credibilità ed imparzialità delle autorità, quanto del corretto comportamento delle imprese operanti nel mercato regolato.<sup>4</sup>

Anche al personale delle Autorità la legge riserva un regime di incompatibilità rigoroso, pur se in misura meno intensa di quella riguardante i componenti.

---

in particolare di quelli dell'Autorità Garante della Concorrenza), sottoposti ad un regime di incompatibilità solo in costanza di mandato. A tale sospetto è agevole, infatti, replicare che il modello delle Authorities riflette uno schema generale ed astratto che si cala in organismi profondamente eterogenei, sotto i profili dei settori, dei compiti, dei poteri, e dello stesso tasso di indipendenza. Ne deriva, in linea di principio, l'insindacabilità della scelta discrezionale posta in essere dal legislatore in funzione di un tertium comparationis eterogeneo. Si deve, poi aggiungere che i compiti dell'AGCOM trascendono le funzioni di mera vigilanza e concernono la regolazione di un settore di particolare sensibilità ove viene in rilievo la salvaguardia del valore costituzionalmente primario del pluralismo; donde la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità del legislatore nel senso della predisposizione di un regime di incompatibilità successiva rigoroso, tanto più perché circoscritto ad un solo limitato settore di attività. La Sezione reputa manifestamente infondati anche i dubbi che fanno leva sul carattere eccessivo ed ingiustificato del divieto, irragionevolmente compressivo del "diritto al lavoro", come pure della relativa sanzione, in violazione degli artt. 3, II comma, e 4 della Carta costituzionale. Si deve rammentare, una volta ancora, che il regime di incompatibilità, secondo quanto evidenziato anche dal Consiglio di Stato, Sez. I, con il parere n. 3314/03, è posto a garanzia dell'effettività della previsione dell'art. 2, V comma, della l. n. 481/1995, alla stregua del quale "le Autorità operano in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione" (norma poi ribadita dall'art. 1, I comma, della legge istitutiva dell'AGCOM). La particolare pregnanza dei valori costituzionali protetti, afferenti alla primaria tutela del pluralismo informativo e dell'imparzialità amministrativa in settori sensibili, conduce allora al precipitato della non sindacabilità di una scelta legislativa volta a sintetizzare valori costituzionali contrapposti, dando la stura ad una limitata compressione del diritto al lavoro in vista della tutela di essenziali interessi pubblici anch'essi di respiro costituzionale. I confini temporali della compressione del diritto al lavoro ed alla carriera conoscono, poi, una cornice temporale (quattro anni) che non risulta sovrabbondante, se comparativamente ponderata con gli interessi pubblici perseguiti. Per le stesse ragioni non sembra vulnerato il diritto alla conservazione del posto di lavoro in caso di assolvimento di funzioni pubbliche elettive, ex art. 51 Cost.; e tanto, specie se si pone mente al caso in esame, nel quale la norma è stata applicata al solo fine di stigmatizzare una progressione lavorativa straordinaria onde posticiparla al decorso di un turno di tempo che si è visto essere non incongruo. Infine, la stessa cornice sanzionatoria, come si vedrà in seguito, non risulta sproporzionata se traguadata in rapporto alla valenza costituzionale degli interessi pubblici tutelati". (Cons. Stato sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341).

<sup>4</sup> La giurisprudenza (Cons. Stato sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 341) rimarca come le scelte sanzionatorie del legislatore risultino ragionevoli, in ragione della rilevanza costituzionale degli interessi tutelati e nella necessità di munire il divieto di una deterrenza effettiva, rapportata alla forza economica delle imprese.

L'art. 2 c.31 della l. 481 non solo vieta di assumere qualsiasi altro impiego e di esercitare altre attività professionali, anche occasionali, ma impone al personale dipendente la ulteriore proibizione di avere comunque interessi diretti o indiretti nelle imprese del settore.

Le sanzioni poste a tutela di tali divieti sono severe: alla decadenza dall'impiego si assomma infatti una sanzione pecuniaria compresa tra un minimo di cinque milioni di lire ed un massimo nella maggiore somma tra cinquanta milioni di lire e l'importo del corrispettivo percepito.

La legge, diversamente che nel caso dei componenti delle Autorità, non prevede a carico dei dipendenti divieti post-carica. Tale lacuna è solo parzialmente colmata dal codice etico della AEEG, che chiede comunque ai dipendenti con qualifica di dirigente, (pur in assenza di obblighi di legge e di correlate sanzioni amministrative pecuniarie) per almeno due anni dal momento della cessazione del rapporto di lavoro con la Autorità, di non intrattenere rapporti di lavoro, di collaborazione, di consulenza coi soggetti operanti nei settori di competenza della Autorità, né di assumere funzioni di amministrativo delle stesse, salvo casi particolari, rimessi alla valutazione preventiva della Autorità, sentito il Garante del Codice etico<sup>5</sup>.

3. L'ordinamento degli enti locali e del pubblico impiego locale, a differenza di quello delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità, si ispira all'esigenza di preservare non già prerogative di indipendenza ma principi generali di imparzialità e buon andamento della p.a., nell'ambito di apparati chiamati a dispiegare molte e disparate attribuzioni nei quali le ragioni della politica e quelle della amministrazione devono coesistere, sulla base del principio della distinzione dei ruoli.

Ciò premesso, il personale locale, tanto politico, quanto burocratico, soggiace a discipline di ineleggibilità, di incompatibilità e di astensione che perseguono il comune intento di prevenire l'insorgere di conflitti di interessi e di funzioni. Ai fini del nostro discorso, è opportuno tracciare un sintetico prospetto delle previsioni normative intese a prevenire quei conflitti di interessi, come di funzioni, che possono nascere da rapporti intercorrenti tra gli agenti locali (amministratori locali e dipendenti locali) e le imprese locali.

a) Il personale politico degli amministratori locali.

A norma dell'art. 60 c.3 n. 10 TUEL sono ineleggibili "i legali rappresentanti e i dirigenti delle società per azioni con capitale superiore al 50% rispettivamente del comune e della provincia". L'ineleggibilità viene tuttavia meno nel caso di cessazione della carica per dimissioni, trasferimento, revoca, aspettativa entro il giorno precedente la presentazione della candidatura (art. 60, c.3).

Lo stesso TUEL prescrive inoltre (art. 61 c1 bis) che non possono ricoprire la carica di sindaco o presidente della provincia "coloro che hanno ascendenti o discendenti ovvero parenti e affini fino al secondo grado che coprano nelle rispettive amministrazioni il posto di appaltatore di lavori o di servizi comunali o provinciali o in qualunque modo loro fideiussore".

Il ventaglio delle incompatibilità è ampio e comprende:

- "l'amministratore o il dipendente con poteri di rappresentanza o di coordinamento di ente, istituto o azienda soggetti a vigilanza in cui vi sia almeno il 20 per cento di partecipazione rispettivamente da parte del comune o della provincia o che dagli stessi riceva, in via continuativa, una sovvenzione in tutto o in parte facoltativa, quando la parte facoltativa superi nell'anno il 10 per cento del totale delle entrate dell'ente" (art. 63 c.1, n.1)

- "colui che come titolare, amministratore, dipendente con poteri di rappresentanza e di coordinamento ha parte, direttamente o indirettamente, in servizi, esazione di diritti,

<sup>5</sup> Art.6, c.7 e 8

amministrazioni e appalti, nell'interesse del comune e della provincia, ovvero in società ed imprese volte al profitto di privati, sovvenzionate da detti enti in modo continuativo, quando le sovvenzioni non siano dovute in forza di una legge dello Stato o della Regione" (art. 63, c.1 n. 2);

- "il consulente legale, amministrativo e tecnico che presta opera in modo continuativo in favore delle imprese di cui ai numeri 1 e 2 del presente comma" (art. 63, c.1, n. 3);
- coloro che, in corso di mandato, vengano a trovarsi in una condizione di ineleggibilità (art. 61, c.1, n. 7).

Tanto le ineleggibilità, quanto le incompatibilità importano la sanzione della decadenza dalla carica, secondo le procedure di contestazione previste dall'art. 69, ma possono essere sanate, nei casi in cui ciò è possibile, attraverso l'esercizio dell'opzione.

Alle ineleggibilità ed alle incompatibilità si aggiungono ulteriori prescrizioni, sia di carattere generale, volte a prevenire conflitti di interesse:

- gli amministratori locali "devono astenersi dal prender parte alla discussione ed alla votazione di delibere riguardanti interessi propri o di loro parenti o affini fino al quarto grado" (art. 78 c.2);
- "il coniuge, gli ascendenti, i discendenti, i parenti ed affini fino al terzo grado del sindaco e del presidente della giunta provinciale non possono (...) essere nominati rappresentanti del comune e della provincia" (art. 64 c. 4).<sup>6</sup>

Nel loro insieme, le prescrizioni in oggetto, volte ad impedire in via preventiva la possibilità che controllore e controllato, finanziatore e finanziato, beneficiario di prestazioni e fornitore delle prestazioni (situazioni che si possono tra loro sovrapporre) possano confondersi, dando luogo a conflitti di funzioni e a conflitti di interessi, pur nella loro eterogeneità, e nonostante una serie di limiti<sup>7</sup>, non sembrano lasciare spazi significativi alla possibilità che gli amministratori locali, fintanto che sono in carica, accedano ad incarichi relativi alla gestione dei servizi pubblici locali affidati dall'ente ad imprese tanto private quanto miste. Toglie comunque ogni dubbio in proposito l'art. 78 c. 5 TUEL che, con una norma di chiusura, inibisce al sindaco, al presidente della provincia, agli assessori ed ai consiglieri di ricoprire incarichi e assumere consulenze presso enti ed istituzioni dipendenti o comunque sottoposti al controllo ed alla vigilanza dell'ente locale.

Dunque, la disciplina riservata dal TUEL agli amministratori locali risulta del tutto coerente con l'esigenza di tenere separate le funzioni di regolazione da quelle di gestione. Il suo limite può essere ravvisato nel fatto che incompatibilità e divieti, allo spirare del mandato politico, vengono meno, lasciando agli ex amministratori locali una indiscriminata possibilità di accedere a cariche e funzioni nelle imprese regolate, il che rende possibile un pantouflage che può risultare pregiudizievole per la credibilità della regolazione.

---

<sup>6</sup> L'art. 42 c.2 TUEL riserva ai consigli il potere di definire gli indirizzi per la nomina e la designazione dei rappresentanti dei comuni e le provincie presso enti, aziende ed istituzioni e quello di provvedere direttamente alle nomine stesse, nel caso in cui così sia disposto dalla legge.

<sup>7</sup> Ad es. non si giustificano la limitazione della ineleggibilità prevista dall'art. 60, c.1 n.11 alle sole società con partecipazione locale superiore al 50% (l'art. 25 bis impone che la partecipazione, nel caso dei servizi pubblici di rilevanza economica, non debba essere superiore al 40%) o la mancata estensione della mancata estensione ai consiglieri ed agli assessori della preclusione della possibilità di accedere alla carica, se parenti di appaltatori di servizi locali, posta a carico di sindaci e presidenti delle provincie dall'art. 61 c.1 bis. Considerazioni analoghe vanno fatte per la soglia minima del 20% della partecipazione locale che fa scattare la incompatibilità di cui all'art. 64 c.1 n.1 o per il requisito di continuità delle prestazioni dei consulenti, richiesta per la incompatibilità dell'art. 63 c.1 n.3. Va infine ricordato che l'art. 67 TUEL prevede una generale esimente per le ineleggibilità e le incompatibilità relativamente agli incarichi e le funzioni conferite agli amministratori da norme di legge, statuto o regolamento, in ragione del mandato elettivo.

b) I dipendenti locali.

Nel caso dei dipendenti locali l'esigenza di prevenire il pericolo di conflitti di interesse e di funzioni, trova risposte nell'ambito del regime pubblicistico delle incompatibilità stabilito dalla legge e variamente svolto nell'ambito di regolamenti organici e contratti. In particolare, vanno richiamate le incompatibilità sancite dal TU n.3 del 1957 e richiamate dall'art. 53 D.lgs 30 marzo 2001, n. 165, come mod. dal D.lgs 27 ottobre 2009, n.150, che preservando il carattere esclusivo della prestazione lavorativa e la dedizione del dipendente, precludono a questi la possibilità di svolgere attività anche solo potenzialmente configgenti con le funzioni e i doveri d'ufficio: a norma dell'art.60, il pubblico dipendente non può infatti esercitare il commercio, l'industria, né alcuna professione o assumere impieghi alle dipendenze di privati o accettare cariche in società costituite a fine di lucro, a pena della decadenza dall'impiego. Pertanto non è in alcun modo possibile che il dipendente locale, fintanto che resti tale, ricopra incarichi professionali o cariche di sorta presso le imprese che gestiscono servizi locali. Lo statuto dei pubblici impiegati consente poi che il dipendente possa assumere cariche sociali, ma solo in condizioni particolari<sup>8</sup>, e cioè quando la carica deve essere svolta, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, senza che possa insorgere alcun conflitto di interessi ed alcun pregiudizio per l'imparzialità ed il buon andamento della pubblica amministrazione.

In conclusione, tanto gli amministratori, quanto i dipendenti locali, alla luce di quanto dispone la normativa vigente, non hanno facoltà di assumere e svolgere funzioni attinenti alla gestione dei servizi pubblici locali, presso le imprese cui i servizi sono affidati. Nulla viceversa impedisce che essi, quando cessino dalla carica o dal rapporto, possano intraprendere tali attività. Se così è, laddove si ritenesse necessario rafforzare una separazione tra compiti di regolazione e compiti di gestione già immanente nell'ordinamento locale si renderebbe opportuno colmare qualche lacuna presente nel regime delle ineleggibilità ed incompatibilità degli amministratori locali, ed aggiungere alle incompatibilità gravanti su coloro che esercitano funzioni di regolazione il divieto, simile a quello posto ai componenti delle Autorità, di avere comunque interessi diretti o indiretti nelle imprese di servizi regolate. Non meno necessaria sarebbe, inoltre, la istituzione di un divieto che precludesse agli amministratori locali ed ai dipendenti locali, dopo la loro cessazione e per un tempo ragionevole, la possibilità di svolgere consulenze, di instaurare rapporti di lavoro, di assumere cariche presso le imprese affidatarie, senza distinzione tra imprese totalmente private ed imprese miste, secondo lo schema già seguito nel caso delle amministrazioni indipendenti di regolazione dei servizi pubblici.

5. A questo punto è possibile passare all'esame delle disposizioni contenute nell'art. 8 del regolamento e nella legge che lo ha autorizzato, per rispondere ad alcuni quesiti di fondo: cosa si aggiunge alle incompatibilità ed ai divieti già contenuti nel TUEL e nel D.lgs 165/2001? In che

---

<sup>8</sup> Nei casi stabiliti dalla legge o quando ne sia autorizzato con deliberazione del Consiglio dei Ministri, l'impiegato può partecipare all'amministrazione o far parte di collegi sindacali in società o enti ai quali lo Stato partecipi o comunque contribuisca, in quelli che siano concessionari dell'amministrazione di cui l'impiegato fa parte o che siano sottoposti alla vigilanza di questa. Nei casi di rilascio dell'autorizzazione prevista dal presente comma l'incarico si intende svolto nell'interesse dell'amministrazione di appartenenza del dipendente ed i compensi dovuti dalla società o dall'ente sono corrisposti direttamente alla predetta amministrazione per confluire nelle risorse destinate al trattamento economico accessorio della dirigenza o del personale non dirigenziale.(art.62, come modificato dall'art.6 c.4 l.n.122 del 2010).

misura la disciplina riguardante gli amministratori locali ed i dipendenti locali si avvicina a quella delle Autorità indipendenti di regolazione? Sotto quale profilo la disciplina regolamentare corregge alcune carenze riscontrabili anche nella disciplina delle Autorità?

In via preliminare è necessario sottolineare che il regolamento autorizzato non si inquadra nell'ambito di un complessivo riassetto del regime delle ineleggibilità e delle incompatibilità locali, ma nel contesto assai più circoscritto di una riforma riguardante le sole modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali, e, ancora più restrittivamente, quelle relative ai servizi di rilevanza economica. A ciò va aggiunto che l'art. 25 c.10 lett. c) della legge non individua con la necessaria precisione l'ambito materiale del regolamento autorizzato, e tantomeno soddisfa l'esigenza di stabilire le "norme generali regolatrici della materia", come prescrive l'art.17 c.2 della l.400/1988, ma si limita a richiedere "una netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina delle incompatibilità". Di fatto, come sovente si verifica nella mala pratica della delegificazione, la legge si limita ad indicare un obiettivo, peraltro in modo assai generico, con la conseguenza di rendere molto incerti i limiti di ambito e di contenuto della disciplina regolamentare autorizzata.

Sotto altro profilo, appare dubbia la stessa possibilità che la disciplina delle incompatibilità possa essere rivista attraverso regolamenti di delegificazione. L'art. 51 c.1 Cost. stabilisce infatti una riserva di legge circa i requisiti di accesso dei cittadini ai pubblici uffici ed alle cariche elettive, nei quali indubbiamente si comprende la materia delle incompatibilità. La portata di tale riserva è stata più volte oggetto di analisi, in particolare sotto il profilo della individuazione della fonte primaria idonea a soddisfarla (statale e regione), anche alla luce delle mutate attribuzioni regionali in materia, in ragione del vigente art. 122 c.1 Cost., mentre è rimasto in ombra il problema relativo alla presenza di una riserva assoluta o solo relativa. In realtà è fuor di dubbio che le fonti regolamentari siano abilitate a dare svolgimento ed attuazione alle incompatibilità stabilite dalla legge, senza poter tuttavia andare oltre tale limite, in senso estensivo o riduttivo<sup>9</sup>, come del resto avviene assai frequentemente. In realtà la delicatezza della materia dell'accesso ai pubblici uffici, testimoniata, tra l'altro, dalla sua esclusione dall'ambito della contrattazione, nell'ambito della disciplina del pubblico impiego, induce a propendere a favore di una qualificazione della riserva come assoluta, e quindi preclusiva della delegificazione, in ragione della necessità che la stessa legge provveda ad individuare le fattispecie con la necessaria *tassatività* e *determinatezza*. E' del resto significativo che proprio in ragione di tali requisiti la analoga riserva di legge stabilita dall'art. 65 Cost, relativamente alle condizioni di eleggibilità e compatibilità dei membri delle Camere sia qualificata

---

<sup>9</sup> "non è competenza dello statuto dell'Ente prevedere delle deroghe alle fattispecie di ineleggibilità o incompatibilità previste dalla legge (artt. 60 e 63), in quanto ciò non si concilia con l'art. 51 Cost. che assoggetta alla riserva di legge la definizione dei requisiti per accedere e mantenere le cariche elettive. Lo statuto potrà attuare e tutt'al più adeguare allo specifico assetto organizzativo dell'Ente

le disposizioni adottate dal legislatore primario. Conclusivamente, quindi, sono da ritenersi illegittime le disposizioni statutarie che dispongono difformemente dalla legge, sia prima che dopo l'entrata in vigore del novellato Titolo V della Costituzione di cui alla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001. Tale interpretazione è ora rafforzata dal novellato art. 117, comma 1, lett. P) della Costituzione, che attribuisce in via esclusiva allo Stato la materia elettorale riguardante Comuni, Province e Città metropolitane. La materia elettorale, pertanto, oltre che essere coperta da riserva di legge, costituisce un settore del tutto precluso alla potestà regolamentare e statutaria degli enti locali, per cui l'art. 67 del DLgs n. 267/2000, collocandosi in tale contesto, va interpretato nel senso che il riferimento allo "Statuto o regolamento" è limitato alla potestà dell'Ente locale di emanare le norme di dettaglio di attuazione delle disposizioni adottate dal legislatore primario, e che, comunque, in nessun caso possa consentirsi, nel rispetto del dettato costituzionale e della gerarchia delle fonti, che la fonte secondaria determini l'inefficacia di impedimenti definiti in modo puntuale e concreto dal legislatore". (Corte dei Conti Sezione Regionale di Controllo per la Calabria 12 febbraio 2009).

in dottrina come “assoluta”.<sup>10</sup> Infine, ove si ammettesse la idoneità di una fonte delegificante, risulterebbe evidente la illegittimità di una autorizzazione in bianco, come quella rilasciata dall’art. 25-bis c.10 lett. c. che omette di individuare con la necessaria nitidezza le fattispecie, sia pure nel contesto di “norme generali”.<sup>11</sup>

5.1. Le prescrizioni contenute nell’art. 8 del decreto si propongono il duplice obiettivo di distinguere le funzioni di regolazione e quelle di gestione (commi 1-3), e di rafforzare la neutralità delle commissioni di gara (c. 4-8).

Nell’intento di distinguere tra regolazione e gestione, l’art. 8 detta una serie di divieti di varia natura e destinazione. In primo luogo si dispone che (c.1), “gli amministratori, i dirigenti e i responsabili degli uffici o dei servizi dell’ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo di servizi pubblici locali non possono svolgere incarichi inerenti la gestione dei servizi affidati da parte dei medesimi soggetti”, aggiungendo che “il divieto si applica anche nel caso in cui le dette funzioni sono state svolte nei tre anni precedenti il conferimento dell’incarico inerente la gestione dei servizi pubblici locali”.

In secondo luogo, l’art. 8 c.2 del regolamento prescrive che il divieto previsto al primo comma operi anche nei confronti di altri soggetti, per così dire estranei alla amministrazione locale e cioè “nei confronti del coniuge, dei parenti e degli affini entro il quarto grado dei soggetti indicati allo stesso comma, nonché nei confronti di coloro che prestano, o hanno prestato nel triennio precedente, a qualsiasi titolo attività di consulenza o collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che hanno affidato la gestione del servizio pubblico locale”.

In terzo luogo, l’art. 8 c.3 vieta che gli amministratori locali di enti che detengano quote di partecipazione in società, ove abbiano ricoperto la carica nel triennio precedente, possano essere nominati amministratori delle società partecipate.

In buona sostanza, i divieti sono due: il primo, di portata più ampia, copre il conferimento e lo svolgimento di “incarichi concernenti la gestione”, e si indirizza ad una serie di soggetti: gli amministratori, i dirigenti, i responsabili etc., e cioè, i soggetti che svolgono funzioni regolatorie; i loro congiunti; i consulenti ed collaboratori. Il secondo divieto, più circoscritto, riguarda la possibilità di essere nominati amministratori nelle società a partecipazione locale, e interessa coloro che nel triennio precedente abbiano ricoperto la carica di amministratore locale. Tali divieti, per la loro stessa natura, si indirizzano ovviamente anche a coloro che potrebbero conferire gli incarichi, e cioè tanto le imprese, quanto l’ente locale (nel caso delle partecipate).

5.2 Il primo divieto, come appena notato, ha una portata generale: la norma infatti non contiene una elencazione, tassativa o meno, dei rapporti vietati (consulenze, rapporti di lavoro, cariche societarie) ma si riferisce a ogni apporto riferibile alla “gestione”, e cioè alla sfera riservata alla responsabilità della impresa cui l’ente locale ha affidato il servizio. La formulazione, nella sua ellitticità, non sembra lasciare spazio ad eccezioni o deroghe.

I destinatari del divieto non si identificano, tout court, con gli amministratori ed i dipendenti locali, ma sono individuati dall’art.8 c.1 in base ad un duplice e concorrente requisito di ruolo e di funzione: la norma fa riferimento infatti sia a precise posizioni apicali (quelle di “amministratore”,

<sup>10</sup> Così G. Rivosecchi, *I fondamenti giuridici e i profili interpretativi dell'istituto dell'ineleggibilità sopravvenuta per i membri delle Camere*, in *Amministrazione In Cammino* (s.d., ma del luglio 2010).

<sup>11</sup> Ciò trova conferma nel fatto che lo stesso DPR non include tra le norme espressamente abrogate individuate nell’art. 12 alcuna delle disposizioni del TUEL riguardanti le ineleggibilità e le incompatibilità.

“dirigente”, “responsabile” dell’ente locale o di altri organismi), sia a specifiche funzioni (quelle di “stazione appaltante”, di “regolazione”, di “indirizzo e controllo” di servizi pubblici locali). La conseguenza di ciò è che, per stabilire quali siano gli amministratori ed i dipendenti locali interessati a questo speciale divieto si renderà necessario procedere, ente per ente, ad una puntuale e non semplice ricognizione di funzioni e responsabilità.

Quanto all’ambito temporale di validità del divieto, esso corrisponde alla durata delle funzioni regolatorie (e non alla durata della carica) e si protrae automaticamente ed inderogabilmente, al cessare di queste, per un triennio.

La estensione del divieto oltre la durata della funzione approssima il regime dei regolatori locali a quello previsto per AEEG e AGCOM (a parte che per la durata, triennale anziché quadriennale) e corrisponde alla medesima ratio.

La possibilità di assumere incarichi concernenti la gestione e’ dunque rinviata al termine di un lungo periodo di raffreddamento, che l’ interessato non ha la possibilità di accorciare o eliminare.

Merita tuttavia rimarcare che la applicazione del divieto potrebbe incontrare un serio limite, nel caso degli amministratori locali i quali, già precedentemente alla loro elezione, intrattenessero rapporti di lavoro presso le imprese regolate. Costoro, al termine del mandato, potrebbero cioè rivendicare il diritto a ripristinare i rapporti rimasti sospesi in corso di mandato, anche alla luce dell’art. 51 u.c. Cost., che garantisce a quanti siano chiamati a funzioni elettive la conservazione del posto di lavoro. Sul possibile contrasto tra il divieto post-mandato di accedere a cariche e diritto alla conservazione del posto di lavoro, e sui modi per risolverlo, attraverso una interpretazione della norma conforme a Costituzione, con bilanciamento tra opposti ed egualmente meritevoli interessi, ha avuto già occasione di pronunciarsi la giurisprudenza amministrativa relativamente al noto caso di un ex componente eleivo dell’AGCOM, già in precedenza dipendente RAI, nominato direttore generale dell’Ente radiotelevisivo prima che trascorresse il quadriennio richiesto dall’art. 2 c.9 della Legge 481 del 1995<sup>12</sup>.

Il divieto di svolgere incarichi, negli stessi limiti temporali, è esteso dall’art. 8 c.2 ad una vasta cerchia di familiari. La ratio, evidente, e’ quella di impedire tanto aggiramenti del divieto, quanto pratiche familistiche. Va dato merito al regolamento di aver affrontato un nodo difficile<sup>13</sup>, che la

---

<sup>12</sup> Secondo tale giurisprudenza (TAR Lazio sez. III, 21 luglio 2006, n. 6181, conf, da Cons. Stato sez. VI, 20 gennaio 2007, n. 341) “ in astratto, qualsivoglia rapporto di collaborazione, di consulenza o di impiego con le imprese operanti nel settore è precluso agli ex componenti dell’Autorità per i quattro anni successivi alla cessazione dell’incarico”; tuttavia, tale regime deve essere “armonizzato con le varie evenienze che possono presentarsi nella realtà giuridica, ove espressive di interessi altrettanto meritevoli di tutela da parte dell’ordinamento. E così è nel caso di specie, ove, a fronte della previsione dell’art. 2, IX comma, della legge n. 481/1995, si pone la necessità di tutelare anche la posizione soggettiva di un componente dell’A.G.COM. che, già al momento del conferimento di tale carica elettiva, era dipendente di un’impresa operante nel settore della telecomunicazione, e per il quale, quindi, opera la garanzia di cui all’art. 51, III comma, della Costituzione (...). Il problema giuridico non è dunque riducibile all’alternativa tra la configurabilità o l’esclusione dell’incompatibilità, ma si incentra piuttosto nell’esigenza,(...), di pervenire ad una lettura conforme a Costituzione del dato normativo implicato nella fattispecie in esame, che richiede un bilanciamento di interessi e valori configgenti. E’, d’altronde, costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale quello per cui, dinanzi ad un contrasto interpretativo, od anche ad una aporia del sistema, prima di dubitare della legittimità costituzionale della norma, con riferimento ai parametri specificati al quinto motivo di ricorso, occorre perseguire l’obiettivo di un’interpretazione costituzionale della stessa ”.

<sup>13</sup> Anche quando esigenze di trasparenza e di controllo sul conflitto di interessi riguardanti cariche politiche ai massimi livelli (parlamentari, membri del governo) hanno richiamato la necessità di coinvolgere i familiari, sotto forma non di incompatibilità, ma di obbligo di dichiarazione di situazioni patrimoniali e di interessi, il legislatore si mostrato infatti assai cauto (i familiari dei parlamentari hanno la facoltà, senza esserne obbligati, di allegare le loro dichiarazioni patrimoniali a quelle richieste ai loro congiunti dalla legge n.441 del 1982; la legge 215 del 2004 sul conflitto di

stessa, pur severa disciplina delle autorità indipendenti di regolazione aveva eluso, limitandosi a richiedere che i componenti non mantengano con le imprese regolate rapporti di interesse diretti o indiretti, senza tuttavia mai nominare, tra i rapporti di interesse indiretti, quelli coinvolgenti il coniuge, i parenti, gli affini. Non mancano peraltro precedenti normativi di limitazioni (più circoscritte e puntuali) della possibilità di svolgere date funzioni fondate sulla esistenza di rapporti familiari e dettate da ragionevole prudenza. Il diritto societario (art. 2399 c.c.) vieta che il coniuge, i parenti ed affini entro il quarto grado degli amministratori possano accedere alla carica di sindaco, ed in questi stessi termini dispone l'art. 236 TUEL relativamente ai revisori dei conti degli enti locali, nella comune prospettiva di salvaguardare una netta distinzione di ruoli nel rapporto tra controllato e controllore. A ragioni di trasparenza si connette il divieto fatto dall' art. 64 c.4 TUEL al coniuge, agli ascendenti, ai discendenti, parenti e affini fino al terzo grado del sindaco o del presidente della giunta provinciale di far parte della giunta e di essere nominati quali rappresentanti del comune e della provincia.

Nondimeno, il divieto di svolgere incarichi fatto ai familiari dall'art.8 c.2, per la sua stessa ampiezza, può dar luogo a difficoltà applicative. Ad esempio, quale dovrà essere la sorte degli incarichi inerenti la gestione del servizio, ed in particolare dei rapporti di lavoro dipendente, già in essere nel momento in cui il congiunto del titolare accede alla funzione di amministratore, dirigente responsabile degli uffici o dei servizi dell'ente locale, nonché degli altri organismi che espletano funzioni di stazione appaltante, di regolazione, di indirizzo e di controllo del servizio pubblico locale? La portata del divieto di svolgere incarichi dovrà, forse, anche in questo caso, essere precisata attraverso una complessa operazione di bilanciamento tra interessi divergenti parimenti meritevoli di tutela.

La proibizione degli incarichi di gestione si estende, infine, ai consulenti e collaboratori degli enti locali e degli enti che hanno affidato il servizio (art.8 c.2). La condizione richiesta è che essi, a qualsiasi titolo (quindi, in modo tanto stabile quanto occasionale, a titolo gratuito o remunerativo) prestino o abbiano prestato nel triennio precedente collaborazione in favore degli enti locali o dei soggetti che affidano la gestione del servizio. L'intento è palese, e consiste salvaguardare l'esclusività dei rapporti consulenziali, impedendo che gli stessi consulenti e collaboratori possano operare tanto per i regolatori quanto per i gestori o possano fungere da tramite di indebite interferenze reciproche

5.3. Il secondo divieto, più circoscritto, riguardante la possibilità di accedere alla carica di amministratore delle società partecipate (art.8 c.3) posto a carico degli amministratori locali per un triennio dalla loro cessazione, all'apparenza costituisce una superflua duplicazione del divieto già posto dall'art. 8 c.1, che vietando agli amministratori di svolgere funzioni inerenti la gestione, preclude anche che essi possano assumere la veste di amministratori delle società partecipate. Da una analisi più attenta risulta invece chiara la diversa ratio che ispira le due norme: l'art.8 c.1 vieta gli incarichi, in corso di mandato e post-mandato allo scopo di marcare la distinzione tra i regolatori (e quindi gli amministratori, ma solo in quanto regolatori) e i gestori, mentre l'art. 8 c.3 preclude a tutti gli amministratori, e cioè anche agli amministratori che non hanno esercitato funzioni regolatorie, la possibilità, alla scadenza del mandato, transitare immediatamente da una carica politica nell'ente ad una carica nelle società partecipate dall'ente, da una poltrona ad un'altra.

L'opportunità del divieto, che limita il pantouflage locale, pare indiscutibile,<sup>14</sup> anche se questo verte su una materia che esula dalla separazione tra regolazione e gestione e quindi non parrebbe rientrare tra quelle che la legge ha affidato al regolamento autorizzato.

5.4. I divieti posti dall'art. 8 commi 1, 2 e 3 del regolamento, singolarmente, non sono accompagnati dalla previsione di sanzioni decadenziali o pecuniarie a carico dei trasgressori.

Come spiegare questa lacuna? Quale è la forza precettiva delle norme in questione, in assenza di sanzioni specifiche?

Il silenzio del regolamento può avere una duplice spiegazione. La prima è che il regolamento non prevede sanzioni semplicemente perché non è abilitato a farlo, in quanto la legge autorizzativa non si estende, né direttamente, né indirettamente, agli aspetti sanzionatori. Conseguentemente la violazione degli obblighi imposti può essere sanzionata solo in quanto sia possibile ricondurla a fattispecie già comunque sanzionate dall'ordinamento per altra via, mentre resta priva di sanzione in tutti gli altri casi. La seconda spiegazione è che il decreto non prevede sanzioni (pur potendolo fare) perché le violazioni troverebbero comunque una reazione sanzionatoria nell'ordinamento.

La prima delle due spiegazioni sembra essere quella più plausibile. In effetti, i divieti, in tutti i casi in cui producono una incompatibilità, comportano inevitabilmente la decadenza dalla carica o dall'impiego, anche quando ciò non sia espressamente indicato dalla norma. In queste ipotesi l'accertamento della incompatibilità e la adozione della conseguente misura possono svolgersi secondo le discipline generali relative al trattamento delle incompatibilità contenute nel TUEL (per gli amministratori locali) e nell'ordinamento del pubblico impiego (per i dipendenti locali).

Tuttavia i divieti prescritti dal regolamento (e si tratta proprio dei divieti più nuovi e severi) in molti casi si indirizzano a soggetti che non sono legati, o non sono comunque più legati alla amministrazione locale da un rapporto d'ufficio o di servizio: gli ex "regolatori", per un triennio dalla cessazione delle funzioni; i familiari dei "regolatori" e degli ex "regolatori", i consulenti ed i collaboratori, e gli ex consulenti e collaboratori, gli ex amministratori locali. Le sole sanzioni che è possibile adottare nei confronti questi soggetti, cui non si può ascrivere alcuna incompatibilità propriamente detta, sono quelle amministrative di natura pecuniaria, sanzioni che però il regolamento non ha potuto o voluto istituire. Né il vuoto normativo può essere colmato facendo richiamo ad altre discipline, dal momento che le sanzioni amministrative, per loro natura, non sono suscettibili di applicazione analogica.

Restano poi in ogni caso indenni da ogni sanzione le imprese regolate, nonostante che queste, nel momento in cui attribuiscono l'incarico, concorrono necessariamente con coloro che ricevono l'incarico alla commissione dell'illecito<sup>15</sup> ed anzi ne hanno la responsabilità maggiore, come si evince dalla disciplina sanzionatoria prevista dalla l.481/1995 a tutela della indipendenza delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

---

<sup>14</sup> Nell'intento di moralizzare le nomine nelle società partecipate sarebbe anzi necessario estendere il divieto previsto per gli ex amministratori anche ai candidati non eletti.

<sup>15</sup> Nella sola ipotesi in cui gli incarichi di gestione fossero conferiti a dipendenti pubblici, (quindi né amministratori locali, né consulenti, né familiari) senza l'autorizzazione della amministrazione pubblica di appartenenza dovuta ai sensi dell'art. 53 c.2 D.lgs 165/2001 (autorizzazione che non può essere del resto rilasciata, stante il divieto posto dall'art.8 c.1 del regolamento), l'impresa incorrerebbe nelle sanzioni amministrative pecuniarie, assolutamente blande (pari al doppio degli emolumenti versati) di cui all'art. 5 D.l 28 marzo 1997 n. 79, conv. in L. 28 maggio 1997, n. 140, secondo quanto prescrive l'art. 53 c.9 D.lgs 165/ 2001.

6. L'esame fin qui svolto permette di formulare una valutazione perplessa delle novità introdotte dal regolamento. Il DPR non introduce sostanzive modifiche alle incompatibilità già esistenti a carico di amministratori locali e funzionari, alla luce di quanto prescrivono il TUEL e la disciplina del pubblico impiego. Le maggiori novità vengono dalla previsione di incompatibilità post-mandato e dalla introduzione di divieti che riguardano i consulenti, i collaboratori, i familiari. Il regime della regolazione locale, sotto questo profilo, non solo si avvicina a quello delle autorità indipendenti, ma addirittura lo supera, in quanto prende in considerazione situazioni (quelle dei collaboratori, dei consulenti, dei familiari) da queste non contemplate.

Tale empito di severità viene tuttavia svuotato dalla totale assenza di opportune e severe sanzioni amministrative a carico di chi assume gli incarichi e di chi li conferisce. In conclusione, ci troviamo davanti ad una patente schizofrenia legislativa: il regolamento istituisce divieti di grande rigore, ma si "dimentica" poi di prevedere le necessarie misure dissuasive. Molto rumore per nulla? Si potrebbe obiettare che l'errore, per così dire, non sta nel regolamento, ma nella legge di autorizzazione, che ha trascurato di menzionare nel suo oggetto le discipline sanzionatorie. Ma se così fosse, quale utilità e senso ha emanare divieti sonori destinati a rimanere lettera morta?

A tali carenze se ne aggiungono poi altre. In primo luogo, come si è già notato, l'obiettivo della distinzione netta tra regolazione e gestione, è perseguito dal DPR col divieto fatto ai regolatori, nel mandato e post-mandato, di "assumere incarichi inerenti la gestione". Tale divieto, sebbene corrisponda alla esigenza di prevenire conflitti di funzioni e di interessi, palesemente non la esaurisce: è infatti ben evidente che i conflitti di interesse possono manifestarsi in forme diverse e più sottili, ma non meno perniciose, di quella, eclatante, della assunzione di incarichi presso l'impresa regolata. Proprio da questa consapevolezza discende la fondamentale previsione di chiusura contenuta nell'ordinamento delle Autorità indipendenti di regolazione, che fa divieto, a pena di decadenza, tanto ai componenti quanto ai dipendenti delle stesse, di "avere interessi diretti o indiretti nelle imprese operanti nei settori di competenza" (art.2 c.8 e 31 L. 481/1995). La separazione tra regolazione e gestione richiede infatti, in primo luogo, e prioritariamente, che i regolatori non abbiano interessi diretti o indiretti nelle imprese regolate, con la conseguenza che le situazioni di interesse, nella loro ampia estensione, non determinano un semplice obbligo di astensione, ma vanno trattate in modo più severo, divenendo un requisito negativo imperativo richiesto sia per poter accedere alle funzioni regolatorie, sia per continuare ad esercitarle. Nella disciplina del DPR manca pertanto un tassello essenziale per garantire la necessaria distanza dei regolatori dagli interessi regolati e dunque la credibilità della regolazione.

In secondo luogo le incompatibilità previste dal DPR, pur con i limiti che abbiamo già evidenziato, non si riferiscono, come ci si aspetterebbe, all'intero universo dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, ma solo a parte di essi, con conseguenze paradossali, a scapito di una chiara e univoca distinzione tra regolazione e gestione. Il decreto, nell'individuare all'art. 1 c.3, il proprio ambito di applicazione, esclude infatti i servizi di distribuzione del gas naturale e di energia elettrica, il servizio di trasporto ferroviario regionale, le farmacie comunali ed i servizi strumentali all'attività o al funzionamento degli enti affidatari (questi ultimi, nemmeno propriamente inquadabili tra i servizi pubblici). Tali esclusioni non trovano in realtà una giustificazione nella legge autorizzativa, ma paiono viceversa contraddirla, visto che l'art. 15 c.1 del D.L. 112/2008, come modificato dalla legge di conversione, nel definire un quadro di disposizioni generali riguardanti *tutti* i servizi locali, non ha escluso taluni servizi, ma più limitatamente ha *fatto salve* determinate normative concernenti gas, elettricità, ferrovie regionali e farmacie, ben consentendo, ed anzi richiedendo l'integrazione tra queste e le (nuove) norme generali.

In terzo luogo il Decreto, nello svolgimento del tema della distinzione tra regolazione e gestione, dettando incompatibilità e divieti, si concentra sugli aspetti relativi alla prevenzione di conflitti

soggettivi di interessi e funzioni, trascurandone invece altri non meno essenziali, e rinunciando ad utilizzare gli spazi che la legge autorizzante pur lascia aperti<sup>16</sup>. La distinzione in questione può essere infatti minacciata o pregiudicata non solo dalla mala fede e dalla slealtà dei regolatori, ma anche, e, diremmo, soprattutto, da altri fattori di natura organizzativa. I regolatori locali, per svolgere il loro ruolo in modo adeguato e sfuggire ai pericoli di cattura, dovrebbero essere oltre che disinteressati personalmente, anche professionalmente attrezzati; dovrebbero operare in un quadro normativo chiaro e stabile, col sostegno di una rete nazionale di regolazione allestita in forme compatibili rispetto agli assunti del federalismo cooperativo; dovrebbero agire su una dimensione territoriale adeguata ed essere supportati da apparati tecnici qualificati; dovrebbero, infine, disporre delle conoscenze necessarie per non trovarsi in situazioni di asimmetria informativa. L'art. 8 del DPR, se considerato in tale ottica, promette nel suo titolo ("distinzione tra funzioni di regolazione e funzioni di gestione") molto più di quanto esso, in effetti, contiene. Le incompatibilità sono in se necessarie, ma certamente non bastano per fare emergere, o fare intravedere l'emersione, nell'ambito della amministrazione locale, di una regolazione forte, autorevole ed indipendente in grado di corrispondere ai principi di garanzia delle imprese e degli utenti indicati al comma 1 dell'art. 15 del D.L. 135/2009.

---

<sup>16</sup> L'art. 15 c. 10 lett. c assegna infatti al regolamento governativo il compito di prevedere una netta distinzione tra le funzioni di gestione e le funzioni di regolazione *anche*. (e dunque non unicamente) attraverso la revisione della disciplina delle incompatibilità.