

## LA SENTENZA

La Corte costituzionale, con la pronuncia n. 199/2012, ha dichiarato illegittimo l'art. 4 del Dl 138/2011

# Servizi pubblici: dopo la pronuncia della Consulta si riparte dall'antico

di FEDERICA CAPONI

Consulente enti pubblici e società partecipate

È costituzionalmente illegittimo l'articolo 4 del Dl n. 138/2011, che dettava la nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica dopo la consultazione referendaria del 2011, sia nel testo originario, che in quello risultante dalle successive modificazioni, perché in contrasto con l'articolo 75 della Costituzione.

La pronuncia della Corte costituzionale n. 199, depositata il 20 luglio 2012 ha nuovamente "rivoluzionato" la disciplina dei servizi pubblici locali, riportandola (almeno in apparenza) entro i limiti contenuti nei principi comunitari, come un anno fa.

Proprio il 20 luglio 2011, infatti, era stato pubblicato sulla Gu n. 167 il Dpr n. 113/2011, che aveva sancito l'abrogazione dell'articolo 23-bis del Dl n. 112/2008 a seguito dell'esito del referendum di giugno 2011.

Il Legislatore, dopo neanche un mese (13 agosto 2011), aveva approvato il Dl n. 138/2011, il cui articolo 4 aveva ridefinito il quadro legislativo di riferimento (praticamente identico al precedente) per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Tale disposizione è stata impugnata a fine 2011 da alcune regioni che, tra i principali motivi del ricorso, hanno lamentato il fatto che tale disposizione aveva reintrodotta la disciplina contenuta nell'abrogato 23-bis, riproducendone i medesimi principi ispiratori e le stesse modalità di applicazione, in violazione della volontà popolare espressa e quindi dell'articolo 75 della Costituzione.

## Il fatto

Le regioni ricorrenti, pur evidenziando che lo Stato

gode, attraverso la tutela della concorrenza, di una competenza trasversale e ha la capacità di incidere sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, hanno sostenuto che a seguito dell'abrogazione referendaria doveva essere in concreto ritenuto radicalmente escluso un intervento legislativo avente analoga disciplina a quella oggetto di referendum, in conseguenza dell'effetto vincolante prodotto dall'esito della consultazione popolare.

Le ricorrenti hanno anche sostenuto che l'articolo 4 avrebbe violato gli artt. 75 e 117, comma 4, Cost. in quanto, rendendo estremamente limitate le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* di quasi tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, determinava una limitazione della capacità di scelta degli enti territoriali, maggiore di quella delineata dall'articolo 23-bis del Dl n. 112/2008, che il referendum 2011 ha abrogato "in toto".

La Corte costituzionale ha preliminarmente evidenziato che da novembre 2011 l'impugnato articolo 4 ha subito numerose modifiche che hanno limitato ulteriormente le ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali.

Per tale motivo, la verifica effettuata dai giudici, in forza del principio di effettività della tutela costituzionale, è stata estesa alla nuova formulazione, come in ultimo modificata dal Dl n. 83/2012.

La Corte ha ricordato che l'abrogato articolo 23-bis del Dl n. 112/2008 dettava una normativa generale di settore, inerente a quasi tutti i servizi pubblici (fatta eccezio-

## Corte costituzionale, sentenza n. 199 del 20 luglio 2012

L'articolo 4 del Dl n. 138/2011 nonostante sia rubricato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea", detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house*, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riprodotto, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel Dpr n. 168/2010.

È quindi costituzionalmente illegittimo per contrasto con l'articolo 75 della Costituzione.

ne per quelli espressamente esclusi), volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione in house, consentita solo in casi eccezionali e al ricorrere di specifiche condizioni, la cui puntuale regolamentazione era contenuta nel regolamento attuativo (Dpr n. 168 del 7 settembre 2010). Con la richiamata consultazione referendaria tale normativa era stata abrogata, realizzando l'intento referendario di "escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-bis che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)", come chiarito anche dalla stessa Corte, nella pronuncia n. 24/2011, lasciando la materia assoggettata direttamente alla normativa comunitaria.

I giudici costituzionali hanno rilevato che l'impugnato articolo 4, nonostante sia rubricato "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea", detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, "che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riprodotto, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel Dpr n. 168/2010".

Essa, infatti, da un lato, ammette solo eccezionalmente le ipotesi di affidamento diretto dei servizi e, dall'altro, condiziona il ricorso a tale modalità di gestione al rispetto di un determinato valore economico dei servizi da affidare, superando il quale si determina automaticamente l'impossibilità di un affidamento diretto.

Tale effetto preclusivo, ha chiarito la Corte, si verifica a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale e in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente [anche se non impone (Corte cost., sent. n. 325/2010)], la gestione diretta del servizio pubblico da parte della PA.

### L'approfondimento

La materia dei servizi pubblici, a rilevanza economica e non, è da alcuni anni ormai oggetto di continue modifiche legislative, in alcuni casi anche non pienamente coerenti e armoniche tra loro.

La questione sottoposta al vaglio della Corte costituzionale è il frutto di due esigenze contrapposte, quella del legislatore che, in particolare dal 2009, ha voluto fortemente limitare sia le ipotesi di affidamento diretto alle società partecipate dagli enti, che il proliferarsi di

tali organismi partecipati e, dall'altra, il rispetto dell'esito referendario del 2011 relativo al quesito n. 1 che ha sancito l'abrogazione dell'intero articolo 23-bis del citato DI n. 112/2008.

La vincolante disciplina dettata dal Legislatore interno aveva già superato il vaglio della Corte costituzionale nel 2010, che aveva, tra l'altro, ricordato come in ambito comunitario non viene mai utilizzata l'espressione servizio pubblico locale di rilevanza economica, ma solo quella di servizio di interesse economico generale, rinvenibile, in particolare, negli artt. 14 e 106 del Trattato Ue. Da tali norme emerge che la nozione comunitaria di servizio di interesse economico generale, ove limitata all'ambito locale, e quella interna di Spl di rilevanza economica, hanno "contenuto omologo" (Corte cost., sent. n. 325/2010).

La normativa comunitaria ammette l'affidamento diretto (sotto forma dell'*in house providing*) nel caso in cui l'applicazione delle regole di concorrenza (e, quindi, della necessità dell'affidamento a terzi mediante gara) ostacoli, in diritto o in fatto, la missione dell'ente pubblico.

La normativa comunitaria consente, ma non impone, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale.

Lo Stato italiano, facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, aveva effettuato, tramite la disciplina contenuta nell'abrogato articolo 23-bis del DI n. 112/2008, la scelta di vietare, quale regola generale, la gestione diretta dei servizi pubblici a rilevanza economica.

Tale scelta, proprio perché recava una disciplina di maggior favore per la concorrenza, più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non era in contrasto con quest'ultima.

Il referendum abrogativo del 2011 ha però sancito una volontà popolare diversa rispetto a quella espressa dal legislatore, lasciando la materia assoggettata direttamente alla normativa comunitaria (Corte cost., sent. n. 24/2011).

Principi comunitari che consentono l'affidamento diretto in presenza del capitale interamente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" [la PA cioè deve esercitare un controllo sull'affidatario con "contenuto analogo" a quello che la stessa esercita sui propri uffici] e dello svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dei soci. Per la Comunità europea in presenza delle condizioni sopra evidenziate, gli enti possono scegliere alternativamente tra gestire in economia un servizio, affidarlo in appalto o concessione tramite gara o affidarlo a una propria società in house.

Alla luce di tali considerazioni, secondo la Corte costi-

tuzionale nella pronuncia in commento, "risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'articolo 4 rispetto a quella dell'abrogato articolo 23-bis e l'identità della ratio ispiratrice".

Le poche novità introdotte dall'impugnato articolo 4 accentuano, infatti, la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere.

Le disposizioni contenute nell'articolo 4 del DI n. 138/2012 violano, pertanto, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, ai sensi di quanto stabilito dall'articolo 75 della Costituzione.

L'intervenuta abrogazione di una norma per effetto del referendum non può infatti consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta anche eventualmente a titolo transitorio, "in ragione della peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell'ordinamento" (Corte cost., sent. n. 468/1990).

Un simile vincolo, derivante dall'abrogazione referendaria, si giustifica al solo fine di impedire che l'esito della consultazione popolare venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento, né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto.

La Corte costituzionale ha rilevato che la disposizione contenuta nel DI n. 138/2011 "costituisce ripristino della normativa abrogata, considerato che essa introduce una nuova disciplina della materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente, né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti (...) in palese contrasto, quindi, con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo".

I giudici hanno anche chiarito che non possono ritenersi sussistenti condizioni tali da giustificare il superamento del predetto divieto di ripristino, tenuto conto del brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa (23 giorni), oggetto di giudizio, giorni nei quali non si è verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata.

### Conclusioni

La pronuncia della Corte costituzionale sembrerebbe aprire prospettive e ipotesi gestionali per i servizi pubblici che sembrano ormai desueti e abbandonati, ma è necessario evidenziare che il legislatore con il DI n. 95/2012 (così detto "Decreto sulla spending review") ha in parte reintrodotti alcuni vincoli abrogati nel 2011 e dichiarati incostituzionali nel 2012.

La sentenza in commento ha efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione in Gazzetta, quindi, dal 26 luglio

2012 l'articolo 4 del DI n. 138/2012 è disapplicato, ma il DI n. 95/2012, convertito con legge n. 135/2012, entra in vigore il 15 agosto, all'articolo 4, comma 8, ha stabilito che "a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui. Sono fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014".

Insomma, la questione non pare conclusa neppure questa volta.

Certo, a oggi, con la disapplicazione dell'articolo 4, le società in house, affidatarie dirette dei servizi pubblici, non hanno più l'obbligo di verificare la sostenibilità delle loro gestioni, almeno fino alla fine del 2013, né quello di aprire la compagine sociale a un socio privato operativo almeno al 40%.

Al contempo il comma 3 dell'articolo 4 del DI n. 95/2012, modificato dalla legge di conversione dello stesso decreto, ha reintrodotta la necessità di acquisire il parere dell'Antitrust per poter procedere a nuovi affidamenti diretti.

Non sono più applicabili al contrario le norme che disciplinavano condizioni di incompatibilità alla nomina di ex amministratori e dipendenti degli enti soci negli organi delle partecipate.

Certo, per tali organismi non vengono meno altri e rilevanti vincoli, quali quelli in materia di assunzioni, affidamenti di incarichi a soggetti esterni e l'assoggettamento al patto di stabilità, nonostante tale obbligo sia a oggi non ancora efficace, mancando il decreto attuativo. Non verrà "alla luce" neppure il regolamento attuativo cui l'articolo 4 demandava, tra l'altro, l'individuazione dei criteri per la verifica sulla realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che proprio di recente aveva passato il vaglio del Consiglio di Stato.

La pronuncia della Corte costituzionale avrebbe dovuto però indurre il legislatore a un'attenta disamina delle diverse fattispecie, al fine di individuare limiti necessari a un uso distorto che in alcuni casi gli enti locali hanno fatto delle società partecipate.

Dopo due anni di assoluta, convulsa legislazione era necessario fare chiarezza, individuando vincoli qualitativi tali da garantire la sopravvivenza di realtà valide e produttive e imporre, seriamente (e una volta per tutte), la chiusura di partecipazioni diseconomiche e rispondenti solo a meccanismi clientelari, ma anche questa volta non pare sia questa la scelta effettuata dal Legislatore.