

Sintesi e commenti

Giurisprudenza in materia contabile

a cura di Giancarlo Astegiano

Magistrato della Corte dei conti

Spl - Disciplina normativa

L'art. 4 del D.L. n. 138 del 2011 è contrario alla Costituzione. Per i servizi a rilevanza economica si torna alla situazione post referendum 2011

■ Corte cost., 20 luglio 2012, n. 199

L'articolo 4 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo), convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, che ha dettato la nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica dopo la consultazione referendaria del 2011, è costituzionalmente illegittimo, sia nel testo originario, che in quello risultante dalle successive modificazioni.

Il caso

La Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del D.L. n. 138/2011 perché in contrasto con l'articolo 75 della Costituzione.

La pronuncia n. 199 depositata il 20 luglio 2012 ha nuovamente "rivoluzionato" la disciplina dei servizi pubblici locali, riportandola di fatto entro i limiti contenuti nei principi comunitari come un anno fa.

Proprio il 20 luglio 2011 era stato infatti pubblicato sulla G.U. n. 167 il D.P.R. n. 113/2011, che aveva sancito l'abrogazione dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 a seguito dell'esito del referendum di giugno 2011.

Il Legislatore, dopo neanche un mese (13 agosto 2011), aveva approvato il D.L. n. 138/2011, il cui articolo 4 aveva introdotto una nuova disciplina 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, avevano lamentato il fatto che la citata disposizione aveva reintrodotta la disciplina contenuta nell'abrogato 23-bis, riproducendone i medesimi principi ispiratori e le medesime modalità di applicazione, in violazione della volontà popolare espressa ex art 75 Cost.

Le regioni, pur ritenendo che lo Stato goda, attraverso la tutela della concorrenza, di una competenza trasversale e

abbia la capacità di incidere sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, avevano sostenuto che a seguito dell'abrogazione referendaria doveva essere in concreto precluso un intervento legislativo avente analogia disciplina a quella oggetto di referendum, in conseguenza dell'effetto vincolante prodotto dall'esito della consultazione popolare.

La soluzione

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

La verifica effettuata dai giudici, in forza del principio di effettività della tutela costituzionale, pertanto estesa alla nuova formulazione, come in ultimo modificata dal D.L. n. 83/2012.

La Corte ha preliminarmente ricordato che l'abrogato 23-bis del D.L. n. 112/2008 dettava una normativa generale di settore, inerente a quasi tutti i servizi pubblici (fatta eccezione 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 (D.P.R. 7 settembre 2010 n. 168).

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 drasti-

ca 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 D.P.R. n. 168 del 2010".

Essa, infatti, da un lato, ammette solo eccezionalmente l'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 p.a..

Secondo i principi comunitari ormai noti, infatti, in presenza del capitale interamente pubblico della società affidataria, del cosiddetto controllo "analogo" [la p.a. 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, rende legittimo l'affidamento diretto.

Per la Comunità europea infatti 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, pertanto secondo la Corte, "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.

La disposizione impugnata viola, quindi, 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 D.L. 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.

La Corte costituzionale ha, pertanto, dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 4 del D.L. n. 138/2011 per violazione dell'articolo 75 della Costituzione.

Problemi e prospettive

La pronuncia della Corte costituzionale apre nuovamente prospettive e ipotesi gestionali per i servizi pubblici che sembrano ormai desueti e abbandonati.

Con la disapplicazione dell'articolo 4 le società in house, affidatarie dirette dei servizi pubblici, non dovranno più verificare la sostenibilità delle loro gestioni con il mercato, ma soprattutto potranno continuare a gestire gli attuali affidamenti fino alla scadenza naturale, senza che nella compagine sociale debba necessariamente entrare un socio privato operativo al 40%.

Decade l'obbligo per gli enti soci di dover acquisire il parere dell'Antitrust per poter procedere a nuovi affidamenti diretti, così come non saranno più applicabili 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 ad 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 interviene in un momento in cui le società dei comuni sono state oggetto di un'ulteriore svolta restrittiva, introdotta da un altro articolo 4, quello contenuto nel D.L. sulla revisione della spesa (D.L. n. 95/2012 entrato in vigore il 7 luglio 2012), che ha previsto che le società partecipate dagli enti locali, se hanno fatturato ai soci pubblici nel corso del 2011 più del 90%, dovranno essere sciolte entro il 31 dicembre 2013 o dismesse entro il 30 giugno 2013.

Tale stretta riguarda le società che gestiscono servizi strumentali, ma certamente la pronuncia della Corte costituzionale dovrebbe indurre il legislatore ad una attenta disamina delle diverse fattispecie, al fine di individuare

necessari limiti ad un uso distorto che in alcuni casi gli enti locali hanno fatto delle società partecipate. Certamente, dopo due anni di assoluta convulsa legislazione dovrà essere fatta chiarezza, individuando vincoli qualitativi che garantiscano la sopravvivenza a realtà valide e produttive e impongano, seriamente e una volta per tutte, la chiusura di partecipazioni diseconomiche e rispondenti solo a meccanismi clientelari.

Federica Caponi - Consulente enti locali

.....