

FOCUS DI GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

I Servizi Pubblici Locali e la sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012

A cura di Anna Verni, Servizio Innovazione e Semplificazione amministrativa – febbraio 2013

1. Premessa
2. La sentenza 199/2012
3. La sentenza 325/2010
4. La tutela della concorrenza (cenni)
5. Quale disciplina?
6. Interventi normativi successivi
7. Patto di stabilità

1. Premessa

La materia dei servizi pubblici locali è stata oggetto, nel corso della XVI legislatura, di diversi interventi normativi, nella cui successione temporale si sono inserite sia un'abrogazione referendaria sia una pronuncia di illegittimità costituzionale. Tali interventi si sono succeduti in un ristretto contesto temporale e sono stati adottati, per lo più, con provvedimenti d'urgenza.

La “tormentata” evoluzione della disciplina in tema di servizi pubblici locali, che si trascina da oltre un decennio, ha dovuto quindi fare i conti con la dirompente pronuncia della Corte costituzionale n. 199, depositata il 20 luglio 2012.

2. La sentenza 199/2012

L'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, contenente la nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, emanato dopo l'abrogazione, per effetto del referendum popolare (del 12-13 giugno 2011), dell'art. 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 (convertito con modificazioni dalla legge n. 133 del 2008), in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, è stato impugnato dalle Regioni Puglia, Marche, Emilia Romagna, Umbria e Sardegna.



La Corte ha preso atto delle successive modifiche apportate dal legislatore alla disposizione impugnata e, in forza del principio di effettività della tutela costituzionale (sentenza n. 142 del 2012) ha esteso la questione di costituzionalità sollevata alla nuova formulazione dell'art. 4 in argomento.

La Consulta affronta in via preliminare l'ammissibilità della questione di costituzionalità, proposta in riferimento all'art. 75 Cost. – parametro costituzionale diverso da quelli che sovrintendono al riparto di attribuzioni tra Stato e regioni– avendo le ricorrenti evidenziato la potenziale lesione della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali (e della relativa competenza regolamentare degli enti locali), che deriverebbe dalla violazione dell'art. 75 Cost.

E' stata riconosciuta la violazione denunciata perché potenzialmente idonea a determinare una vulnerazione delle attribuzioni costituzionali delle Regioni

Nell'iter logico della Corte, centrale è il concetto di *possibile ridondanza* che una legislazione statale contraria alla volontà referendaria, qual è l'art. 4, avrebbe sul riparto di competenze legislative ex art. 117 Cost. ed in particolare sulla competenza regionale residuale in materia di servizi pubblici locali, oltre che sulla relativa competenza regolamentare degli enti locali. Simile concetto ricorre in precedenti pronunce, successive alla riforma del titolo V Cost. del 2001 (la stessa Corte richiama la sentenza 303/2003 e le più recenti 80 e 22 del 2012).

La Corte ha messo in evidenza che, con la consultazione referendaria, era stato realizzato l'intento 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)*» (cfr. la sentenza n. 24 del 2011, che ha dichiarato ammissibile il quesito referendario) e di consentire, conseguentemente, l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente.

La motivazione risulta evidente nel passaggio della sentenza in cui si rileva che «.....a distanza di meno di un mese dalla pubblicazione del decreto dichiarativo dell'avvenuta abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008, il Governo è intervenuto nuovamente sulla materia con l'impugnato art. 4, il quale, nonostante sia intitolato "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 riproduttiva, 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...».

Per esempio, l'attribuzione di diritti di esclusiva erano ridotti alle ipotesi in cui, in base a un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risultasse idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità (comma 1), analogamente a quanto disposto dall'art. 23-bis (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008. Per di più l'esclusiva era ancorata al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi – 900.000 euro, nel testo originariamente adottato, dopo le modifiche 200.000 euro – il superamento della



quale determinava automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti: tale effetto si sarebbe verificato a prescindere da qualsivoglia valutazione dell'ente locale, oltre che della regione, e – in linea con l'abrogato art. 23-*bis* – in difformità rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria, che consente, anche se non impone la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale.

Per quanto concerne la reintroduzione pedissequa di norme abrogate dal *referendum*, si pensi al comma 3 dell'art. 23-*bis* riprodotto in via di principio dai primi sette commi dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, in tema di scelta della forma di gestione del servizio, o all'art. 2 del regolamento attuativo ripreso nei primi 7 commi dell'art. 4.

In definitiva, la disposizione impugnata viola il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare¹ desumibile dall'art. 75 Cost., secondo consolidata giurisprudenza costituzionale (sent. 32/93). Pertanto la sentenza 199 ricordata ha annullato senza alcun distinguo l'intero art. 4.

3. La sentenza 325/2010

In precedenza la Corte, con la corposa sentenza 325/2010, aveva “salvato” l'art. 23 bis D.L. 112/2008, respingendo le censure sollevate da diverse Regioni, perché erano stati introdotti vincoli ulteriori – e quindi illegittimi – rispetto a quelli previsti dall'ordinamento comunitario per l'affidamento *in house*.

La Corte escluse, tuttavia, che detta disciplina potesse considerarsi sproporzionata o inadeguata solo perché, attraverso la riduzione delle ipotesi di eccezionale affidamento diretto dei servizi pubblici locali, aveva rafforzato la generale regola pro-concorrenziale, andando oltre quanto prescritto dal legislatore comunitario.

Chiari, infatti, che «*l'ordinamento comunitario, in tema di tutela della concorrenza e, in particolare di affidamento della gestione di servizi pubblici, costituisce solo un minimo inderogabile per i legislatori degli Stati membri e, pertanto, non osta a che la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento...*».

Questa statuizione riveste particolare interesse sotto il profilo della ricostruzione del rapporto Stati membri/Unione Europea/Regioni in materia di tutela della concorrenza: le previsioni concorrenziali del diritto comunitario costituirebbero la soglia *de minimis* da rispettare, con facoltà per gli Stati di dettare disposizioni che promuovano la concorrenza in modo più incisivo.

Di contro, nel rapporto Stato/Regioni, queste ultime sono tenute a conformarsi *in toto* alla disciplina statale, qualificata come non derogabile.

La sentenza 325 è importante inoltre perché chiarisce un'ambiguità risalente alla sentenza 272/2004 che si era pronunciata per l'incostituzionalità di una disposizione dell'art. 113 T.U. EE. LL. in quanto «*estremamente dettagliata ed auto applicativa*» (caratteristiche possedute anche dall'art. 23 bis e per ciò

¹ Per un approfondimento del concetto v. J. Bercelli *Servizi pubblici locali e referendum*, *Giornale di diritto amministrativo* 2/2013 pag. 155 e gli ampi riferimenti bibliografici ivi contenuti



impugnato da alcune ricorrenti) e dunque idonea a porre in essere «una illegittima compressione dell'autonomia regionale». Il carattere di dettaglio della norma, dunque, era stato ritenuto ingiustificato e sproporzionato dalla Corte con conseguente declaratoria di incostituzionalità. Nel 2010, invece, è stato escluso espressamente il vizio di costituzionalità: una volta fondata la competenza statale sulla tutela della concorrenza questa può concretizzarsi in norme di estremo dettaglio con l'unico limite della ragionevolezza.

Si può quindi affermare che con la sentenza 199/2012 ci troviamo di fronte ad un *revirement* della Corte sull'argomento?

Di certo, la citata pronuncia è tutta incentrata sull'analisi della congruenza della normativa impugnata con la volontà popolare e fa solo un fugace accenno al fatto della difformità dell'art. 4 rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria «che consente anche se non impone (sent. 325/2010) la gestione diretta del servizio da parte dell'ente locale». Una sottolineatura che sembra indizio della non condivisione dell'indirizzo politico del legislatore italiano che, da ultimo, aveva escluso la possibilità di gestione pubblica diretta o quasi diretta (*in house providing*)² al di sopra del valore annuo di 200.000 euro.

4. La tutela della concorrenza (cenni)

Negli ultimi anni l'interpretazione data dalla Corte alla materia della «tutela della concorrenza» (ex art. 117, comma 2, lett. e), Cost.) è stata quanto mai ampia, pervasiva e frustrante per le autonomie locali. In nome del primato attribuito all'esigenza di garantire omogenee condizioni di funzionamento del mercato sull'intero territorio nazionale, si è ammesso che il legislatore statale potesse comprimere, e anche di molto, la potestà regolatoria delle regioni (cfr. la sentenza 14/2004³ e la più recente n. 150/2011).

Si è parlato di una *supercompetenza*⁴ a significare la prevalenza assunta dalla tutela della concorrenza nell'ambito del riparto di competenze Stato/Regioni e la portata estensiva di detta clausola⁵.

5. Quale disciplina?

² Un contributo interessante: F. Goisis *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, Dir. Amm., n. 3/2008, pag. 579. Per l'inquadramento sistematico dei servizi pubblici locali G. Caia *I servizi pubblici* in *Diritto amministrativo* a cura di Mazzarolli, Pericu, Romano, Roversi Monaco, Scoca, Monduzzi ed., vol. II, pag. 131ss.

³ R. Caranta *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione (nota a Corte cost. n. 14/2004)*, Le Regioni, n. 4/2004.

⁴ Cfr. l'analisi di A. Argentati *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, 26 settembre 2012, Federalismi.it. e gli Autori ivi richiamati.

⁵ L. Buffoni *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, Istituzioni del Federalismo, n. 2/2003.



Il processo di liberalizzazione, che l'art. 4, D.L. n. 138/2011, aveva prepotentemente rilanciato nonostante l'esito referendario, trova nella citata sentenza 199 un'insuperabile battuta di arresto in quanto il dispositivo della sentenza di incostituzionalità dell'art. 4 impedisce al legislatore di dettare misure che escludano o rendano eccessivamente gravoso il ricorso agli affidamenti diretti *in house*.

In ogni caso la soppressione dell'art. 4 non comporta la necessità di riproporre un nuovo, ulteriore provvedimento organico di riforma dei servizi pubblici locali.

Come sottolineato dalla Corte, tale abrogazione, al pari di quella precedente dell'art. 23-bis, non produce una situazione di vuoto normativo e quindi una situazione di grave incertezza per l'interprete. Anzi, secondo una opinione diffusa ⁶ la soppressione di queste norme può costituire un'opportunità per assegnare prevalente rilievo alle discipline settoriali, riservando alle norme comunitarie l'indicazione dei principi concorrenziali e delle condizioni per l'affidamento dei servizi da parte degli enti locali.

La caducazione della normativa stabilita con l'art. 4 del d.l. n. 138/2011 ha pertanto lasciato il settore dei servizi pubblici locali parzialmente privo di una specifica disciplina nazionale di carattere generale.

In primo luogo, per effetto dell'appartenenza all'Unione europea, in materia trova applicazione quanto stabilito in **sede comunitaria**, sia nel **Trattato sul funzionamento dell'Unione europea** (di seguito TFUE) sia dalla giurisprudenza comunitaria.

In questa sede la **gestione diretta del servizio pubblico locale** da parte dell'ente pubblico è ammessa se lo Stato membro ritiene che l'applicazione delle regole di **concorrenza** sia un **ostacolo**, in diritto od in fatto, alla **speciale missione del servizio pubblico**, restando riservato all'ordinamento comunitario il sindacato sull'eventuale "errore manifesto" alla base della decisione dello Stato. In particolare, secondo la giurisprudenza comunitaria, le regole sulla concorrenza non ostano a una disciplina nazionale che consente ad un ente pubblico di affidare un servizio pubblico direttamente ad una società della quale esso detiene l'intero capitale, a condizione che l'ente pubblico eserciti su tale 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 che la detiene.

In secondo luogo, la declaratoria di illegittimità non ha toccato l'**art. 3 bis del D.L. n. 138/2011** e successive modificazioni le cui disposizioni, pur non riguardando le modalità di affidamento del servizio, hanno una generale applicazione.

In terzo luogo i settori cd. esclusi restano disciplinati dalle normative di settore.

6. Interventi normativi successivi

⁶ *Ex multis* Argentati *La riforma* cit. che vede nella sentenza 199 l'occasione per "un'utile pausa di riflessione".



Su tale situazione il legislatore è intervenuto, dopo la sentenza 199/2012, con l'**art. 34**, commi 20-25, del **D.L. n. 179/2012**, convertito dalla legge n. 221/2012, che ha previsto che l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia basato su una **relazione dell'ente affidante**, da rendere pubblica sul sito internet dell'ente stesso. **Nella relazione devono essere indicate le ragioni della forma di affidamento prescelta e deve essere attestata la sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo. Dalla relazione devono risultare gli specifici obblighi di servizio pubblico e di servizio universale** ⁷.

Specifiche disposizioni sono previste per gli affidamenti già effettuati e tuttora in corso, che prevedono obblighi di conformazione e scadenze.

Da tale disciplina sono espressamente esclusi i servizi di distribuzione di gas naturale e di distribuzione di energia elettrica, nonché quelli di gestione delle farmacie comunali.

E' stato inoltre novellato l'articolo 3-bis del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138 **riservando** esclusivamente agli **enti di governo** degli **ambiti o bacini territoriali** ottimali e omogenei, per tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica, compresi quelli del settore dei rifiuti urbani, le funzioni di organizzazione del servizio, di scelta della forma di gestione, di affidamento e controllo della gestione, di determinazione delle tariffe all'utenza.

Infine, è estesa alle **società** operanti nella gestione dei **servizi** pubblici locali **a rete di rilevanza economica** la normativa concernente l'emissione di **obbligazioni** e di **titoli di debito** da parte delle società di progetto di cui all'articolo 157 del decreto legislativo n. 163 del 2006, c.d. Codice degli appalti.

Ulteriore fonte intervenuta nella materia, a fini di contenimento e controllo della spesa pubblica, è costituita dal **D.L. n. 174/2012** convertito dalla legge 213/2012: l'art. 3 ha previsto che *«i contratti di servizio, stipulati dagli enti locali con le società controllate, con esclusione di quelle quotate in borsa, devono contenere apposite clausole volte a prevedere, ove si verificano condizioni di deficitarietà strutturale, la riduzione delle spese di personale delle società medesime»*; l'art. 1 ha stabilito che, in sede di controllo dei rendiconti delle regioni, le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti verificano che gli stessi rendiconti tengano conto anche delle partecipazioni in società controllate e alle quali è affidata la gestione di servizi pubblici per la collettività regionale e di servizi strumentali alla regione.

7. Patto di stabilità

⁷ La Relazione di cui al comma 20 art. 34 presenta sostanziali differenze rispetto alla delibera quadro richiesta dalla precedente disciplina. Sul piano contenutistico non è prescritto il percorso di valutazione seguito dagli enti locali nella scelta delle modalità di affidamento, bensì occorre indicare le ragioni di tale scelta, anche nella prospettiva dell'economicità della gestione, e la sussistenza dei requisiti previsti dal diritto europeo.



Sono soggette al patto di stabilità sia le società in house, sia le aziende degli enti locali ed inoltre le società controllate. Su questa materia è intervenuta la Spending review e già prima l'art. 25 del d.l. n. 1/2012.

C'è chi ha osservato che *«parte dell'art. 4, dichiarato illegittimo, è stata reiterata dall'art. 25 d.l. n. 1/2012. La disposizione, come è noto, è stata annullata dalla sentenza n. 199 e, quindi, anche la sua reiterazione in altra sede normativa è da ritenersi illegittima, per invalidità derivata»*⁸.

Eppure non può esserci incostituzionalità, né derivata né tout court, dato che la sentenza n. 199 si fonda (esclusivamente) sull'antitesi tra il contenuto dell'art. 4 e la volontà referendaria, interpretata (correttamente) dalla Corte come intento 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»*. La censura di incostituzionalità per violazione dell'art. 75 Cost. riguarda quindi l'introduzione di una nuova disciplina della materia "senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti" in palese contrasto con l'intento perseguito mediante il referendum abrogativo.

La sottoposizione delle società in house – appunto perché in house – alle regole della finanza pubblica e quindi al patto di stabilità, lungi dall'essere una violazione della volontà referendaria, costituisce inevitabile deduzione della natura di tali società, che operano fuori mercato. Non costituisce riproposizione dei "contenuti normativi essenziali" che si intendeva eliminare.

⁸ A. Lucarelli, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle S. p. A. in house e alle aziende speciali*, 26 settembre 2012, Federalismi.it.