

29 maggio 2012

Non “ce la chiede l’Europa” e non “la vogliono i cittadini”. Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali

di Marco Ruotolo

Ordinario di Diritto costituzionale - Università di Roma 3

Abstract L’autore esamina sinteticamente gli interventi normativi successivi al referendum abrogativo del 2011 riguardanti la privatizzazione dei servizi pubblici locali. In particolare, si sottolinea che gli interventi normativi successivi al referendum hanno configurato la c.d. “gestione in house” come ipotesi eccezionale nell’ambito delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, ispirandosi alla medesima ratio che sosteneva l’art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, oggetto di abrogazione referendaria, per come ricostruita dalla Corte costituzionale nella sent. n. 24 del 2011. In tal modo si sarebbe realizzato un sovvertimento della volontà espressa attraverso il referendum, con implicazioni anche sul piano della legittimità costituzionale dei predetti interventi normativi, secondo quanto d’altra parte evidenziato in un ricorso presentato dalla Regione Marche davanti alla Corte costituzionale avente come specifico oggetto l’art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 The author synthetically examines the normative interventions following the referendum of 2011 regarding the privatization of local public services. In particular, it is stressed that the normative interventions succeeding the referendum have configured the so called “in-house management” as an exceptional hypothesis within the modes of entrusting local public services, drawing inspiration from the same ratio that supported art. 23-bis of the decree n. 112 of 2008, repealed by the referendum, as set out by the Constitutional Court in the decision n. 24 of 2011. In this way it has been realized a subversion of the will expressed through the referendum vote, with implications also on the constitutional legitimacy of the aforementioned legislative interventions, as indeed pointed out by the Region Marche in an application before the Constitutional Court concerning art. 4 of the decree n. 138 of 2011.

Oggetto di queste brevi note è la questione relativa ai limiti alla privatizzazione dei servizi pubblici locali a seguito dei referendum del giugno 2011. Affronterò la questione articolandola su quattro punti, oggetto di altrettante domande, specificamente riferite alla compatibilità con l’esito referendario di due recenti interventi normativi in materia.

La disciplina introdotta con l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 viola l'esito referendario?

L'art. 4 del c.d. d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. nella legge 14 settembre 2011, n. 148) sotto la rubrica "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea", contiene una disciplina che marginalizza l'affidamento *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, favorendo in tale ambito la massima liberalizzazione e limitando, in via generale, "l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità". In quest'ultimo caso l'ente locale potrà attribuire diritti di esclusiva nel conferimento della gestione del servizio in favore di imprenditori o di società "mediante procedure competitive ad evidenza pubblica". Nell'ambito della complessa disciplina recata dall'art. 4 si prevede, tra l'altro, che l'affidamento a "favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento europeo per la gestione cosiddetta 'in house'", possa avvenire solo ed esclusivamente se il valore economico dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 900.000 euro annui" (comma 13, modificato peraltro, come vedremo, dal decreto legge c.d. Cresci Italia che ha abbassato il valore soglia a 200.000 euro annui).

Mi pare che la nuova disciplina si ispiri alla medesima *ratio* che sosteneva l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112, oggetto di abrogazione referendaria, per come ricostruita dalla Corte costituzionale nella sent. n. 24 del 2011. Secondo la Corte il predetto art. 23-bis risponde, infatti, alla "*ratio* di favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica e, a tale fine, limita i casi di affidamento diretto della gestione, consentendo la gestione *in house* (cioè una peculiare forma di gestione diretta del servizio da parte dell'ente pubblico, affidata senza gara pubblica) solo ove ricorrano situazioni del tutto eccezionali, che 'non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato'".

Come era prima dell'abrogazione referendaria del 2011 la c.d. "gestione in house" (caratterizzata dal fatto che l'affidatario costituisce la "*longa manus* di un ente pubblico che lo controlla pienamente e totalmente", secondo la definizione data dalla Corte cost. nella sent. 325 del 2010) torna, dunque, ad essere ipotesi eccezionale nell'ambito delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali. Da questo punto di vista, sembra proprio che il disposto del d.l. n. 138 del 2011 violi l'esito referendario.

Ma il referendum non riguardava solo il servizio idrico?

No. Come si ricorderà erano state presentate tre richieste referendarie. La prima, ritenuta ammissibile, riguardante i servizi pubblici locali in genere; la seconda, dichiarata inammissibile, concernente esclusivamente il servizio idrico integrato (n. 2); la terza, dichiarata ammissibile, implicante l'eliminazione del riferimento contenuto nella disciplina del governo e della gestione dell'acqua (art. 154, comma 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, Codice dell'ambiente) al criterio della "adeguatezza della remunerazione del capitale investito", così da renderla estranea alle logiche del profitto.

Peraltro, nel dichiarare inammissibile la richiesta concernente specificamente le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico, la Corte costituzionale ha precisato che tale soluzione era conseguente al fatto che la richiesta abrogazione dell'art. 150 del Codice dell'ambiente (come modificato dall'art. 2, comma 13, d.lgs. 16 gennaio 2008, n. 4, nel testo risultante dall'art. 12 d.P.R. 6 settembre 2010, n. 168) non era idonea a far venir meno l'applicazione al solo servizio idrico delle forme di gestione fissate, anche per tale servizio, dall'art. 23-bis d.l. n. 112 del 2008, applicabile a quasi tutti i servizi pubblici locali, compreso il servizio idrico, indipendentemente dalla vigenza dell'art. 150 del Codice dell'ambiente (sent. n. 25 del 2011). Per far venir meno le limitazioni alle modalità di affidamento diretto nella gestione dei servizi pubblici locali, compreso il servizio idrico, l'unica strada era proprio quella della abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. 112 del 2008, tentata con successo con il quesito n. 1, dichiarato ammissibile con la sent. n. 24 del 2011. La Corte sul punto è stata molto chiara: il quesito non

è limitato al servizio idrico ed ha come obiettivo la rimozione di una disciplina “diretta sostanzialmente a restringere, rispetto alle regole concorrenziali minime comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto, e in particolare la gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica”. L’abrogazione referendaria ha avuto dunque l’indiscutibile esito di far venir meno le limitazioni alle modalità di affidamento diretto contenute nell’art. 23-bis del d.l. 112 del 2008, e, in particolare, alla “gestione *in house*” dei servizi pubblici locali che risultassero *aggiuntive rispetto a quanto imposto dal diritto dell’UE*.

Il fatto che il d.l. n. 138 del 2011 e poi che il decreto c.d. Cresci Italia non prevedano l’applicazione al servizio idrico delle regole ivi contenute non basta, dunque, per dire che la volontà popolare espressa con il referendum sia stata rispettata?

No, l’aggiornamento della volontà referendaria c’è ed è solo apparentemente meno evidente. La Corte ha detto che non si potevano eliminare tramite il referendum soltanto le limitazioni all’affidamento *in house* per il servizio idrico, ma che semmai si potevano, come è accaduto, eliminare le predette restrizioni per tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica. Ebbene, ripristinare queste limitazioni, pur non prevedendone l’applicazione per il servizio idrico, significa proprio andare contro la volontà referendaria come ricostruita, quanto ad obiettivi, dalla sent. n. 24 del 2011. Il punto è stato ben messo in evidenza nel ricorso alla Corte costituzionale presentato dalla Regione Marche e riguardante l’art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (ric. n. 138/2011, pubblicato in G.U. del 21/12/2011, n. 53), che sarà discusso in udienza pubblica il prossimo 19 giugno. La Regione ha lamentato proprio la violazione dell’esito referendario, richiamandosi all’art. 75 Cost., nonché la lesione della propria competenza legislativa residuale in materia di “servizi pubblici locali” (art. 117, comma 4, Cost.). Non si contesta il fatto che lo Stato possa intervenire in virtù della competenza legislativa esclusiva in materia di tutela della concorrenza. Si contesta, invece, il fatto che sia intervenuto con una disciplina volta sostanzialmente a ripristinare la normativa abrogata, introducendo limiti per ciò stesso incostituzionali alla scelta regionale sulle modalità di gestione dei servizi pubblici locali, materia di potestà legislativa residuale delle Regioni secondo quanto dalla stessa Corte costituzionale già riconosciuto (a partire dalla sent. n. 272 del 2004).

Se, come ha detto la Corte costituzionale nella sent. n. 24 del 2011, l’introduzione di “regole concorrenziali (quali quelle in tema di *gara ad evidenza pubblica per l’affidamento in gestione di servizi pubblici*) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell’Unione europea non è imposta dall’ordinamento comunitario”, come giustificare la loro reintroduzione dopo l’abrogazione referendaria? Questa volta non basta, non può bastare, lo *slogan* tanto in voga ai giorni nostri: “ce lo chiede l’Europa”! Né può essere evocato l’altro *slogan*, forse oggi un po’ demodé: “ce lo chiede il popolo”!

La privatizzazione dei servizi pubblici locali non ce la chiede l’Europa e non la vogliono, stando all’esito referendario, i cittadini!

Eppure, nonostante ciò, l’art. 25 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. Cresci Italia, convertito nella legge 24 marzo 2012, n. 27) ha perfino aggravato la situazione, in termini di incompatibilità con l’esito referendario, introducendo, tra l’altro, due previsioni molto significative nel corpo del d.l. n. 138 del 2011: a) inserendo l’art. 3-bis, nel quale si precisa che, a decorrere dal 2013, “l’applicazione di procedure di affidamento dei servizi a evidenza pubblica da parte di regioni, province e comuni o degli enti di governo locali dell’ambito o del bacino [territoriale] costituisce elemento di *virtuosità* degli stessi”; b) sostituendo al comma 13 le parole “somma complessiva di 900.000 euro annui” con “somma complessiva di 200.000 euro annui”, essendo quindi oggi quest’ultimo il valore economico-soglia del servizio oggetto dell’affidamento per il quale “l’affidamento può avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall’ordinamento europeo per la gestione cosiddetta *in house*”.

Insomma, per essere virtuose le autonomie territoriali devono preferire l'applicazione della procedura di affidamento a evidenza pubblica e comunque non possono ricorrere all'affidamento a favore di società a capitale interamente pubblico se il valore economico del servizio è superiore a 200.000 euro annui.

Cos'è questo se non sovvertimento della volontà espressa attraverso il referendum e affermazione della incapacità della pubblica amministrazione di saper efficacemente "auto-produrre" servizi? Perfino l'Europa, che ha storicamente eretto a principio guida del proprio operato la libera concorrenza e il libero mercato, non è mai arrivata a tanto, ammettendo in materia di appalti la possibilità di ricorrere all'*in house providing* (formula usata per la prima volta nel Libro Bianco sugli appalti del 1998) in deroga alla regola della gara, qualora concorrano le seguenti condizioni: l'amministrazione aggiudicatrice esercita sull'aggiudicatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; l'aggiudicatario svolge la maggior parte della sua attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza (Corte di giustizia, 18 novembre 1999, causa C-107-1998).

Perché mai la sfera pubblica dovrebbe rivolgersi preferibilmente al privato per produrre e/o fornire servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa? Perché mai ove il servizio coinvolga un bene comune questo non dovrebbe, invece, preferibilmente, rimanere in mano pubblica? Una Repubblica che è costituzionalmente impegnata nella lotta per la rimozione delle diseguaglianze (art. 3, comma 2, Cost.) non deve rinunciare a gestire direttamente i beni comuni, sottraendoli anche ad un eccessivo sfruttamento che ne comporta un progressivo depauperamento. Se è vero che si intendono rispettare i diritti delle generazioni future, l'impegno va rispettato con i fatti, pure sottraendo questi ambiti alle logiche imperanti del profitto.

Esiste un divieto di sostanziale ripristino della normativa abrogata dal referendum?

La dottrina si è molto interrogata sulla questione relativa agli eventuali vincoli sul legislatore scaturenti dall'esito positivo della consultazione referendaria. La soluzione più persuasiva sembra essere quella che considera la legge in contrasto con l'esito referendario indirettamente lesiva dell'art. 75 Cost. Una conferma in tal senso sembra potersi trarre dalla stessa giurisprudenza costituzionale e in particolare dalla ord. 9 del 1997, ove si legge che la normativa adottata dal legislatore successivamente alla consultazione referendaria "è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza – da parte del legislatore stesso – dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare". Nella specie la Corte dichiarò inammissibile per carenza di legittimazione soggettiva il conflitto promosso dal comitato promotore del referendum sul finanziamento pubblico dei partiti nel quale si lamentava l'elusione dell'esito referendario a seguito della approvazione della nuova legge della materia (legge n. 2 del 1997), in quanto la funzione costituzionalmente rilevante e garantita del predetto Comitato trova il suo naturale limite nella conclusione del procedimento referendario. Vero è dunque che il vincolo non può essere fatto valere dal Comitato promotore, che con l'esaurirsi del procedimento referendario perde la sua veste di potere dello Stato *sui generis*, ma altrettanto certo è che quel vincolo c'è e può essere fatto valere davanti alla Corte costituzionale nel giudizio di legittimità costituzionale, presumibilmente utilizzando l'art. 75 Cost. come parametro, se del caso, come taluni ritengono, in combinato con l'art. 1 Cost.

I problemi sono semmai altri e riguardano il limite temporale del vincolo e comunque le condizioni che possano giustificare il suo superamento. La dottrina, in assenza di indicazioni giurisprudenziali, ha proposto soluzioni diverse: a) l'applicazione del vincolo fino al momento del rinnovo delle Camere, in quanto produttivo di situazione politicamente nuova rispetto a quella esistente al momento della consultazione; b) l'applicazione analogica del termine di cinque anni che l'art. 38 della legge n. 352 del

1970 prevede come limite al divieto di riproposizione di richieste referendarie bocciate dal corpo elettorale; c) il richiamo al criterio di ragionevolezza in relazione alle caratteristiche della materia riguardata. L'ultimo criterio sembra al più poter concorrere con gli altri, nel senso di poter legittimare una deroga al vincolo in relazione alla specificità della fattispecie (si pensi ad una materia condizionata da conoscenze tecniche o acquisizioni scientifiche, ove una nuova "scoperta" può legittimare un intervento anche immediato del legislatore volto a ripristinare la disciplina abrogata dal popolo). Ad ogni modo, quale che sia la soluzione preferita, lo specifico caso di ripristino di normativa abrogata non sembra trovare giustificazione alcuna: il d.l. n. 138 del 2011 è stato adottato neanche due mesi dopo la consultazione referendaria e, *medio tempore*, non si è avuto il rinnovo delle Camere. Lo stesso dicasi per il successivo decreto legge c.d. Cresci Italia, adottato sette mesi dopo la consultazione e sempre in assenza di rinnovo delle Camere.

Peraltro, nel caso qui esaminato non sembrano sorgere particolari dubbi interpretativi circa la portata del nuovo intervento normativo, sulla sua idoneità ad essere qualificato come ripristino della normativa abrogata. Sul punto il criterio da seguire può ricavarsi da quanto affermato dalla Corte costituzionale rispetto allo specifico problema della idoneità della legge abrogatrice della normativa sottoposta a referendum, sopraggiunta nel corso del procedimento referendario, a bloccare la consultazione (sent. n. 68 del 1978). La Corte affermò che l'effetto bloccante non si produce – determinando lo svolgimento del referendum sulle nuove disposizioni legislative – ove la legge abrogatrice introduca una soltanto apparentemente nuova disciplina della materia, "senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti". Applicando quel criterio alla legge adottata *post referendum* si dovrebbe dire che questa viola l'esito della consultazione popolare ove non modifichi i principi ispiratori della disciplina abrogata né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti.

Certo, l'aver escluso che, ove il legislatore reintroduca la disciplina abrogata, il Comitato promotore possa "difendere" il risultato referendario in sede di conflitto di attribuzioni rende difficile e comunque sposta avanti nel tempo la possibilità di far valere il predetto vincolo, specie se si ritiene che questo possa essere richiamato soltanto nella sede di un giudizio di legittimità costituzionale introdotto, in via incidentale, da un giudice nel corso di un giudizio che coinvolga quella disciplina. Ma la Corte sembra ormai ammettere che anche nel giudizio in via principale, attivabile entro 60 giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente forza di legge (art. 127 Cost.), le Regioni possano evocare parametri estranei al riparto di competenze ove la violazione degli stessi ridondi nella lesione di proprie sfere di autonomia. In questo senso la Corte si è espressa nella nota sent. n. 22 del 2012, con riguardo alla disomogeneità di emendamenti introdotti in sede di conversione di un decreto legge, nonché nella più recente sent. n. 80 del 2012, a fronte, in quest'ultimo caso, della proposizione di una questione di legittimità costituzionale riguardante disposizioni di un decreto delegato prive di fondamento nella legge di delega e idonee a determinare la lesione di sfere di autonomia regionale (in materia di turismo). In questo senso la Corte potrebbe ora esprimersi rispetto alla questione di costituzionalità dell'art. 4 del d.l. 138 del 2011, sollevata dalla Regione Marche, ove la violazione dell'esito referendario ridonda in lesione delle competenze regionali in materia di servizi pubblici locali.

Prima ancora, avrebbe forse potuto esercitare in modo diverso i suoi poteri il Presidente della Repubblica, considerato che la riproduzione è avvenuta mediante decreti legge, atti soggetti a plurimi controlli del Capo dello Stato, nelle sedi dell'emanazione, dell'autorizzazione alla presentazione del disegno di legge di conversione, della promulgazione della legge di conversione. Ma ciò non è accaduto,

nemmeno nella forma blanda dell'invito al Parlamento a meditare circa la conversione di una disposizione del d.l. che avrebbe implicato una lesione della volontà espressa mediante referendum. E pensare che una dottrina assai autorevole aveva ritenuto, tempo addietro, che il mancato rispetto del vincolo referendario autorizzerebbe addirittura il Presidente della Repubblica allo scioglimento delle Camere colpevoli di aver deliberato in diretto contrasto con il popolo