

PRIMISSIME CONSIDERAZIONI A MARGINE DEGLI ARTT. 4 E 5 DECRETO LEGGE N. 138 DEL 13 AGOSTO 2011 E RELATIVO IMPATTO SUI SERVIZI PUBBLICI LOCALI

1. L'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011 tra ordinamento europeo e ordinamento interno alla luce dell'esito referendario del 12-13 giugno 2011: profili di illegittimità

Ancor prima di entrare nell'analisi dei contenuti, credo sia opportuno evidenziare che l'art. 4 del decreto-legge n. 138 del 2011 interviene, dal punto di vista formale e sostanziale, su buona parte delle materie abrogate con il referendum del 12-13 giugno 2011.

Si fa in particolare riferimento al primo quesito referendario quello avente ad oggetto i modelli di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali. In quelle date, va ricordato, che ventisette milioni di persone non si sono espresse unicamente contro la privatizzazione dell'acqua, ma, più in generale, contro modelli di gestione dei servizi pubblici locali orientati a logiche forzate di dismissione in piena attuazione del *refrain* neo-liberista.

Un'ampia maggioranza di cittadini, dunque, che si è espressa decisamente contro la cultura monodimensionale del monismo statale, fondata sul concetto delle privatizzazioni "forzate", e su norme lesive delle competenze funzionali di regioni ed enti locali è stata mortificata.

In merito all'art. 4 del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011, rubricato "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa europea*" credo sia opportuno, al di là della formale – e rassicurante – enunciazione, soffermarci ed analizzarne i relativi contenuti, in particolare quelli che sembrano riproporre le norme abrogate in via referendaria.

Innanzitutto, occorre ricordare che soltanto pochi mesi fa, esattamente il 12 gennaio 2011, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 24 del 2011¹, nell'accogliere la proposta referendaria, tesa all'abrogazione dell'art. 23 bis della l. n. 166 del 2009, fissava tre punti decisamente innovativi, che hanno contribuito ad aprire – quand'anche a rafforzare – una riflessione più ampia sul diritto pubblico europeo dell'economia, sul rapporto pubblico-privato, sul tema dei beni comuni, e non di meno, sul ruolo degli enti locali nella gestione dei servizi pubblici locali.

In particolare:

- 1) si smentiva che il diritto europeo imponesse agli Stati membri di privatizzare *tout court* i servizi pubblici locali;
- 2) si riconosceva l'esistenza di un diritto pubblico europeo dell'economia, contraddicendo chi sostiene da anni la sola esistenza in ambito comunitario del diritto dei mercati e della concorrenza;

¹ Per un commento puntuale alla sentenza si veda A. Lucarelli, *Commento alla sentenza n. 24 del 2011*, *Giur. Cost.*, 2, 2011.

3) si riconosceva ai comuni la possibilità, a seguito di referendum, di rifarsi direttamente al diritto dell'Unione europea che prevede, tra l'altro, seppur in maniera non esplicita, la gestione pubblica e diretta dei servizi di interesse generale², intesi sia quelli a rilevanza economica, che quelli privi di rilevanza economica.

In merito, è opportuno ricordare che sulla base di una pluralità di fonti normative comunitarie (art. 14 TFUE, art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'Unione europea – che ai sensi dell'art. 6 TUE ha lo stesso valore giuridico dei Trattati - art. 106, comma 2 TFUE³) anche servizi pubblici locali a rilevanza economica, quali appunto i servizi di interesse economico generale, non sarebbero sottoposti alle regole assolute ed imprescindibili del mercato e della concorrenza, in tutti i casi in cui ciò sarebbe obiettivamente giustificato, ovvero laddove il principio della concorrenza impedisca agli enti erogatori di servizi di interesse economico generale di perseguire i valori comuni dell'Unione e di promuovere la coesione economico-sociale e territoriale⁴. In sostanza, per i servizi di interesse economico generale la concorrenza si esprime come una semplice regola che si rapporta di volta in volta con il **principio della coesione economico-sociale e territoriale**⁵, che configura obiettivi e limiti di natura sociale.

Nella visione pan-economica contenuta nel decreto di ferragosto sfugge (*rectius* appare violato) il rapporto principio-regola, ma soprattutto sfugge la categoria giuridico-economica, articolata, aperta e pluralista dei servizi di interesse economico generale, una categoria che non può *tout court* essere inglobata nella categoria dei servizi pubblici locali a rilevanza economica; una categoria che, in ogni caso, prevede nella gestione deroghe alla regola del mercato e della concorrenza.

Il modello di ispirazione "europeo" consente al comune di valutare "caso per caso" piuttosto che "una volta per tutte" la natura del servizio ed il relativo modo di gestione. L'art. 4 del suddetto decreto, in contrasto con le suddette considerazioni, ma soprattutto in contrasto con il principio comunitario della coesione economico-sociale e territoriale, ripropone, con una visione antipluralista, il binomio servizio a rilevanza economica-concorrenza e mercato. Ma soprattutto sembra ossessionato dalla furia delle privatizzazioni "a tutti i costi".

Si ignora che proprio ai principi comunitari possa essere ricondotta l'azione normativa ed amministrativa dell'esecutivo, degli enti pubblici e degli enti infrastatali (legittimità comunitaria)⁶.

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 24 del 2011, nel consentire alla normativa interna di trovare fondamento nel diritto dell'Unione europea, ha recepito l'applicazione di quello che si potrebbe definire

² La Comunicazione della Commissione del Parlamento europeo al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Libro bianco sui servizi di interesse generale – del 12.5.2004 afferma che l'espressione servizi di interesse generale è un'espressione più ampia di servizi di interesse economico generale e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico. In questo senso si veda COM (2007) 725, punto 2, laddove si afferma esplicitamente che nella nozione di servizi di interesse generale (SIG) rientrano sia i servizi di interesse economico generale (SIEG), sia i servizi non economici di interesse generale (SNEIG).

³ D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato, e welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 147, evidenzia come la valutazione della nozione di ostacolo all'adempimento della missione di interesse generale possa essere svolta oltre che dalla Commissione, anche dalle autorità nazionali le quali sono in possesso di tutti gli elementi necessari per portarla efficacemente a termine.

⁴ Per maggiori approfondimenti sul punto si veda A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: Linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 6, 2010.

⁵ Da ultimo e molto circostanziata in merito alla relazione tra servizio di interesse economico generale, coesione sociale e territoriale, diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione, l'analisi di D. Gallo, *I servizi di interesse economico generale*, cit., pp. 714 ss.

⁶ Per una disamina del concetto si rinvia a F. Sorrentino, *Lezioni sul principio di legalità*, Torino, 2007, in particolare pp.43-47.

principio di legalità europeo⁷, un principio, fondamento giuridico dell'azione normativa primaria, secondaria e terziaria, che supererebbe anche il limite della tipicità degli atti amministrativi e che troverebbe un suo naturale rafforzamento nel principio della *preemption*, in base al quale l'effetto preclusivo nei confronti della legislazione nazionale difforme alla normativa comunitaria è quello di vietare norme statuali sia più rigide, che più permissive⁸.

Come è noto, la sentenza *Fratelli Costanzo* ha notoriamente indebolito il principio di legalità nel diritto interno, inteso come prevalenza della fonte normativa di rango primario sugli atti amministrativi nazionali (intesi sia come atti statali che atti provenienti da enti infrastatali), obbligando l'amministrazione nazionale a disapplicare la normativa interna incompatibile con quella europea, sebbene compatibile con quella nazionale. Da ciò si evince che il comune possa legittimamente scegliere forme di gestione diretta, e quindi in economia (con personale, mezzi e attrezzature proprie) ovvero tramite azienda speciale.

Un potere insopprimibile che va garantito all'ente locale di scegliere il proprio modello di gestione, in forza degli artt. 5, 114, 117, comma 6, 118, 119 Cost., ovvero in forza di quei principi costituzionali che sanciscono, in merito all'organizzazione e al funzionamento degli enti locali, un elevato livello di autonomia.

Principi richiamati dal protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona che ha ad oggetto i servizi di interesse generale, ma anche dall'art. 5 TUE (ex art. 5 TCE) che fissa il principio di auto-organizzazione dell'ente locale⁹. In particolare, l'art. 26 del Protocollo oltre alla dimensione sociale esprime di fatto i principi della sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza, ben presenti nel comma 1 dell'art. 118 Cost. ed in senso più ampio esprime quel **principio di sussidiarietà verticale** cardine del sistema istituzionale multilivello dell'Unione europea, le cui ragioni di fondo richiedono di tener conto delle differenze, delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali, culturali diverse, ma anche da cambiamenti tecnologici ed economici come osservato dalla comunicazione della Commissione del 21 maggio 2003¹⁰.

Con la sentenza n. 24 del 2011 la Corte costituzionale chiarisce che il diritto europeo non impone obblighi di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione di servizi pubblici, caratterizzandosi, al contrario, per il **principio di neutralità** rispetto al regime (art. 345 TFUE)¹¹, pubblico o privato, della proprietà che, insieme ai principi di libertà di definizione e proporzionalità, costituisce uno dei cardini della

⁷ Mi sia consentito rinviare a A. Lucarelli, *Editoriale. Ancora sul diritto pubblico europeo dell'economia: la legislazione per principi e la legittimità comunitaria*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, n. 1/2011, pp. 4-5.

⁸ Si precisa tuttavia che l'effetto preclusivo (*preemption*) della normativa europea su quella nazionale occorre soltanto nel caso in cui le istituzioni comunitarie decidano di "legiferare" in un determinato settore con un intervento normativo di armonizzazione totale. Sul concetto di *preemption* si rinvia a R. Mastroianni e A. Arena, *I servizi pubblici nel GATS e nel TFUE: una radicale divergenza di impostazione?*, in *Dir. comm. inter.*, n. 1, 2010, p. 55. Sull'applicazione della *preemption* alla legislazione dell'Unione in materia di mercato interno si veda da ultimo A. Arena, *The Doctrine of Union Preemption in the EU Single Market: Between Sein and Sollen*, in *Jean Monnet Working Papers*, 2010, n. 3.

⁹ In merito occorre ricordare anche l'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali (Accesso ai servizi d'interesse economico generale), ai sensi del quale "Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente al trattato che istituisce la Comunità europea". In merito sia consentito rinviare a A. Lucarelli, *Commento all'art. 36 (accesso ai servizi di interesse generale)*, R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, passim.

¹⁰ Libro verde sui servizi di interesse generale (COM (2003) 270 definitivo, 14.

¹¹ L'art. 345 TFUE (ex. art. 295 TCE) prevede che: "I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale¹², come affermato dalla Commissione nella propria comunicazione del 2001.

La Commissione non entra nel merito della questione, ovvero se le imprese responsabili della prestazione di servizi d'interesse generale debbano avere natura pubblica o privata; non è pertanto necessario privatizzare le imprese pubbliche.

D'altra parte, le norme del Trattato, e in particolare quelle in materia di concorrenza e di mercato interno, si applicano indipendentemente dal regime di proprietà (pubblica o privata) di un'impresa¹³.

Infine, si affianca al principio di legalità europeo (con il corollario della *preemption*), al principio di sussidiarietà verticale e al principio di neutralità l'altro principio comunitario, quello della **libera definizione**.

In particolare, al principio comunitario della libera definizione fa riferimento una recente sentenza del Tribunale di primo grado dell'Unione Europea¹⁴ che, nel confermare la posizione della Commissione europea, ha riconosciuto al livello locale di governo la responsabilità di decidere e scegliere le modalità di gestione¹⁵. Tale libertà di apprezzamento, definizione e scelta è stata ben colta, da ultimo, dalla V sezione del Consiglio di Stato che, con sentenza del 10 settembre 2010, ha affermato che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo e che pertanto non sarebbe possibile affermare *a priori* un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura non economica¹⁶. Implicito è il richiamo al principio comunitario della "libera definizione", principio che *scivola* sul potere di qualificare la natura del servizio e la relativa modalità di gestione, da cui si evince la natura e qualificazione del servizio¹⁷.

Sul punto la Corte costituzionale, con la sentenza n. 272 del 2004, si era richiamata a sua volta al Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, in cui la Commissione europea aveva affermato che la distinzione tra attività economiche e non economiche avesse carattere dinamico ed evolutivo.

In sostanza, la qualificazione di un servizio pubblico locale, come avente o meno rilevanza economica, non dipenderebbe dalla natura delle cose, bensì da valutazioni contestuali, fornendo rilievo il modo in cui è svolta l'attività che caratterizza il servizio pubblico locale. In questo senso, molto utile è l'indicazione fornita dalla Corte dei Conti¹⁸ in merito ad un parere fornito sull'ambito di applicazione dell'art. 23 *bis*, secondo cui "ciò che qualifica l'attività come economica non è solo il fine produttivo cui essa è indirizzata, ma anche il metodo con cui è "svolta", vale a dire che le entrate percepite servono a remunerare i fattori produttivi utilizzati, coprendo i costi con i ricavi. La Corte dei Conti precisa ulteriormente che "non può invece qualificarsi come attività economica la produzione, sia da parte di un soggetto pubblico che da un soggetto privato, di beni o servizi

¹² Per un'analisi di tali principi si veda A. Lucarelli, *Commento alla sentenza n. 24 del 2011*, cit.

¹³ Comunicazione della Commissione, *I servizi d'interesse generale in Europa*, in *GUCE C 17* del 19.1.2001, pp. 4–23.

¹⁴ Cfr. TPG, T-289/03, BUPA. In merito si veda G. Guiglia, *I servizi sociali nel processo di integrazione europea: dalla definizione alla regolazione*, in *Jus*, 3, 2009, p. 464. Per un'analisi di tali principi si veda A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma*, cit.

¹⁵ Cfr. COM (2001) 598, punto 22: "La competenza di decidere quale servizio debba essere considerato servizio di interesse generale e come debba essere gestito appartiene in primo luogo al livello locale".

¹⁶ Spetta poi al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato. In questo senso cfr. Corte di Giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001.

¹⁷ Per una riflessione in merito alla determinazione della natura del servizio pubblico ed al suo carattere dinamico ed evolutivo si vedano le riflessioni di R. Bifulco, *Prmissime osservazioni sul servizio idrico integrato come servizio pubblico locale privo di rilevanza economica*, in Audizione Comune di Napoli – Assessorato Beni Comuni, del 20 luglio 2011, in merito al processo di ripubblicizzazione dell'ARIN spa in Azienda speciale.

¹⁸ Parere Corte dei conti n. 195 del 2009, in merito si veda R. Bifulco, *Prmissime osservazioni*, cit.

erogati gratuitamente o a prezzo politico, ciò che fa oggettivamente escludere la possibilità di coprire i costi con i ricavi. Non è pertanto l'oggetto dell'attività ma la modalità di gestione che determina l'indice della sua economicità".

Con l'abrogazione referendaria dell'art. 23 *bis* viene sostanzialmente meno anche quella concezione oggettiva della nozione di servizio pubblico locale che la Corte costituzionale nella sentenza n. 325 del 2010 aveva costruito appunto intorno all'art. 23 *bis* e che ha consegnato allo Stato la fissazione del contenuto della nozione oggettiva di rilevanza economica. Viene soprattutto meno un'interpretazione del diritto dell'Unione europea che, per quanto ritenuta legittima dalla Corte costituzionale (sent. 325/2010), rappresentava pur sempre una scelta non obbligata, diretta a ricondurre tutti i servizi pubblici nella logica del mercato, negando qualsivoglia forma di autodeterminazione ai comuni.

Un'interpretazione che da ultimo si contrapponeva ai recenti indirizzi della Corte di giustizia, laddove ribadiva che un servizio è privo di carattere economico allorché rientra in una missione di un'istituzione pubblica ed è finanziato prevalentemente da fondi pubblici. Si fa in particolare riferimento alla sentenza Coditel con la quale "Si riconosce, infatti, che un'autorità pubblica ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi"¹⁹.

In merito poi specificamente alla gestione del servizio idrico va evidenziato che il principale atto legislativo adottato dall'Unione europea in materia di disciplina delle acque (direttiva 2000/60/CE) afferma che "l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale", precisando nel preambolo che "la fornitura idrica è un servizio d'interesse generale", omettendo ogni riferimento alla sua natura economica (considerando n. 15). L'intera direttiva è permeata dall'idea che l'acqua è sì una risorsa, ma è soprattutto "un ciclo"²⁰.

Al riguardo, la Commissione europea – sulla scorta delle pronunce della Corte di giustizia – considera non dotate di natura economica quelle attività connesse all'esercizio di prerogative statali e all'adempimento di responsabilità dello Stato nei confronti della popolazione.²¹

In sostanza il diritto europeo – normativo e giurisprudenziale – e la giurisprudenza costituzionale, amministrativa e contabile ribadiscono il principio che non esiste una nozione normativa dei servizi pubblici locali e che la relativa rilevanza, economica e non, non dipende dalla natura delle cose, bensì da valutazioni contestuali, ovvero dal modo in cui si decide, dal punto di vista politico e gestionale, di svolgere l'attività²².

Dal diritto europeo, ma anche dal diritto interno, ancor più dopo la sentenza n.24 del 2011, è evidente che dal modo in cui si decide di gestire il servizio è possibile qualificare la natura del servizio stesso. I comuni possono dunque decidere il modo di gestione e quindi qualificare il servizio. Norme, anche di rango statale,

¹⁹ 13 novembre 2008, C-324-08, Coditel, punto 48 e sentenza 11 gennaio 2005 C-26-03, Stadt Halle e RPL Lochau, punto 48. Anche secondo la Carta europea sui servizi locali e regionali d'interesse generale del marzo 2009 il servizio pubblico non può essere assimilato all'ordinaria attività economica.

²⁰ In merito si veda R. Mastroianni, *L'incidenza del diritto UE sulla fornitura di servizi pubblici*, in Audizione Comune di Napoli, cit.

²¹ Riforma delle norme UE in materia di aiuti di Stato relativamente ai servizi di interesse economico generale, COM (2011) 146, p. 4.

²² R. Bifulco, *Prmissime osservazioni*, cit.

che si pongano in contrasto con i suddetti principi (coesione economico-sociale e territoriale, legalità – *preemption* - neutralità, sussidiarietà verticale e libera definizione), oltre che con la Costituzione, sono da ritenersi illegittime.

Va inoltre osservato che nel rapporto tra autonomia legislativa regionale e autonomia statutaria/amministrativa comunale, quest'ultima acquista la massima espansione allorché la regione non provveda a dotarsi di una disciplina legislativa in materia di servizi pubblici locali privi di rilevanza economica.

2. Profili di illegittimità costituzionale del decreto-legge: segue

Il suddetto quadro di riferimento normativo e giurisprudenziale, intreccio di più ordinamenti giuridici (europeo, statale, regionale, locale), non è assolutamente preso in considerazione dal decreto legge n. 138, anzi sistematicamente violato.

Il decreto-legge n. 138 ripropone (ad eccezione dell'acqua, e di alcuni altri servizi indicati nell'art. 4, comma 34) la normativa abrogata dal referendum, comprimendo (sic!) i poteri dei comuni ed imponendo loro, salvo un ambiguo potere di verifica dai contorni sfumati, di mettere sul mercato i servizi pubblici locali (art. 4, comma 1).

Dal decreto non emerge la dimensione pluralista dei servizi di interesse economico generale, come su evidenziata, laddove invece la regola della concorrenza e del mercato appaiono imperanti e di fatto inderogabili per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Scompaiono anche i tre modelli di gestione del Ronchi e sostanzialmente se ne propone soltanto uno – quello mercantile e privatistico - in contrasto con tutto il quadro di riferimento normativo (principi, regole e giurisprudenza) su menzionato. È ignorato, o meglio violato, tutto quel complesso di principi, regole e decisioni giurisprudenziali che stanno faticosamente contribuendo alla nascita del diritto pubblico europeo dell'economia in contrapposizione e/o bilanciamento al diritto europeo inteso esclusivamente o prevalentemente come diritto dei mercati e della concorrenza²³.

L'eccezione alla regola mercantile è estremamente debole e sicuramente non riproduce correttamente il rapporto tra principio e regola di cui al diritto comunitario, che consente ai comuni di definire modello di gestione e conseguente natura del servizio.

Infatti, la verifica, che darebbe al comune il potere di deliberare l'esigenza di attribuzione di diritti di esclusiva in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite (art. 4, commi 1, 2, 4, 8), comunque si fonda sul principio della gara e di procedure competitive, impedendo al comune, dopo verifica di esigenze economico-sociali, di gestire il servizio *in house*, in via diretta o attraverso l'affidamento ad aziende speciali. Quindi, anche in questa fattispecie, è violato il principio della libera definizione e della sussidiarietà verticale, oltre che naturalmente il principio di legalità europeo.

Anche l'ipotesi di cui all'art. 4, comma 13 non sembra in armonia con il diritto comunitario, e segnatamente con il principio di neutralità, laddove l'affidamento *in house*, senza gara, al di sotto di 900.000 euro è possibile

²³ A. Lucarelli, *Editoriale: Principi costituzionali europei, politiche pubbliche, dimensioni dell'effettività. Per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Rass. dir. pubbl. europeo*, 1, 2006, pp. 3 ss.; *Ibidem*, *Editoriale: Ancora sul diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., pp. 5 ss.

soltanto in favore di spa pubbliche. Ovvero i comuni non potrebbero decidere di far gestire tali servizi ad aziende speciali, enti di diritto pubblico, che è bene ricordare sono tuttora presenti nell'ordinamento giuridico italiano (art. 114 TUEL).

Si reintroduce, di fatto, una normativa abrogata dal referendum, forse addirittura inasprendone le misure, violando il divieto formale e sostanziale del ripristino della normativa abrogata (artt. 5 e 75 Cost.).

In conclusione, risultano violati tutti i principi comunitari e la Costituzione in tutte le parti in cui si fissano principi di autarchia e autodeterminazione dei comuni (artt. 5, 114, 117, 118 Cost.) La concorrenza da regola, secondo il diritto comunitario, diventa principio ispiratore assoluto e inderogabile delle politiche pubbliche locali. Attraverso un atto governativo, si viola il principio del pluralismo degli ordinamenti e del regime delle competenze tra Stato, regione ed enti locali. Si afferma un principio di monismo e centralismo governativo in spregio altresì delle prerogative parlamentari.

3. Il saccheggio dei beni comuni e dei servizi pubblici essenziali: l'art. 5 del decreto-legge n. 138 del 2011

Infine, merita una riflessione autonoma l'art. 5 del decreto: "Norme in materia di società municipalizzate". Tale norma prevede che con decreto ministeriale si possano attribuire alle regioni e agli enti locali nel biennio 2013-2014 fino a 500 milioni di euro a vantaggio di investimenti infrastrutturali effettuati dagli enti territoriali che procedano entro il 31 dicembre 2012 ed entro il 31 dicembre 2013 alla dismissione di partecipazione azionarie in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Si pone in essere una vera e propria dismissione di beni e servizi senza la previsione di controlli, vincoli, prescrizioni di congruità, trasparenza. Il rischio è il trasferimento della rendita dal pubblico al privato, ma soprattutto l'obbligo per comuni, di fatto, a vendere beni e servizi per la realizzazione ad esempio di strade. Ogni comune riceverà dal ministro delle infrastrutture la stessa quota ricavata dalle azioni che riuscirà a vendere sul mercato. In sostanza, si pone in essere una svendita diffusa di servizi, anche legati ad esigenze e bisogni primari, a favore di cemento e quant'altro!

Insomma, si reintroduce, dopo il voto referendario, una normativa non priva di parti demagogiche – si pensi alla riduzione dei comuni e delle province imposta dal governo senza alcuna procedura partecipativa dal basso²⁴ - ancora più volgare ed aggressiva del decreto Ronchi; una normativa che non ha nulla in comune con i processi di liberalizzazione, ma piuttosto tutta orientata a processi di privatizzazione a tappe forzate²⁵,

²⁴ I Comuni a rischio sono 1963 e sopprimendoli si avrebbe un risparmio di 5.841.888 euro, meno del costo annuo di 13,5 deputati. Va inoltre notato che il 71% dei piccoli comuni a rischio si trova in montagna. Accorparli potrebbe voler dire sopprimere una parte dei servizi oggi a disposizione della popolazione. Per risparmiare, servizi come la posta, l'ambulatorio, la farmacia comunale, la scuola finirebbero col trovarsi solo nel comune più grande. Lo stesso Servizio studi del Senato ha evidenziato altresì che anche la soppressione delle province piccole e poco popolose (con meno di 300 mila abitanti e una superficie inferiore ai 3 mila km quadrati) potrebbe produrre costi superiori ai risparmi. In particolare il Servizio studi teme costi aggiuntivi che potrebbero sorgere relativamente ad una serie di adempimenti di natura straordinaria, connessi al passaggio di funzioni e risorse umane strumentali a finanziarie province soppresse ai nuovi enti.

²⁵ L'art. 4, comma 32 prevede che gli affidamenti diretti relativi a servizi di valore economico superiore a 900.000 euro annui cessino improbabilmente alla data del 31 marzo 2012; le gestioni affidate direttamente a società a partecipazione mista pubblica

che non tiene assolutamente in conto che l'obbligo di mettere sul mercato i servizi pubblici potrebbe comportare la dismissione di attività redditizie, con conseguenti perdite per l'ente locale.

Si introduce una normativa (art. 4, comma 5) che prevede che l'affidamento ad un privato dell'erogazione di un servizio pubblico, a tariffe basse o a particolari condizioni di erogazione, in quanto abbia ad oggetto la produzione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali implichino la regola delle compensazioni economiche a favore dei gestori privati.

Una norma che consente ai privati, ai danni dei cittadini, di muoversi con i vantaggi di monopolista privato, assistito da fondi pubblici, al di fuori dalle logiche del rischio di impresa. E, sempre su questa linea, l'incredibile tenore dell'art. 4, comma 29 che prevede un ulteriore indebito arricchimento in favore di gestori privati a danno della collettività e dei beni di appartenenza collettiva, laddove dispone che "alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale o in caso di sua cessazione anticipata, il precedente gestore cede al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze necessarie.....a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami".

Una vera e propria dismissione di beni e servizi pubblici con la reintroduzione della pericolosissima *retorica* della distinzione tra proprietà e gestione, laddove l'art. 4, comma 28 prevede "Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati".

Una *retorica*, avverso la quale, da sempre, si è contrapposto il Forum dei movimenti per l'acqua e la Commissione Rodotà e che ha costituito uno dei punti di maggiore discussione durante la campagna referendaria. Infatti, proprio in merito alla dicotomia tra proprietà formale e proprietà sostanziale si era con vigore affermato e sostenuto che il vero proprietario di beni e servizi pubblici non fosse il mero titolare del bene o del servizio ma l'effettivo gestore (proprietà formale/proprietà sostanziale).

4. Conclusioni: il coacervo di illegittimità e la violazione del principio della sovranità popolare

Gli artt. 4 e 5 del decreto in oggetto costituiscono dunque un panorama di illegittimità diffusa e di saccheggio di servizi pubblici locali e di beni comuni.

Si inaspriscono le misure abrogate con il referendum che, come è noto, non aveva ad oggetto soltanto l'acqua, ma piuttosto il modello delle privatizzazioni applicato ai servizi pubblici locali in maniera forzosa, negando qualsivoglia potere di autodeterminazione dei comuni.

Ma al di là delle suddette considerazioni, l'aspetto ancora più inquietante è che, come è noto, la caducazione referendaria "non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa... alla luce della peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell'ordinamento", così come affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 468 del 1990.

La Corte, in questa occasione, ha sottolineato che "a differenza del legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, il referendum manifesta una volontà definitiva e irripetibile". La Corte, con successive sentenze nn. 32/1993 e 33/1993 affermava il "divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare", contemporaneamente declinato anche

privata, con scelta del socio mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica non avente ad oggetto al tempo stesso la qualità di socio e l'attribuzione di compiti operativi connessi alla gestione del servizio, cessino improbabilmente al 30 giugno 2012.

quale “divieto di far rivivere la normativa abrogata”. Il referendum, in quanto strumento che permette al popolo di correggere l’indirizzo politico di maggioranza, obbliga il parlamento, attraverso l’abrogazione popolare, ad adeguarsi alla decisione referendaria²⁶.

A questo punto, stante l’illegittimità costituzionale del decreto-legge²⁷, in particolare, ma non solo, laddove reintroduce di fatto, i contenuti di cui al decreto Ronchi abrogato in via referendaria (artt. 1 e 75 Cost.), va preso in considerazione il ruolo del Capo dello Stato in sede di promulgazione della legge di conversione del decreto legge, ben potendosi configurare la possibilità di un rinvio, attinente al c.d. merito costituzionale di una legge sostanzialmente riproduttiva di una normativa abrogata.

L’esercizio di tale potere di freno del Capo dello Stato mirerebbe a contrastare l’iniziativa della maggioranza parlamentare, in particolare sulla scelta di un aperto contrasto con la volontà espressa dal popolo sovrano. La ri-approvazione del testo che non abbia tenuto in debita considerazione i rilievi del Capo dello Stato, potrebbe addirittura indurre lo stesso a rifiutarsi nuovamente di promulgarlo, potendo essere qualificabile l’atto della maggioranza parlamentare come attentato alla Costituzione.

Inoltre, come evidenziato nel commento, il decreto-legge viola il regime delle competenze tra Stato e regione, in particolare laddove con un’azione antipluralista di monismo governativo riconduce praticamente tutti i servizi pubblici locali nella sfera dei servizi a rilevanza economica violando, segnatamente, l’art. 117, comma 4 della Costituzione che attribuisce alle regioni e agli enti locali il potere di definire la natura e la gestione dei servizi pubblici locali, così come ricordato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 272 del 2004. L’art. 4 sottrae alle regioni il potere di esercitare la potestà legislativa esclusiva in merito alla natura del servizio e, in particolare, il diritto di qualificare, anche alla luce delle suddette considerazioni, determinati servizi non economici (SNEIG). Di conseguenza è sottratto alle regioni il potere di istituire enti pubblici regionali per la gestione dei propri servizi.

Infine, va ricordato che i comuni sono gli enti locali più colpiti e danneggiati dal decreto-legge in oggetto. L’art. 4 sottrae al comune il potere di qualificare la natura del servizio impedendogli la scelta del modello di gestione e l’art. 5 determina di fatto un depauperamento del comune in termini di beni e servizi. Sono violati come si è detto in precedenza, gli artt. 5, 114, 117 e 118 della Costituzione (oltre ovviamente l’art. 43 relativo al ruolo dell’impresa pubblica) ovvero il principio autarchico di autodeterminazione funzionale degli enti locali, ed in senso più ampio, l’ordinamento giuridico dei comuni.

²⁶ Per un’analisi sul punto si vedano le ampie e puntuali riflessioni di T.F. Giupponi, *Il giudizio di legittimità sull’esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di Quaderni cost.*, 2006.

²⁷ La Corte costituzionale con sentenza n. 307 del 1983 ha affermato che neppure l’emergenza economica legittima la violazione della Costituzione.