

# ARTICOLI

TOMMASO BONETTI

## SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA: DALL'“INSTABILITÀ” NAZIONALE ALLA “DERIVA” EUROPEA

«[...] e il naufragar m'è dolce in questo mare»

GIACOMO LEOPARDI

SOMMARIO: 1. I servizi pubblici locali dall'«instabilità» alla «deriva»: una premessa. – 2. La sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199: profili ricostruttivi. – 3. Gli effetti diretti della decisione. – 4. Gli effetti mediati della pronuncia. – 5. I servizi pubblici locali di rilevanza economica tra ordinamento europeo, *horror vacui* del legislatore e discipline di settore: una chiosa conclusiva.

### **1. I servizi pubblici locali dall'“instabilità” alla “deriva”: una premessa**

Con la sentenza 20 luglio 2012, n. 199, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148 e successive modificazioni ed integrazioni, recante «adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare ed alla normativa dell'Unione europea»<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Oltre che in sede di conversione ad opera della l. n. 148/2011, infatti, numerose previsioni dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 sono state oggetto di successivi interventi da parte del legislatore; in particolare, per effetto della l. 12 novembre 2011, n. 183, del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27 e, da ultimo, dall'art. 53, d.l. 22 giugno 2012, n. 83 convertito, con modificazioni, dalla l. 7 agosto 2012, n. 134. Sul concetto e l'evoluzione del regime dei servizi pubblici locali, tra gli altri, si v. M. Dugato, *I servizi pubblici locali*, in *Tratt. dir. amm.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2003, Pt. spec., VI, 2581 ss.; G. Caia, *Sub artt. 22 e 23*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, *Art. 128. Supplemento*, Bologna, Zanichelli, 1996, 262 ss.; F. Li guori, *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2007; S. Mangiameli (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2008; F. Merusi, *Le leggi del mercato*, Bologna, il Mulino, 2002; L.R. Perfetti, *Contributo ad una teoria dei pubblici servizi*, Padova, Cedam, 2001; G. Piperata, *Ti-*

Secondo il giudice costituzionale, infatti, tale disciplina è stata adottata in violazione del «divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare»<sup>2</sup>.

Si tratta di una pronuncia di assoluto rilievo sia per le conseguenze che ne derivano in ordine al regime giuridico dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia, più in generale, in quanto la decisione sembra destinata a segnare in profondità il relativo statuto disciplinare, conformando per il futuro le corrispondenti opzioni di politica del diritto in seno all'ordinamento nazionale, anche eventualmente in un'ottica *de jure condendo*<sup>3</sup>.

Contorni emblematici, da questo punto di vista, assume lo “stravolgimento” dell'ambizioso disegno di privatizzazione degli assetti gestionali e, soprattutto, di liberalizzazione dei mercati di riferimento enucleato proprio dalla disposizione normativa censurata<sup>4</sup>.

Per cogliere appieno l'oggetto del giudizio di costituzionalità, si può brevemente ricostruire la vicenda nei termini seguenti.

Con l'art. 23-*bis*, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, convertito nella l. 6 agosto 2008, n. 133 e successive modificazioni ed integrazioni, il legislatore

*picità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Milano, Giuffrè, 2005; R. Villata, *Pubblici servizi*, Milano, Giuffrè, 2003.

<sup>2</sup> Sul «divieto di ripristino formale e sostanziale» desumibile dall'art. 75 Cost., si v. i commenti a C. cost. 22 gennaio 1997, n. 9 di R. Pinardi, *Riflessioni a margine di un obiter dictum sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, in *Giur. cost.*, 1997, 48 ss.; P. Veronesi, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, *ivi*, 55 ss.; G. Ferri, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, *ivi*, 62 ss., ove ulteriori riferimenti bibliografici.

<sup>3</sup> La declaratoria di incostituzionalità costituisce un esito “previsto” dalla scienza giuridica: in tal senso, si v. E. Furno, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011*, in *www.giustamm.it*, 2011, 30 ss.; A. Lucarelli, *Prmissime considerazioni a margine degli artt. 4 e 5 decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in *www.associazionedeicostituzionalisti.it*; S. Staiano, *I servizi pubblici locali nel decreto-legge n. 138 del 2011. Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2011; G. Piperata, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in questa *Rivista*, 2011, 33 ss.; M. Ruotolo, *Non “ce la chiede l'Europa” e “non la vogliono i cittadini”. Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *www.costituzionalismo.it*, n. 2/2012. La dottrina, del resto, «[...] oltre a registrare fenomeni e tentare di darne una spiegazione razionale, può anche permettersi di fare profezie»: così F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, Bologna, il Mulino, 2012, 159.

<sup>4</sup> La disposizione abrogata, del resto, sembrava quasi configurarsi alla stregua di una sorta di «decisione di sistema» cui, in chiave evidentemente più generale, si riferisce N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 53.

## servizi pubblici locali di rilevanza economica

aveva tentato di ridefinire il quadro normativo di riferimento applicabile in via generale al settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica<sup>5</sup>.

L'art. 23-bis, tuttavia, è stato abrogato per effetto del referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011<sup>6</sup>.

In conseguenza di ciò, il legislatore introduceva l'art. 4, d.l. n. 138/2011, più volte modificato, attraverso cui «ripristinava» il regime giuridico antecedente, sia pur escludendo parzialmente dal relativo ambito di applicazione il servizio idrico integrato; il che, specialmente alla luce del tenore del primo dei quesiti proposti, corrispondeva ad una lettura quantomeno orientata dei risultati referendari, nella misura in cui ne circoscriveva arbitrariamente l'impatto – per l'appunto – al solo servizio idrico<sup>7</sup>.

Investita della questione sulla base di una serie di ricorsi promossi da alcune regioni, la Corte costituzionale ha ritenuto fondati i motivi di inco-

<sup>5</sup> L'art. 23-bis era stato anch'esso oggetto di interventi successivi, tra cui quello ad opera dell'art. 15, d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito, con modificazioni, nella l. 20 novembre 2009, n. 166; tra i diversi commenti all'art. 23-bis, si v. M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, a cura di E. Bruti Liberati, F. Donati, Torino, Giappichelli, 2010, 127 ss.; F. Cintioli, *Concorrenza, istituzioni e servizio pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010, 219 ss.; C. De Vincenti, A. Vigneri, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Rimini, Maggioli, 2011; M. Dugato, *La riforma dei servizi pubblici locali tra concorrenza e conservazione*, in *Riv. trim. app.*, 2010, 41 ss.; F. Merusi, *Le modalità ordinarie di gestione dei servizi pubblici locali*, in *Nuove autonomie*, 2009, 307 ss.; R. Villata (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, Giappichelli, 2011, *passim*. Dopo alcuni ripensamenti ed una faticosa gestazione ministeriale, all'art. 23-bis era stata data attuazione con il regolamento di cui al d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168, su cui si cfr. F. Fracchia, *I servizi pubblici e la retorica della concorrenza*, in *Foro it.*, 2011, V, 106 ss.; F. Dello Sbarba, *Il regolamento attuativo in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica*, in *Urb. app.*, 2011, 26 ss.

<sup>6</sup> L'effetto abrogativo, ai sensi dell'art. 37 della l. 25 maggio 1970, n. 352, si è realizzato attraverso il d.P.R. 18 luglio 2011, n. 113; al riguardo, per la tesi secondo cui l'effetto abrogativo conseguente all'esito referendario integrerebbe gli estremi di un «vincolo giuridico» per il legislatore, tra gli altri, si cfr. F. Modugno, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1988, I, 7; M. Siclari, *Le «norme interposte» nel giudizio di costituzionalità*, Padova, Cedam, 1992, 104 ss.; per la tesi, invece, della natura puramente «politica» del vincolo, si v. V. Baldini, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli, Liguori, 1996, 167 ss.; R. Pinardi, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. cost.*, 1994, 2368 ss.; sul referendum come «strumento di codeterminazione dell'indirizzo politico», si v. le considerazioni di A. Cariola, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale: contributo allo studio di potere sovrano nell'ordinamento pluralista*, Milano, Giuffrè, 1994, spec. 335 ss.

<sup>7</sup> In tal senso, M. Capantini, *I referendum sulla «privatizzazione dell'acqua» e degli altri servizi pubblici*, in *Quad. cost.*, 2011, 410; G. Piperata, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 33 ss.

stituzionalità su cui si è basata la questione sollevata, pronunciando una sentenza di accoglimento con la quale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011<sup>8</sup>; questo, come anticipato, stante il rinvenuto contrasto con il divieto di riproposizione della disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria ai sensi dell'art. 75 Cost.<sup>9</sup>.

Se così è, sono molteplici gli angoli di visuale dai quali potrebbe essere esaminata la pronuncia; itinerari di indagine che potrebbero interessare, tra l'altro, sia il rapporto tra le argomentazioni svolte dalla Corte in tale circostanza e la precedente giurisprudenza costituzionale in tema di divieto di ripristino sia, più in generale, il ruolo svolto dal giudice costituzionale nel quadro delle dinamiche referendarie<sup>10</sup>.

Nondimeno, pur collocando tali questioni sullo sfondo più generale dell'indagine, in questa sede ci si soffermerà essenzialmente su due aspetti.

Innanzitutto, si procederanno a ricostruire ed analizzare i contenuti della pronuncia rivolgendo una particolare attenzione ai relativi effetti, a partire dalla problematica riguardante la disciplina giuridica applicabile – a tutt'oggi – alle attività di servizio pubblico locale di rilevanza economica.

Tutto ciò, invero, anche al fine di apprezzarne l'eventuale impatto sia in ordine alla finalità pro-concorrenziali *nel* e *per* il mercato perseguite dalla disposizione abrogata sia rispetto ad uno dei tradizionali cardini dello statuto proprio dei servizi, ovvero quello concernente la dimensione dell'autonomia locale relativamente all'assunzione, organizzazione e gestione di tali

<sup>8</sup> Si tratta, in particolare, delle regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e Sardegna.

<sup>9</sup> Sulla portata dell'art. 75 Cost., nell'ambito dei rapporti tra «democrazia diretta» e «democrazia rappresentativa», sono utili le riflessioni di M. Luciani, *Art. 75. La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, cit., 2005, 9 ss.; sul referendum come «atto normativo» primario, ancorché soltanto «negativo» e «unidirezionale», tra gli altri, si v. A.M. Sandulli, *Fonti del diritto*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, Utet, 1961, VII, 524 s. e 529; *contra*, per la tesi secondo cui trattasi di mero «fatto normativo», C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1976, 856 s.; sulla questione del referendum quale «atto avente forza di legge», invece, si cfr. V. Crisafulli, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, 786.

<sup>10</sup> Evidentemente, cioè, sia all'atto di ammissione dei quesiti sia, come nella fattispecie in esame, in sede di giudizio di legittimità costituzionale sulla disciplina successivamente adottata; sul ruolo della Corte costituzionale, in generale, si leggano i recenti saggi contenuti in B. Caravita di Toritto (a cura di), *La giustizia costituzionale in trasformazione: la Corte costituzionale tra giudice dei diritti e giudice dei conflitti*, Napoli, Jovene, 2012; per una critica all'attitudine del referendum abrogativo a realizzare la compiuta espressione della volontà del corpo elettorale, stante la complessità delle questioni spesso connesse ai quesiti, si v. M. Luciani, M. Volpi, *Referendum*, Roma-Bari, Laterza, 1992, *passim*.

## servizi pubblici locali di rilevanza economica

attività; un cardine che, *ça va sans dire*, la riforma del 2008 e, soprattutto, quella del 2011 avevano messo fortemente in discussione.

Successivamente, si svolgeranno alcune considerazioni intorno alle prospettive del settore a seguito della pronuncia con riferimento alle possibili dinamiche evolutive in ambito ordinamentale del regime giuridico dei servizi locali di rilievo economico.

L'impressione, del resto, è che con la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4 la Corte non abbia solamente affrontato una questione inerente il divieto di ripristino di cui all'art. 75 Cost., ma abbia altresì concorso a fissare rigidi "paletti" entro cui non potrà che articolarsi qualsivoglia – e non necessariamente auspicato – intervento normativo successivo<sup>11</sup>.

### **2. La sentenza della Corte costituzionale 20 luglio 2012, n. 199: profili ricostruttivi**

Per rappresentare l'effettiva portata della decisione e valutarne così le implicazioni di ordine generale, è bene ripercorrere brevemente l'*iter* argomentativo seguito dal giudice delle leggi.

Come evidenziato, l'art. 4, d.l. n. 138/2011 è stato adottato dopo che era stata dichiarata l'abrogazione, a seguito del referendum popolare del giugno 2011, dell'art. 23-*bis*, d.l. n. 112/2008 che dettava la precedente disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica; per il giudice costituzionale, tuttavia, attraverso tale disposizione normativa il legislatore statale non ha fatto altro che introdurre una disciplina meramente ripristinatoria di quella già oggetto di abrogazione referendaria.

Le ragioni sono essenzialmente due.

Per un verso, in chiave sostanziale, l'art. 4 configura un regime giuridico contraddistinto dalla medesima *ratio* di quello abrogato, operando una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house providing*, anche al di là di quanto prescritto dall'ordinamento europeo.

Per altro verso, sul piano formale, tale previsione risulta «[...] letteralmente riprodotta, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-*bis* e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo articolo».

<sup>11</sup> D'altronde, non è la prima volta che la Corte segna l'evoluzione del regime dei servizi pubblici locali in sede ordinamentale; si cfr., ad esempio, Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272, in *Gior. dir. amm.*, 2005, 27 ss., con commento di G. Marchi, *I servizi pubblici locali tra post-testà legislativa statale e regionale*.