

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»¹.

¹ 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»².

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*³.

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 censurata⁴.

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.

² 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.

³ 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.

⁴ 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 economica⁵.

L'art. 23-bis, tuttavia, è stato abrogato per effetto del referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011⁶.

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 idrico⁷.

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

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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. 138/2011⁸; 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.⁹.

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 referendarie¹⁰.

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

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

⁹ 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.

¹⁰ 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 successivo¹¹.

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 riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-*bis* e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo articolo».

¹¹ 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*.

Non è sufficiente, del resto, la parziale esclusione del servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione dell'art. 4, risultando del tutto evidente sia l'identità della *ratio* ispiratrice sia l'analogia – addirittura la coincidenza – della disciplina contenuta nel medesimo articolo rispetto a quella dell'abrogato art. 23-*bis*.

Secondo il giudice costituzionale, infatti, «[...] le poche novità introdotte dall'art. 4 accentuano la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere»; mentre «[...] l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica», non potendosi ritenere che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia «[...] soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare».

Tranchant è, per l'effetto, la conclusione della Corte: l'art. 4 si presenta come la mera reintroduzione della disciplina precedentemente abrogata in sede referendaria, violando il precetto del «divieto di ripristino» desumibile dall'articolo 75 Cost.

La pronuncia si presta a tre considerazioni preliminari.

In primo luogo, vale la pena segnalare la coerenza intrinseca delle argomentazioni del giudice costituzionale rispetto a quanto evidenziato in precedenza all'atto dell'ammissione della richiesta del referendum popolare¹².

In quella sede, infatti, la Corte aveva chiaramente rilevato che «l'abrogazione richiesta riguarda(va) una normativa generale», prevalente su quelle di settore, salvo che per i settori esclusi; l'astratta riconducibilità alla previsione dell'art. 23-*bis* di un' indefinita pluralità di servizi pubblici locali di rilevanza economica, d'altro canto, non avrebbe consentito di formulare un quesito diretto ad abrogare tale disciplina solo con riferimento ad alcuni settori di servizi pubblici, tenendo conto altresì dell'efficacia meramente ablativa e non propositiva o additiva dell'istituto referendario¹³.

¹² Si cfr. C. cost., ord. 26 gennaio 2011, n. 24, in ordine alla quale si v. il commento di M. Capantini, *I referendum sulla «privatizzazione dell'acqua» e degli altri servizi pubblici*, cit., 409 ss.

¹³ Sicché, «il quesito non avrebbe mai potuto avere l'obiettivo di abrogare il suddetto articolo solo “nella parte in cui” si applica ad uno o ad alcuni determinati settori di servizi pubblici locali»: in questi termini, C. cost. ord. n. 24/2011, ove si segnala altresì che «l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori (dichiarazioni, oltretutto, aventi spesso un contenuto diverso in sede di campagna per la raccolta delle sottoscrizioni, rispetto a quello delle difese scritte od orali espresse

servizi pubblici locali di rilevanza economica

In secondo luogo, alla luce delle numerose modifiche apportate al testo dell'art. 4 successivamente alla proposizione dei ricorsi, la Corte ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale con riguardo sia al testo originario sia a quello risultante da tutti gli interventi successivi; tanto più che le modificazioni successive hanno rafforzato il contenuto prescrittivo delle disposizioni normative censurate, limitando ulteriormente le ipotesi di affidamento diretto dei servizi¹⁴.

Infine, quanto al parametro del giudizio di costituzionalità, si è già evidenziato che la Corte lo identifica espressamente nella violazione dell'art. 75 Cost.

L'art. 4, d.l. n. 138/2011, cioè, viola il «divieto di ripristino di disciplina normativa abrogata» da referendum popolare in base al quale al legislatore è preclusa la possibilità, ancorché corrispondente ad una precisa scelta politica, di far rivivere la normativa abrogata – anche solo in via transitoria – a fronte della «peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell'ordinamento»¹⁵.

Tutto ciò, infatti, riflette esigenze di interpretazione unitaria della trama costituzionale, in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa; il fine, in altri termini, è di impedire che l'esito della consultazione popolare venga sostanzialmente vanificato, in assenza di significativi mutamenti successivi del quadro politico, ovvero delle circostanze di fatto, idonei a giustificare un simile effetto¹⁶.

in sede di giudizio di ammissibilità), ma esclusivamente dalla finalità “incorporata nel quesito”, cioè dalla finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento». In proposito, merita di essere segnalata l'opinione critica nei confronti della posizione assunta dalla Corte costituzionale di F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 108, secondo cui «[...] i quesiti referendari erano palesemente inammissibili perché riferentesi ad una legge rientrante nella categoria delle “leggi tributarie e di bilancio”, come avevano osservato i “socialisti municipali all'inizio del 900”, i quali avevano messo in rilievo che la tariffa dei pubblici servizi locali era da considerarsi una imposizione fiscale».

¹⁴ Per raggiungere l'obiettivo di estendere le censure anche alla nuova formulazione dell'art. 4, la Corte fa leva sul principio di effettività della tutela costituzionale nelle ipotesi di *jus superveniens*; si cfr., in proposito, anche C. cost. 13 giugno 2012, n. 142.

¹⁵ Si v. C. cost. n. 9/1997; nonché 22 ottobre 1990, n. 468; 8 febbraio 1993, n. 32.

¹⁶ Per P. Sabbioni, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2011, 13, «[...] non può essere annoverata tra le circostanze sopravvenute, tali da imporre il ripristino della disciplina abrogata mediante referendum, l'ormai famosa lettera del 5 agosto scorso inviata dal Governatore della BCE, Trichet, e dal suo successore designato, Draghi, al Governo italiano».

Certo, riconosce la Corte, si tratta pur sempre di un «[...] vincolo necessariamente delimitato, in ragione del suo carattere puramente negativo, posto che il legislatore ordinario, pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata».

Un'eventualità, però, che non ricorre assolutamente nel caso di specie: da un lato, le disposizioni censurate costituiscono mero ripristino di quelle abrogate, senza che siano modificati né i principi ispiratori della disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti; dall'altro, non si rinvergono condizioni «politiche» ovvero «fattuali» tali da legittimare il superamento del divieto di ripristino¹⁷.

Non è possibile soffermarsi oltre su tali profili. Ci si limita solamente ad osservare, però, che la Corte non sembra identificare il fondamento della forza passiva rinforzata del referendum in una supposta superiorità gerarchica dell'istituto rispetto alle altre fonti primarie in quanto espressione diretta della sovranità popolare¹⁸, ovvero in quanto esercizio di una funzione di controllo popolare sull'esercizio della potestà legislativa¹⁹.

Piuttosto, sulla scia di una lettura unitaria della trama costituzionale ed in un'ottica di raccordo tra gli strumenti di democrazia diretta e quelli propri del sistema rappresentativo, il vincolo derivante dall'abrogazione referendaria sembra risiedere nella necessità di evitare che l'esito della consultazione «[...] venga posto nel nulla, vanificandosi il relativo l'effetto utile», in assenza di significativi mutamenti politici e/o delle condizioni fattuali²⁰;

¹⁷ D'altronde, ad avviso del giudice costituzionale, il brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione dell'art. 4 – solo ventitre giorni con riguardo alla prima versione – è sintomatico dell'assenza di fattori idonei ad integrare gli estremi di un mutamento politico o fattuale rilevante ai fini del superamento del «divieto di ripristino».

¹⁸ In tal senso, di recente, A. Nicotra, *Le zone d'ombra nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, a cura di R. Pinardi, Torino, Giappichelli, 2007, 247.

¹⁹ Si cfr. F. Cuocolo, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2000, XI ed., 279.

²⁰ Per L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1991, 209, «[...] è difficilmente pensabile che l'abrogazione referendaria di una certa legge non produca alcuna conseguenza a carico dell'ordinaria potestà legislativa delle Camere: è poco verosimile, cioè, che sia legittimo reintrodurre nell'ordinamento, subito dopo il voto popolare, la stessa legge che gli elettori abbiano inteso togliere di mezzo e sembra preferibile pensare che un siffatto esercizio della legislazione sia precluso a propria volta, fino a quando le Camere del Parlamento non

una opzione interpretativa, quella seguita della Corte, cui non sembrano del tutto estranei impliciti richiami anche al principio di certezza del diritto in vista della risoluzione del conflitto tra determinazioni normative²¹.

3. Gli effetti diretti della decisione

La pronuncia di accoglimento della Corte costituzionale investe il settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica determinando essenzialmente due effetti: uno “diretto”, un altro apparentemente “mediato”.

L’effetto diretto riguarda il regime giuridico e la relativa disciplina applicabile ai servizi pubblici locali di rilievo economico; quello mediato, invece, il disegno di politica del diritto che, anche al di là delle prescrizioni di derivazione comunitaria, il legislatore italiano aveva inteso perseguire attraverso l’art. 23-*bis*, prima, e soprattutto con l’art. 4, poi.

Per quanto riguarda la questione relativa alla disciplina applicabile ai servizi pubblici locali a seguito della pronuncia della Corte, la risposta sembra potersi ricavare – più o meno agevolmente – facendo leva anche sulla precedente giurisprudenza costituzionale²².

A tal fine, sono almeno due i punti di riferimento per l’interprete.

Il primo è rappresentato dall’ordinanza con la quale sono stati ammessi i quesiti referendari: in quella sede, infatti, il giudice costituzionale aveva osservato che dall’abrogazione dell’art. 23-*bis* non deriva alcuna reviviscenza delle norme abrogate, ma l’applicazione immediata e diretta della disciplina normativa di fonte comunitaria all’ordinamento italiano – meno restrittiva rispetto a quella nazionale – relativa alle regole concorrenziali minime in

vengano ricostituite dal corpo elettorale, così da generare una situazione politicamente e giuridicamente diversa da quella già in atto»; in tal senso, anche A. Mangia, *Referendum*, Padova, Cedam, 1999, 317. Valorizza, invece, il mutamento delle condizioni fattuali, R. Pinardi, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, cit., 2358 s., secondo cui «il sostanziale mutamento delle condizioni presenti al momento dell’espressione della volontà popolare fa venir meno lo stesso presupposto [...] per poter parlare di un qualsivoglia ‘limite’ al pieno esplicarsi della potestà legislativa».

²¹ Sul punto, relativamente al principio di «certezza del diritto» quale «[...] norma principio di chiusura dell’ordinamento europeo [...]», si v. F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 9 ss.

²² In tal senso, A. Sandulli, *L’acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della concorrenza*, in *Giur. cost.*, 2012, in corso di pubblicazione.

tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica²³.

In un'occasione precedente relativa al giudizio di costituzionalità dell'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008, invece, la Corte aveva espressamente escluso che siffatta previsione rappresentasse un'«applicazione necessitata» del diritto europeo, integrando solamente una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell'art. 117 Cost.²⁴; in altri termini, l'introduzione di regole concorrenziali più rigorose di quelle richieste a livello europeo non è imposta dall'ordinamento comunitario «[...] e, dunque, non è costituzionalmente obbligata [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»²⁵.

A fronte della declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011, il regime giuridico dei servizi pubblici locali di rilevanza economica è così definito direttamente dall'ordinamento europeo, applicandosi la disciplina relativa ai servizi di interesse economico generale²⁶.

²³ In questi termini, C. cost., ord. 26 gennaio 2011, n. 24; per l'esclusione della reviviscenza in fattispecie similari, si cfr. C. cost., 7 febbraio 2000, n. 31; 10 febbraio 1997, n. 40; sulla reviviscenza, in generale, si v. A. Celotto, *Reviviscenza degli atti normativi*, in *Enc. giur.*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 1998, XVII, *ad vocem*; si v., di recente, anche i contributi raccolti in *Referendum abrogativo e reviviscenza*, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 2011, *passim*.

²⁴ Si v. C. cost. 17 novembre 2010, n. 325, in *Gior. dir. amm.*, 2011, 484 ss., con commento di L. Cuocolo, *La Corte costituzionale "salva" la disciplina statale sui servizi pubblici locali*, e di A. Lucarelli, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. cost.*, 2010, 4645 ss.

²⁵ La Corte, peraltro, giunge ad una tale conclusione argomentando nel senso della sostanziale «omologazione» tra le nozioni di «servizio pubblico locale» e di «servizio di interesse economico generale» di derivazione comunitaria; in termini critici rispetto ad una tale opzione qualificatoria, R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto delle competenze tra Stato e Regioni*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2011; sulla distinzione tra servizi di interesse economico generali e servizi pubblici, in termini più generali, si cfr. D. Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine degli anni zero del XXI secolo*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 11 ss.

²⁶ Al riguardo, si v. L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*², diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Milano, Giuffrè, 2007, IV, 1791 ss.; G. Cartei, *I servizi di interesse economico generale fra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2005, 1219 ss.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

Mai come oggi, dunque, le “regole” dei servizi pubblici locali sono regole eminentemente comunitarie²⁷.

In questa prospettiva, oltre agli artt. 41 e 43 Cost., il riferimento normativo fondamentale è rappresentato dall’art. 106 TFUE²⁸.

Alla luce di tale previsione del Trattato, concorrono così a configurare lo statuto dei servizi locali di rilievo economico una serie di principi ed una pluralità di atti normativi, a partire da quelli relativi all’apertura alla libera concorrenza del mercato di riferimento²⁹.

E appena il caso di rilevare, poi, che la disciplina contenuta nell’art. 4 era solo una porzione, per quanto rilevante, del regime giuridico dei servizi pubblici locali; un regime che, come tale, era ed è costituito da un intreccio di previsioni generali e settoriali sia di derivazione europea, comprese quelle in tema di partenariato pubblico e privato, sia di fonte statale e regionale³⁰.

²⁷ Del resto, «[...] il nostro ordinamento è ormai una parte che deve essere inserita in un tutto comunitario e che da questo tutto ormai dipende»: così F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 94 ss.; in generale, sui principi dell’ordinamento comunitario, si cfr. G. della Cananea, C. Franchini, *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, *passim*.

²⁸ Per quanto concerne la relazione tra servizi pubblici e ordinamento europeo, senza pretesa di esaustività, si cfr. G. Corso, *I servizi pubblici nel diritto comunitario*, in *Riv. giur. quad. pub. serv.*, 1999, 7 ss.; S. Cassese, *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 83 ss.; M. Clarich, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l’esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, 91 ss.; A. Massera (a cura di), *Il diritto amministrativo dei servizi pubblici tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Pisa, Plus, 2004; G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, Bologna, il Mulino, 2005, *passim*; con specifico riferimento ai servizi pubblici locali, invece, si v. M. Cammelli, *Comunità europea e servizi pubblici*, in *Diritto amministrativo comunitario*, a cura di L. Vandelli, C. Bottari, D. Donati, Rimini, Maggioli, 1994, 179 ss.; S. Varone, *Servizi pubblici locali e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2004; G. Caia, *I servizi pubblici di rilevanza economica (liberalizzazioni, deregolazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria)*, in *Scritti in ricordo di F. Pugliese*, a cura di E. Follieri, L. Iannotta, Napoli, Esi, 2010, 515 ss.; sui caratteri del servizio universale, invece, si cfr. G.F. Cartei, *Servizio universale*, in *Enc. dir.*, Milano, Giuffrè, 2010, 1057 ss.; Id., *Il servizio universale*, Milano, Giuffrè, 2002, *passim*.

²⁹ Del resto, come osserva R. Cavallo Perin, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, 42, i principi agiscono «[...] come opera di sistemazione di episodici o settoriali interventi del legislatore nei servizi pubblici, [...] come innovazione costituzionale che definisce l’interpretazione delle disposizioni preesistenti, [...] come riduzione del molteplice ad unità di un ordinamento».

³⁰ Sul partenariato pubblico-privato, in generale, si rinvia a M.P. Chiti (a cura di), *Il partenariato pubblico-privato e la finanza di progetto*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009; F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l’ordinamento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, ove ampi riferimenti bibliografici.

Non solo: rispetto alla ricostruzione dello statuto dei servizi locali, un ruolo essenziale – talvolta quasi suppletivo – è stato svolto in passato dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale³¹; un ruolo che, alle condizioni date, non potrà che rivelarsi ancora più determinante.

Sulla base delle coordinate richiamate, di conseguenza, si registrano effetti particolarmente significativi che investono una parte dei contenuti della disciplina dichiarata incostituzionale³².

Con riguardo alle modalità di affidamento delle attività di servizio, contorni paradigmatici assume l'affidamento diretto in autoproduzione – secondo lo schema della delegazione interorganica – a società *in house providing* che non costituisce più una modalità meramente derogatoria e di portata residuale, così come era stata normativamente predefinita ai sensi del c. 13 della disposizione abrogata; ai fini di un legittimo affidamento *in house*, infatti, occorre “solamente” che l'ente costitutore rispetti tutti i requisiti prescritti in sede europea e, specialmente, quelli del «controllo analogo» e dell'«attività prevalente»³³.

Un discorso parzialmente simile sembra potersi svolgere anche con riferimento all'affidamento del servizio a società a partecipazione mista; una modalità di affidamento che, a tutt'oggi, non incontra più alcune delle puntuali limitazioni previste dalla norma censurata³⁴.

³¹ Si pensi, in via esemplificativa, al ruolo decisivo della giurisprudenza, comunitaria e nazionale, rispetto alla definizione dei caratteri identificativi della figura organizzativa dell'*in house providing*: si cfr., di recente, C. giust. Ce, sez. III, 10 settembre 2009, C-573/07; Cons. St., sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447; Cons. St., sez. V, 24 settembre 2010, n. 7092.

³² Per quanto concerne gli effetti in ordine alle previsioni normative relative alla liberalizzazione dei mercati di riferimento, si v. *infra* § 4.

³³ Sull'affidamento *in house providing*, tra gli altri, D. Casalini, R. Cavallo Perin, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.; F. Goisis, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 ss.; V. Parisio, *Servizi pubblici, giudice amministrativo e in house providing*, in *Dir. e soc.*, 2007, 367 ss.; R. Ursi, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179 ss.; C. Iaione, *Le società in-house. Contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, Jovene, 2007.

³⁴ Al riguardo, si v. M. Cammelli, M. Dugato (a cura di), *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, Giappichelli, 2007; M. Cammelli, A. Ziroldi, *Le società a partecipazione pubblica nel sistema locale*, Rimini, Maggioli, 1999; M. Dugato, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali*, Milano, 2001; F. Trimarchi (a cura di), *Le società miste per i servizi locali*, Milano, Giuffrè, 1999; P. Piras, *Servizi pubblici e società a partecipazione comunale*, Milano, Giuffrè, 1994; con riferimento ad altri aspetti specifici, si cfr. G. Caia, *Società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: scelta dei soci e procedure di affidamento del servizio*, in *Nuova rass. ldg.*, 1995, 1082 ss.; D. Sorace, *Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali mediante società per azioni*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1997, 51 ss.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

Anche a seguito della pronuncia, invero, perdura l'obbligo di affidamento secondo il modello della gara a cd. «doppio oggetto», direttamente mutuabile dall'ordinamento europeo; viene meno, però, l'obbligo di attribuire almeno il quaranta per cento del capitale sociale al socio privato operativo selezionato tramite l'esperimento di procedure ad evidenza pubblica³⁵.

Oltre alle restrittive previsioni in tema di modalità di affidamento, poi, la declaratoria di incostituzionalità “demolisce” anche un altro dei perni della disciplina abrogata, ovvero il rigoroso regime transitorio dettato dall'art. 4 in vista del progressivo allineamento dei regimi proprietari e degli assetti gestionali esistenti alle corrispondenti previsioni normative³⁶; lo stesso, peraltro, vale anche con riguardo ad altre previsioni contenute nell'art. 4, come quelle in tema di incompatibilità³⁷.

Sempre con riferimento agli effetti diretti della decisione, è bene rivolgere un cenno anche alla relativa efficacia temporale e, dunque, ai corrispondenti effetti in ordine ai rapporti pendenti.

Come noto, a fronte del carattere generale ed *erga omnes* delle pronunce di accoglimento, «le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione»³⁸; da qui, in concreto, l'obbligo gravante in capo a tutti i giudici di disapplicare la previsione dichiarata incostituzionale, fatti ovviamente salvi i cd. rapporti esauriti.

Pertanto, a seguito della pubblicazione della sentenza, la disposizione normativa incostituzionale non potrà più trovare applicazione in tutti i procedimenti giudiziari in essere, al di là del momento in cui si sono formati i rapporti oggetto del giudizio³⁹.

³⁵ Sulle condizioni da rispettare ai fini di una legittima composizione del modello societario misto, si cfr., Cons. St., ad. plen. 3 marzo 2008, n. 1, in *Gior. dir. amm.*, 2008, 1126 ss., con commento di G. Piperata, *Modelli societari e compiti pubblici: un connubio all'insegna dell'incertezza*; si v. anche Cons. St., sez. V, 4 agosto 2010, n. 5214; sui caratteri dell'organismo societario a capitale misto, in generale, sia consentito il rinvio a T. Bonetti, *Le società miste: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Ist. fed.*, 2011, 37 ss.

³⁶ Sulla relazione tra il regime transitorio e le politiche industriali, pur nella diversità dei comparti produttivi di riferimento, G. Pericu, *Regolazione e politiche industriali a livello nazionale e locale*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., spec. 47.

³⁷ Il che, invero, suscita qualche perplessità trattandosi di norme che, pur riproducendo in buona parte alcune disposizioni del d.P.R. n. 168/2010, sembrano riconducibili ad una differente *ratio* ispiratrice rispetto a quella identificata dalla Corte come propria della disciplina abrogata, ovvero quella di ridurre i potenziali conflitti di interesse nel governo dei servizi ed, in particolare, delle società pubbliche.

³⁸ Così dispone l'art. 30, c. 3, l. 11 marzo 1953, n. 87.

³⁹ Differente è, invece, l'ipotesi di eventuali discipline normative adottate successiva-

4. Gli effetti mediati della pronuncia

L'effetto apparentemente mediato della pronuncia incide, invece, sulle scelte di politica del diritto che, sulla base di una lettura "minimalista" degli esiti referendari, il legislatore aveva tentato di ripristinare in seno all'ordinamento nazionale con l'introduzione delle norme censurate, addirittura accentuandone le logiche e le finalità pro-concorrenziali *nel e per* il mercato⁴⁰.

Si tratta(va) di un ambizioso disegno strategico di ridefinizione dei contorni del regime giuridico dei servizi locali che, condivisibile o meno che fosse sul piano della teoria e dell'analisi economica e al di là delle criticità insite nella configurazione della relativa disciplina positiva, si caratterizzava per una *ratio* ispiratrice fondata su almeno tre capisaldi concettuali⁴¹.

In primo luogo, accanto all'introduzione di disposizioni preordinate alla privatizzazione degli assetti gestionali ed a meccanismi di concorrenza *per* il mercato, l'art. 4 conformava l'ordinamento dei servizi locali verso

mente al giudicato costituzionale; sembra il caso, in particolare, dell'art. 4, c. 8, d.l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. con modif. in l. 7 agosto 2012, n. 135, secondo cui «a decorrere dal 1° gennaio 2014, l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui». Ora, alla luce di una serie di ambiguità involgenti il relativo ambito di applicazione, anche a seguito della riformulazione del c. 3 operata in sede di conversione, è concreto il rischio che siffatta disposizione, laddove la si ritenesse applicabile ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, risulti effettivamente adottata in violazione del giudicato costituzionale a fronte, tra l'altro, della riconduzione dell'affidamento diretto *in house* a ipotesi meramente residuale. Secondo il giudice delle leggi, infatti, «[...] perché vi sia violazione del giudicato costituzionale, è necessario che una norma ripristini o preservi l'efficacia di una norma già dichiarata incostituzionale». Sicché, per effetto dell'art. 136, c. 1, Cost., il legislatore deve «[...] accettare la immediata cessazione dell'efficacia giuridica della norma illegittima, anziché prolungarne la vita sino all'entrata in vigore di una nuova disciplina del settore»; «le decisioni di accoglimento hanno per destinatario il legislatore stesso, al quale è quindi precluso non solo il disporre che la norma dichiarata incostituzionale conservi la propria efficacia, bensì il perseguire e raggiungere, *'anche se indirettamente'*, esiti corrispondenti a quelli ritenuti lesivi dalla Costituzione». In altre parole, si assiste alla violazione dell'art. 136 Cost. «[...] non solo qualora il legislatore disponga che una norma dichiarata incostituzionale conservi la sua efficacia, *ma anche quando una legge persegua e raggiunga lo stesso risultato*»: così, di recente, Corte cost. 3 novembre 2010, n. 350.

⁴⁰ Sulle difficoltà di aprire il settore alla concorrenza, si cfr. G. Napolitano, *La difficile introduzione della concorrenza nei servizi pubblici*, in *Econ. serv.*, 2010, 437 ss.

⁴¹ Sull'applicazione delle teorie economiche sul mercato concorrenziale ai servizi pubblici, sono utili le riflessioni sulla tesi di Littlechild svolte da F. Merusi, *La legalità amministrativa. Altri sentieri interrotti*, cit., 94 ss.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

forme di promozione di vere e proprie liberalizzazioni, nella prospettiva di dischiudere definitivamente i relativi mercati di riferimento alla libera competizione tra operatori pubblici e privati⁴².

In secondo luogo, anche oltre quanto precedentemente prescritto dall'art. 23-*bis*, si prevedevano una serie di misure volte a rafforzare la separazione tra attività di regolazione e attività di gestione nonché, per altro verso, a sfavorire la gestione pubblica dei servizi, come dimostra la degradazione dell'affidamento *in house providing* a modalità residuale e derogatoria.

Last but not least, pur ribadendo formalmente il ruolo dell'ente locale, si assisteva e, per certi versi, si continua ad assistere ad una sorta di “dequotazione” della dimensione locale in ordine alla definizione delle scelte relative all'assunzione, organizzazione e gestione dei servizi⁴³.

A fronte del “combinato disposto” degli esiti referendari, prima, e della pronuncia abrogativa della Corte, poi, le opzioni di fondo del paradigma normativo configurato dalla previsione censurata vengono meno, acutizzando uno dei tratti qualificanti il regime dei servizi locali degli ultimi anni, ovvero la relativa «instabilità»⁴⁴.

Si potrebbe essere così indotti a pensare che l'ordinamento italiano dei servizi di rilevanza economica debba adattarsi, se non addirittura rassegnarsi, ad una “deriva” incerta e senza precisi punti di riferimento.

Così evidentemente non è, come si è visto, a fronte dell'applicazione diretta dell'ordinamento comunitario e del relativo *minimum* pro-concorrenziale.

Nondimeno, prima di svolgere alcune considerazioni intorno alle prospettive del settore, è bene soffermarsi brevemente su un secondo effetto mediato della decisione del giudice delle leggi; un effetto che investe, in particolare, il ruolo degli enti locali nell'ambito del governo dei servizi di rilevanza economica.

⁴² Si cfr., in particolare, l'art. 4, c. 1-8, del d.l. n. 138/2011; sulle prospettive e sugli interventi che sarebbero stati comunque necessari in vista della liberalizzazione, si v. M. D'Alberti, *La liberalizzazione dei servizi. Passi successivi*, in *Econ. serv.*, 2007, 9 ss.

⁴³ Sulle conseguenze in ordine al concetto di servizio pubblico locale per come si è formato nella tradizione amministrativa italiana, si v. G. Piperata, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 48 ss. Sull'evoluzione della nozione di servizio pubblico locale, A. Police, *Spigolature sulla nozione di «servizio pubblico locale»*, in *Dir. amm.*, 2007, 79 ss.; Id., *Sulla nozione di “servizio pubblico locale”*, in *I servizi pubblici locali*, cit., 65 ss.; di «irrelevanza giuridica della nozione come concetto unitario», peraltro, parlava già S. Cassese, *I servizi pubblici nel Mezzogiorno*, Roma, Ricerche e studi Formez, 1969, 7.

⁴⁴ Come evidenziato da tempo da F. Merusi, *Servizi pubblici instabili*, Bologna, il Mulino, 1990, *passim*.

Come anticipato, infatti, si assiste da qualche tempo ad una progressiva “fuga” dalle amministrazioni locali quali sedi tradizionalmente privilegiate per quanto concerne sia la qualificazione di talune attività – astrattamente suscettibili di essere esercitate in forma d’impresa – come attività di servizio pubblico locale sia la relativa declinazione organizzativa e gestionale⁴⁵.

Non si tratta, con tutta evidenza, di un fenomeno recente o, comunque, riconducibile esclusivamente ai tipizzanti interventi del 2008 e del 2011; la “fuga” dalla dimensione locale, infatti, non si traduce(va) solo nella predeterminazione normativa dei margini di apprezzamento locale circa le modalità di affidamento di cui all’abrogato art. 4, ma anche nell’individuazione *ex novo* ovvero nel progressivo rafforzamento di altre e diverse sedi decisionali, spesso di dimensione sovracomunale.

La compressione delle prerogative comunali nel settore, cioè, tende ad atteggiarsi, nell’attuale momento storico, con forme marcatamente più intense e secondo modalità radicalmente più nitide rispetto al passato; così intense e nitide da non apparire azzardato rappresentarne la definitiva emersione in sede ordinamentale con l’espressione “demunicipalizzazione”⁴⁶.

Basti pensare, per l’appunto, a quelle recenti previsioni di diritto positivo preordinate a conformare l’intero ordinamento verso forme obbligatorie di organizzazione dei servizi in ambiti territoriali ottimali di ampiezza non inferiore alla scala provinciale⁴⁷.

La pronuncia del giudice costituzionale non incide direttamente su tali previsioni: l’art. 3-*bis*, l. n. 148/2011, in particolare, non viene “toccato” dalla decisione, né – per altro verso – la Corte sembra affrontare la questione dell’autonomia comunale.

Resta il fatto, però, che tra le opzioni pro-concorrenziali, i processi di liberalizzazione e la definizione di ambiti territoriali ottimali vi è, vi era, un

⁴⁵ «Si registra il favore per l’esternalizzazione di funzioni tecniche, cui corrisponde la riduzione della capacità degli enti locali di gestire in modo autonomo ed efficace gli affari di loro competenza»: così F. Trimarchi Banfi, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *www.asstrid-online.it*, 2010, spec. 22; G. Piperata, *Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, cit., 52 ss.; al riguardo, sono utili anche le riflessioni di L.R. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell’autonomia locale*, in *Urb. app.*, 2011, 906 ss.

⁴⁶ Secondo G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *www.asstrid-online.it*, 2011, 7, in relazione agli interventi normativi degli ultimi anni, «[...] l’autonomia degli enti locali non è stata mai tanto enfatizzata quanto contemporaneamente compressa».

⁴⁷ Si cfr., al riguardo, l’art. 3-*bis*, c. 1-1-*bis*, l. n. 148/2011 e successive modificazioni ed integrazioni.

legame profondo, quasi una corrispondenza biunivoca; ancorché intervenuta successivamente all'introduzione dell'art. 4, infatti, la configurazione dei bacini risponde a logiche improntate alla differenziazione territoriale e socio economica in vista della massimizzazione dell'efficienza dei servizi e dell'implementazione delle relative economie di scala.

In questa prospettiva, almeno nelle intenzioni, gli ambiti avrebbero dovuto costituire il substrato materiale del disegno di ridefinizione del regime dei servizi locali, ovvero il "luogo" di territorializzazione delle opzioni di politica del diritto *nel e per* il mercato enucleate dall'abrogato art. 4; un complesso di scelte che, nell'insieme, concorrevano a ridimensionare significativamente il ruolo degli enti locali nel settore, forse anche in funzione della costruzione "artificiale" di mercati concorrenziali rilevanti⁴⁸.

Se così è, l'impressione è che l'effettiva messa a regime degli ambiti non potrà che risentire della decisione della Corte.

Rebus sic stantibus, infatti, all'abrogazione della disciplina dettata dall'art. 4 fa da *pendant* una sorta di riespansione dei margini di autonomia degli enti locali nel governo dei servizi che, per quanto circoscritta a taluni profili, potrebbe riflettersi negativamente non solo in ordine alla concreta attivazione degli ambiti, ma anche sulla relativa fungibilità rispetto alle finalità sistemiche perseguite dall'art. 3-*bis* in combinato disposto con la norma censurata dal giudice costituzionale⁴⁹.

Il quadro che emerge sembra così caratterizzarsi, a tutt'oggi, per la coesistenza di due "spinte" confliggenti che amplificano l'instabilità del sistema: una diretta a riallocare verso altre sedi e livelli decisionali una serie di compiti relativi all'organizzazione dei servizi, un'altra che – per effetto degli esiti referendari e, ora, del giudicato costituzionale – si traduce, se non in un implicito rafforzamento, quanto meno in una rinnovata dilatazione degli spazi tradizionalmente riconosciuti all'autonomia locale⁵⁰.

⁴⁸ Peraltro, relativamente all'abrogato art. 4, F. Merusi, *La tormentata vita della concorrenza nei servizi pubblici locali*, in questa *Rivista*, 2011, 21 ss., aveva messo in evidenza la predilezione del legislatore per l'introduzione di misure pro-concorrenziali *per* il mercato, piuttosto che impegnarsi – per l'appunto – nell'individuazione di un mercato concorrenziale rilevante; dello stesso a., si cfr. anche Id., *The Troubled Life of Competition in Local Public Services*, in *Italian Journal of Public Law*, 2012, spec. 46 ss.

⁴⁹ Basti pensare, in via esemplificativa, all'evidente connessione tra l'attivazione degli ambiti ed il regime transitorio per gli affidamenti non conformi dettato dall'art. 4, c. 32, d.l. n. 138/2011 abrogato.

⁵⁰ Emblematica, in questo senso, appare la nota interpretativa dell'Anci del 14 giugno 2011, recante *Prime osservazioni sull'affidamento dei servizi pubblici locali e sulla tariffa del servizio idrico integrato in esito al referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011*, ove si afferma testual-

5. I servizi pubblici locali di rilevanza economica tra ordinamento europeo, *horror vacui* del legislatore e discipline di settore: una chiosa conclusiva

Alla luce di quanto evidenziato, si possono trarre due brevi considerazioni con riferimento alle prospettive dell'ordinamento generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Relativamente alle future dinamiche evolutive del settore, infatti, l'impatto della pronuncia della Corte sembra prestarsi ad una duplice lettura: costituisce, cioè, un "pericolo" e, allo stesso tempo, una straordinaria "occasione".

Presenta tutti i caratteri di un pericolo incombente nella misura in cui accresce il livello di instabilità del regime giuridico dei servizi locali di rilievo economico, concorrendo parallelamente ad implementare il tasso di incertezza degli attori pubblici e degli operatori economici.

Il che, a ben vedere, è foriero di almeno tre conseguenze di rilievo generale.

In primo luogo, influisce negativamente sulle politiche di sviluppo, sui processi organizzativi e sulle dinamiche gestionali in essere⁵¹; con tutto ciò che ne deriva sia sul corretto funzionamento dei relativi mercati di riferimento sia, per altro verso, sulla "qualità" e "quantità" delle prestazioni erogate all'utenza⁵².

In secondo luogo, si potrebbe assistere ad una ulteriore attenuazione del legame tra la prescrittività astratta delle disposizioni normative applicabili al settore e l'effettività delle stesse nel diritto vivente e, soprattutto, nella

mente che «all'esito del referendum, i comuni sono più liberi di scegliere la formula organizzativa che ritengono più opportuna, ivi compresa la gara, e sempre in ossequio ai principi europei in materia di tutela della concorrenza. I comuni sono investiti di una nuova "libertà responsabile" che responsabilmente utilizzeranno e del cui utilizzo saranno chiamati a rispondere».

⁵¹ Al riguardo, si v. anche M. Bianco, P. Sestito (a cura di), *I servizi pubblici locali. Liberalizzazione, regolazione e sviluppo industriale*, Bologna, Il Mulino, 2010, *passim*.

⁵² Sul funzionamento dei mercati dei servizi, in generale, si cfr. S. Torricelli, *Il mercato dei servizi di pubblica utilità. Un'analisi a partire dal settore dei servizi "a rete"*, Milano, Giuffè, 2007, 160 ss; sui rapporti di utenza, invece, si cfr. B. Boschetti, *Diritti e rapporti nell'amministrazione per servizi*, Padova, Cedam, 2007; G. Napolitano, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, Cedam 2001; sulle controversie tra gestori ed utenti, invece, si rimanda alle considerazioni di G. della Cananea, *La risoluzione delle controversie nel nuovo ordinamento dei servizi pubblici*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1997, 737 ss.; A. Sandulli, *La tutela giurisdizionale nelle "controversie in materia di servizi pubblici"*, *ivi*, 789 ss.

servizi pubblici locali di rilevanza economica

prassi applicativa dei servizi locali⁵³; ciò che, oltre alla declinazione di modelli sperimentali, potrebbe assecondare la diffusione di pratiche distorsive delle regole concorrenziali di derivazione comunitaria.

Infine, ancorché nel rispetto del giudicato costituzionale, l'estrema instabilità del quadro normativo in tema di servizi pubblici locali potrebbe indurre il legislatore ad accentuare la frammentazione del relativo regime giuridico ed, in particolare, la differenziazione dei corrispondenti statuti organizzativi attraverso una miriade di interventi estemporanei, a-sistematici e caratterizzati da logiche riconducibili ad una sorta di *case by case approach*⁵⁴; interventi nei meandri dei quali, tra l'altro, potrebbero annidarsi e rinvenire un fertile terreno d'elezione sollecitazioni improntate al consolidamento dell'esistente ed, in particolare, all'ossificazione degli attuali assetti gestionali.

Se così fosse, all'*horror vacui* del legislatore statale ed, eventualmente, di quelli regionali, sarebbe certamente preferibile «[...] un periodo di benefico letargo»⁵⁵.

Nondimeno, al netto dei rischi evidenziati, la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 4, d.l. n. 138/2011 offre anche l'occasione per ridefinire i contorni dello statuto dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in un'ottica maggiormente ponderata.

Si è già detto che l'ordinamento europeo consente di individuare chia-

⁵³ Sul concetto di effettività, si v. L. D'Andrea, *Effettività*, in *Diz. dir. pubb.*, diretto da S. Cassese, Milano, Giuffrè, 2006, 2118 ss., per il quale (2123) «[...] può osservarsi che il principio di effettività, riguardato tanto sotto il profilo "metasistematico" quanto sotto il profilo "intrasistematico" (che ovviamente concorrono ad una ricostruzione globale del fenomeno giuridico), esprime sinteticamente la dialettica tra forma giuridica e sfera effettuale che fonda e legittima ad un tempo gli ordinamenti contemporanei, incessantemente animando e plasmando il processo di positivizzazione dei principi inviolabili, secondo un dinamismo di tipo circolare». Su tale fenomeno, in particolare, si v. G. Piperata, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, cit., *passim*; si cfr. anche C. Franchini, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2007, 1 ss.; in proposito, sull'elaborazione di un vero e proprio «diritto comunale» alla fine del diciannovesimo secolo, si legga anche M.S. Giannini, *I comuni*, in *I comuni*, a cura di Id., Vicenza, Neri Pozza, 1967, spec. 35.

⁵⁴ M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 127, rileva lo scarto tra «[...] la vertiginosa, e non lineare, sequenza di interventi legislativi, certo più adatti ad una trasmissione del tipo "tutto il diritto minuto per minuto" che ad una riflessione sistematica e l'universale consapevolezza che tra quanto prescritto dalla legge e quanto avviene in concreto vi sono relazioni assai più tenui di quanto sarebbe lecito attendersi».

⁵⁵ Riprendendo l'efficace affermazione di A. Sandulli, *L'acquedotto pugliese e la gestione del servizio idrico: slapstick comedy del legislatore regionale e carattere pervasivo della concorrenza*, cit., in corso di pubblicazione.

ramente le coordinate normative entro cui muoversi, a partire dalla definizione dei livelli concorrenziali minimi ed inderogabili da assicurare nel settore; anche sulla base delle indicazioni della giurisprudenza costituzionale, pertanto, non vi è alcuna lacuna, alcun “vuoto” normativo, da colmare in via emergenziale⁵⁶.

Tuttavia, per quanto delimitati dal giudicato costituzionale e dal *minimum* pro-concorrenziale di derivazione comunitaria, residuano ugualmente in capo al legislatore apprezzabili margini di manovra in ordine alla configurazione di un regime giuridico più stabile ed omogeneo, quale manifestazione positiva della «[...] ricerca di nuovi equilibri tra concorrenza e monopolio, tra pubblico e privato»⁵⁷.

In questa prospettiva, per far fronte a siffatte esigenze e rispetto alla pluralità delle soluzioni concretamente adottabili, ridefinire lo statuto dei servizi locali significa ripensare anche i termini della relazione tra previsioni generali e politiche di settore nonché il ruolo dei diversi soggetti pubblici.

L'eventuale introduzione di un nucleo normativo comune, di una cornice generale applicabile a tutti i servizi locali di rilevanza economica presenta, infatti, innegabili vantaggi in chiave sistematica ed in funzione di certezza del diritto; al contempo, però, vale la pena rivolgere l'attenzione anche alle molteplici discipline settoriali della cui evidente centralità non è ormai lecito dubitare⁵⁸.

Si tratta, del resto, di discipline fortemente consolidate, soprattutto per quanto concerne l'assetto degli interessi coinvolti, i profili organizzativi e le dinamiche gestionali; come tali, pur nel rispetto dei “paletti” indicati, sono suscettibili di azioni di riordino che, alla prova dei fatti, potrebbero risultare effettivamente incisive sia in un'ottica pro-concorrenziale sia in vista del miglioramento della qualità delle prestazioni erogate, del contenimento tariffario e della tutela dell'utenza⁵⁹.

⁵⁶ In un'ottica *de jure condendo*, d'altronde, è appena il caso di evidenziare come l'eventuale rafforzamento delle opzioni pro-concorrenziali *nel* e *per* il mercato, al di là di quanto prescritto in sede europea, potrebbe essere ugualmente perseguito attraverso l'introduzione di misure di *soft law* rivolte agli enti locali; misure incentivanti che, pur tenendo conto dello stato e dei vincoli della finanza pubblica, potrebbero tradursi anche nella previsione di deroghe *ad hoc* al patto di stabilità interno, sulla falsariga di quanto disposto dall'art. 5, l. n. 148/2011.

⁵⁷ Così G. Piperata, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Gior. dir. amm.*, 2012, 27.

⁵⁸ Spesso, peraltro, anch'esse di derivazione comunitaria, come nel caso del servizio elettrico di cui al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 s.m.i., ovvero del *gas* naturale disciplinato dal d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 s.m.i.

⁵⁹ Anche per evitare effetti paradossali come quelli relativi all'applicazione dell'art. 23-

servizi pubblici locali di rilevanza economica

Più che dedicarsi all'astratta costruzione dell'ennesima disciplina generale, pertanto, appare opportuno privilegiare la via, forse più difficile ma probabilmente più proficua, della riforma delle disposizioni normative settoriali⁶⁰.

Accanto alla valorizzazione delle politiche di settore, poi, non sembra potersi prescindere dalla «[...] messa a punto di migliori condizioni di regolazione e funzionamento dei soggetti pubblici, in tutti i ruoli dai medesimi giocati»⁶¹.

Nell'ambito dell'attuale contesto ordinamentale, infatti, il sistema dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non potrà che conservare, pur nel rispetto delle regole comunitarie, i tratti qualificanti di un regime a carattere "misto"⁶².

Di conseguenza, a beneficio di tutti soggetti interessati, compresi gli operatori economici e gli utenti, è imprescindibile porre le basi per una complessiva azione di riassetto organizzativo e funzionale dei relativi profili di *government* e *governance*, tenendo conto della corrispondente differenziazione tipologica e settoriale nonché del ruolo che si intende riconoscere, in questo quadro, agli enti locali⁶³.

bis, l. n. 133/2008 ed oggetto della segnalazione del 26 novembre 2008 dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato al Governo ed al Parlamento, in www.dirittodeiservizipubblici.it.

⁶⁰ Sulle minori «certezze» offerte dalla disciplina di dettaglio, si v. L.R. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, cit., 2011, 906.

⁶¹ Così M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, cit., 155, secondo cui «[...] c'è seriamente da chiedersi se in parallelo alla precisazione del se e quanto di mercato non sia consigliabile dedicarsi anche alla ridefinizione, e al miglioramento/ricostruzione, del pubblico»; del resto, come osserva relativamente ai rapporti di utenza G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici locali*, cit., 178, «[...] la regolazione in materia non richiede alcuna retorica: ha, invece, bisogno di poca (e buona) teoria e di molta (e difficile) pratica».

⁶² Senza dimenticare, peraltro, che «[...] compito della regolazione è "simulare" o "determinare" giuridicamente la concorrenza, non imporre una disciplina amministrativa dell'economia»: così, in termini generali con riguardo ai servizi pubblici, F. Merusi, *La regolazione dei servizi di interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 10.

⁶³ Riaffiorano nuovamente, quindi, «[...] i temi della efficienza dell'impresa pubblica, del ruolo giocabile dagli ambiti sovracomunali e dalla integrazione tra settori, di più forti poteri di regolazione e di controllo dell'interesse pubblico sia riferiti *ex ante* al procedimento di affidamento del servizio che alle verifiche *ex post* anche per opera di sedi appositamente dedicate, dei presupposti e delle modalità di esternalizzazione, della tutela del mercato dalla impropria utilizzazione dei privilegi da parte dei soggetti pubblici, di più adeguate forme di

Del resto, a seguito della decisione della Corte, il riordino delle singole discipline settoriali e la “ristrutturazione” della sfera pubblica si presentano come uno degli strumenti attraverso cui tentare di conciliare la dimensione sociale delle attività di servizio, enfatizzata dagli esiti referendari, con le esigenze correlate alla tutela della concorrenza, quale carattere “immanente” dello statuto dei servizi locali di rilevanza economica secondo l’ordinamento europeo⁶⁴.

Abstract

The Italian Constitutional Court has declared the illegitimacy of the art. 4, l. n. 148/2011 that established the general discipline of local public services of economic importance within the Italian Legal System; particularly, the Constitutional Court noted that such discipline was adopted in violation of the prohibition of restoring the law abrogated by popular referendum of 12-13 June 2011.

Consequently, in view of the declaration of unconstitutionality, local public services of economic importance directly apply the European rules on the protection of competition.

After providing a picture of the state of the art in the regulation of local public services as a result of the judgment of the Constitutional Court, this paper also focuses on the prospects of the sector.

*governance in particolare tra enti locali e società quotate»: in questi termini, ancora, M. Cammelli, *Concorrenza per il mercato e regolazione dei servizi nei sistemi locali*, in *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, cit., 155.*

⁶⁴ Del resto, in questa prospettiva, si cfr. il recente art. 34, c. 13 ss., d.l. 4 ottobre 2012, n. 179.