



federalismi.it

Rivista di diritto pubblico italiano,
comunitario e comparato

**L'ORGANIZZAZIONE E LA GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO NEL
CONTENZIOSO COSTITUZIONALE TRA STATO E REGIONI.
UN COLOSSO GIURISPRUDENZIALE DAI PIEDI D'ARGILLA.***

di

Marcello Cecchetti

*(Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico
Università di Sassari)*

5 dicembre 2012

Sommario: Piano dell'esposizione. – **Parte I:** Premesse introduttive. – **Parte II:** Il “nucleo portante” della sentenza n. 325/2010. La “rilevanza economica” dei servizi pubblici locali e il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali. – **Parte III:** Le specifiche questioni sottoposte alla Corte in relazione alla disciplina del servizio idrico integrato e gli innumerevoli profili di criticità delle decisioni assunte dal Giudice costituzionale nella sentenza n. 325/2010. – **Parte IV:** Considerazioni di sintesi e approdi attuali tra conferme giurisprudenziali, *referendum* del 2011 e ulteriori interventi legislativi.

Piano dell'esposizione

È affermazione a dir poco scontata che sul tema che qui si affronta l'imprescindibile punto di riferimento sia costituito oggi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 325 del 2010, con la quale il Giudice delle leggi ha respinto – pressoché integralmente – i ricorsi di numerose Regioni avverso la disciplina di riforma generale dei servizi pubblici locali introdotta con

* Articolo valutato dalla Direzione. Il presente contributo è destinato al volume M. Gigante (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Napoli, Jovene, 2012.

l'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e con l'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, con particolare riguardo alle censure specificamente proposte avverso le norme concernenti le modalità di affidamento e gestione del servizio idrico integrato (di seguito "SII").

Come si cercherà di mostrare, però, a dispetto dell'apparente solidità, del taglio dichiaratamente "sistemico" e finanche del tono per così dire "enciclopedico" della sentenza, l'analisi puntuale delle motivazioni che la Corte costituzionale ha posto a sostegno delle dichiarazioni di inammissibilità e di infondatezza delle censure sollevate dalle Regioni ricorrenti – e, in particolare, dell'unica di esse che si era concentrata sul problema del solo SII (la Regione Marche) – si presta a molteplici rilievi critici, tanto in ordine all'*iter* logico-argomentativo seguito dal Giudice delle leggi, quanto in relazione all'interpretazione (e, dunque, alla soluzione) delle questioni dedotte in giudizio. Si tratta, pertanto, di una sentenza per molti aspetti a dir poco "sorprendente": un coacervo – fortunatamente assai raro – di elusioni dei *petita*, motivazioni meramente apparenti e soluzioni che non riescono a persuadere e che, purtuttavia, in quanto "*dicta*" del Supremo Giudice costituzionale, tendono inesorabilmente ad assumere i tratti dello *ius receptum* intangibile (quanto meno fino ad un eventuale, quanto auspicabile, *revirement* giurisprudenziale). Dunque, da un lato, un vero e proprio "colosso dai piedi d'argilla", dall'altro, una "pietra angolare" tutt'altro che solida e ben fondata, a dispetto delle apparenze.

L'esposizione che segue è divisa in quattro parti.

Nella prima vengono poste alcune premesse introduttive, necessarie a comprendere quale fosse il quadro normativo e giurisprudenziale antecedente al contenzioso Stato-Regioni risolto con la citata sentenza n. 325/2010 e quali fossero i termini di massima delle questioni concernenti specificamente il SII sollevate davanti al Giudice costituzionale.

Nella seconda si analizzano le soluzioni offerte dalla Corte al pregiudiziale problema della "rilevanza economica" dei servizi pubblici e al relativo assetto costituzionale delle competenze tra Stato, Regioni ed enti locali.

Nella terza si offrono alcune valutazioni più specifiche in relazione alle ragioni che la Corte ha posto a sostegno del rigetto o dell'inammissibilità delle censure concernenti specificamente la disciplina del SII.

Nella quarta, infine, si provano a tracciare alcune considerazioni di sintesi e a individuare – seppure molto schematicamente e solo per teste di capitolo – gli approdi cui si è pervenuti allo stato attuale, anche a seguito dei referendum del giugno 2011 e degli interventi legislativi e giurisprudenziali successivi.

PARTE I: Premesse introduttive

I.1. – Il punto di partenza della riflessione che si intende proporre è costituito dalla sentenza della Corte costituzionale n. 272 del 2004. È in questa pronuncia che la Corte individua per la prima volta i pilastri che dovrebbero reggere il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni dopo la riforma costituzionale del 2001 in riferimento all'intera materia dei “servizi pubblici locali”, nell'ambito della quale è da sempre pacificamente riconosciuto che debba ricondursi anche il SII.

Tale materia non è ricompresa negli elenchi dell'art. 117, secondo e terzo comma, Cost. Dunque è senz'altro ascrivibile, nella sua interezza, alla potestà legislativa delle Regioni. Lo Stato, ciò nondimeno, è dotato di competenze c.d. “trasversali” che gli consentono di intervenire – per il perseguimento di determinati obiettivi – all'interno degli ambiti di competenza regionale; e, ad avviso della Corte, proprio uno di questi “titoli trasversali” di potestà legislativa esclusiva statale – la *tutela della concorrenza* – viene in considerazione a proposito della disciplina delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali aventi “rilevanza economica”.

Da questa ricostruzione discendono alcuni corollari che la sentenza n. 272 del 2004 si preoccupa di evidenziare con estrema chiarezza:

- a) la potestà legislativa statale in materia di *tutela della concorrenza* può essere utilizzata solo ed esclusivamente per i servizi “di rilevanza economica” e giammai per i servizi “privi di rilevanza economica”; di qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina contenuta nell'art. 113-*bis* del d.lgs. n. 267 del 2000 (Testo Unico degli Enti Locali – TUEELL);
- b) il predetto titolo di legittimazione dell'intervento legislativo dello Stato «è riferibile solo alle disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di “rilevanza economica”»;
- c) poiché il legislatore statale interviene in un ambito di potestà regionale, per definire i limiti di operatività della competenza legislativa dello Stato in materia di “tutela della concorrenza” «e conseguentemente la legittimità degli interventi statali» assume rilievo essenziale il *criterio della proporzionalità e dell'adeguatezza*, ossia una valutazione nella quale il perseguimento dell'obiettivo di tutela della concorrenza da parte dello Stato si misuri con la compressione minore possibile dell'autonomia regionale; di qui la dichiarazione di illegittimità costituzionale della disciplina

dettagliata e autoapplicativa dei criteri di aggiudicazione della gara, anche a valere, in via integrativa, per tutte le discipline di settore.

Su questi elementi si fondava, nella sostanza, il punto di equilibrio che la Corte aveva individuato nel 2004 per il contemperamento armonico delle competenze legislative statali e regionali nella materia di tutti i servizi pubblici locali.

I.2. – In tale contesto – e in sostanziale continuità con quanto già a suo tempo previsto dalla c.d. “legge Galli” (n. 36 del 1994) – il legislatore statale interviene a dettare una nuova disciplina del SII con il d.lgs. n. 152 del 2006 (impropriamente conosciuto come “Testo unico ambientale” o, ancor peggio, come “Codice dell’ambiente”).

I capisaldi di tale disciplina, per quanto qui di più prossimo interesse, sono i seguenti:

- a) l’art. 144 stabilisce l’appartenenza al demanio statale necessario di tutte le risorse idriche (*«tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo»*);
- b) sempre in relazione al regime proprietario, l’art. 143 prevede invece l’appartenenza al demanio pubblico eventuale (anche delle Regioni e degli Enti Locali territoriali) di tutte le infrastrutture idriche (acquedotti, fognature, impianti di depurazione, etc.), se ed in quanto di proprietà pubblica;
- c) in base all’art. 147, i servizi idrici sono organizzati sulla base di “*Ambiti Territoriali Ottimali*” definiti dalle Regioni, le quali debbono assicurare lo svolgimento del SII secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi di *unità dei bacini*, di *unicità della gestione* (dopo il correttivo del 2008 “*unitarietà della gestione*”) e di *adeguatezza delle dimensioni gestionali*; a ciascun ATO, in base all’art. 148, è preposta un’unica Autorità d’ambito;
- d) quanto alle forme di gestione, l’art. 150, comma 1, ne affida la scelta all’Autorità d’ambito *«fra quelle di cui all’art. 113, comma 5»* del d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEELL), ossia fra quelle contemplate dalla legislazione generale vigente all’epoca dell’emanazione del “Testo unico ambientale” per i *servizi di rilevanza economica*; analogamente, per le procedure di affidamento del servizio, l’art. 150, comma 2, rinvia ai criteri di aggiudicazione di cui all’art. 113, comma 7, del TUEELL;
- e) l’art. 153 impone che le infrastrutture idriche di proprietà degli Enti Locali siano *«affidate in concessione d’uso gratuita, per tutta la durata della gestione»* al gestore del SII; e l’art. 151, comma 2, lett. *m*), prevede a carico di quest’ultimo *«l’obbligo di restituzione, alla scadenza dell’affidamento, delle opere, degli impianti e delle*

canalizzazioni del servizio idrico integrato in condizioni di efficienza ed in buono stato di conservazione»;

- f) infine, l'art. 154 qualifica la "tariffa" come «*il corrispettivo*» del SII e ne individua le singole quote o componenti di costo in conformità al principio del "recupero dei costi" e al principio "chi inquina paga"; ciò che più conta, però, ai fini di quanto si dirà di seguito, è il fatto che tra queste quote compare espressamente anche la voce relativa all'«*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*». Dunque, il SII, nel disegno del legislatore nazionale italiano, *deve* essere remunerativo, ossia deve comunque, quanto meno potenzialmente, essere in grado di generare un profitto.

I.3. – Successivamente, con la sentenza n. 246 del 2009, respingendo i ricorsi di undici Regioni, la Corte costituzionale fa salve le norme del d.lgs. n. 152 del 2006 appena richiamate, facendo leva prevalentemente (ma non solo) – e, talora, anche congiuntamente – sui titoli di potestà legislativa esclusiva statale concernenti la *tutela della concorrenza* e la *tutela dell'ambiente*.

Non occorre soffermarsi in termini analitici sulle motivazioni (più o meno convincenti) che la Corte offre a sostegno della infondatezza nel merito di ciascuna censura. Ai fini che qui più rilevano, è sufficiente limitarsi a porre in evidenza le coordinate di fondo che guidano il Giudice delle leggi nella riconduzione della disciplina della organizzazione e della gestione del SII contenuta nel d.lgs. n. 152 del 2006 ora alla materia "tutela della concorrenza", ora alla materia "tutela dell'ambiente", ora ad entrambe. Nel solo caso dell'art. 153, sulla obbligatorietà della concessione d'uso gratuita al gestore del SII delle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali, la Corte ne afferma perentoriamente la riconducibilità alla materia "ordinamento civile", in ragione della asserita "incidenza" «*sulla tipologia contrattuale*» e, dunque, della "attinenza" «*all'esercizio dell'autonomia negoziale in tema di concessioni-contratto*» (cfr. par. 16.1 del *Considerato in diritto*), dimenticando però che la necessaria "gratuità" della concessione d'uso del demanio idrico infrastrutturale degli enti locali finisce per ripercuotersi ben più evidentemente sulla stessa "disponibilità" dei beni appartenenti al patrimonio delle autonomie territoriali costituzionalmente garantito ai sensi dell'art. 119, sesto comma, Cost., norma che abilita la legge dello Stato esclusivamente a stabilire i «*principi generali*» sulla attribuzione del suddetto patrimonio.

Quanto al titolo della "tutela dell'ambiente", il dato più significativo – soprattutto in considerazione della ben nota svolta giurisprudenziale del 2007, con la quale la materia in questione ha assunto sempre più i connotati di un ambito oggettivo di normazione dal quale le

Regioni sono in linea di principio escluse (sul punto, si consenta il rinvio a M. Cecchetti, *La materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” nella giurisprudenza costituzionale: lo stato dell’arte e i nodi ancora irrisolti*”, in *federalismi.it*, n. 7/2009), è costituito dal fatto che, ad avviso della Corte, il SII non è un oggetto interamente e in quanto tale riconducibile alla potestà legislativa esclusiva attribuita allo Stato dall’art. 117, secondo comma, lett. s), Cost. Solo alcune delle disposizioni normative scrutinate – e solo per specifici e individuati profili – vengono ritenute dal Giudice costituzionale “attinenti” alla materia ambientale. Tra queste, ad esempio, l’«*allocazione all’Autorità d’ambito territoriale ottimale delle competenze sulla gestione*», operata dall’art. 148, «*perché serve a razionalizzare l’uso delle risorse idriche e le interazioni e gli equilibri fra le diverse componenti della “biosfera” intesa come “sistema” (...) nel suo aspetto dinamico*» (cfr. par. 12.2 del *Considerato in diritto*) e, più in generale, «*le modalità dell’organizzazione del servizio idrico, nelle loro linee generali*» (così, testualmente, il par. 12.5.1 del *Considerato in diritto*). Oppure la disciplina contenuta negli artt. 154 e 155 sul sistema di tariffazione, poiché – afferma la Corte – «*attraverso la determinazione della tariffa nell’ambito territoriale ottimale, il legislatore statale ha fissato, infatti, livelli uniformi di tutela dell’ambiente, perché ha inteso perseguire la finalità di garantire la tutela e l’uso, secondo criteri di solidarietà, delle risorse idriche, salvaguardando la vivibilità dell’ambiente e “le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale” e le altre finalità tipicamente ambientali individuate dagli artt. 144 (Tutela e uso delle risorse idriche), 145 (Equilibrio del bilancio idrico) e 146 (Risparmio idrico). La finalità della tutela dell’ambiente viene, inoltre, in rilievo anche in relazione alla scelta delle tipologie dei costi che la tariffa è diretta a recuperare. Tra tali costi il legislatore ha, infatti, incluso espressamente quelli ambientali, da recuperare “anche secondo il principio ‘chi inquina paga’” (art. 154, comma 2)*» (così il par. 17.4 del *Considerato in diritto*).

Quanto invece alla materia della “tutela della concorrenza”, ad essa vengono parimenti ricondotti sia l’art. 148, «*laddove prevede il superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche attraverso l’individuazione di un’unica Autorità d’ambito, allo scopo (...) di consentire la razionalizzazione del mercato, con la determinazione della tariffa del servizio secondo un meccanismo di price cap, diretto a garantire la concorrenzialità e l’efficienza delle prestazioni*» (cfr. par. 12.2 del *Considerato in diritto*), sia gli artt. 154 e 155, «*perché alla determinazione della tariffa provvede l’Autorità d’ambito, al fine di ottenere un equilibrio economico-finanziario della gestione e di assicurare all’utenza efficienza ed affidabilità del servizio (art. 151, comma 2, lettere c, d, e). Tale fine è raggiunto*

determinando la tariffa secondo un meccanismo di price cap (artt. 151 e 154, comma 1), diretto ad evitare che il concessionario unico abusi della sua posizione dominante» (cfr. par. 17.4 del Considerato in diritto). E sempre al medesimo titolo di potestà legislativa esclusiva dello Stato – ma in questi casi senza alcun “abbinamento” con la materia ambientale – viene ricondotta l’attività pianificatoria disciplinata dall’art. 149, «perché è strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio e ha, perciò, lo scopo di consentire il concreto superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, al fine di inserire armonicamente tale gestione in un più ampio quadro normativo diretto alla razionalizzazione del mercato del settore» (cfr. par. 13.1 del Considerato in diritto), e – soprattutto – la disciplina delle forme di gestione e di affidamento del servizio contenuta nell’art. 150, in forza della considerazione secondo la quale «tali regole sono dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l’efficienza, l’efficacia e l’economicità della gestione medesima. In questo quadro, anche il superamento della frammentazione della gestione, perseguito attraverso l’affidamento unitario di quest’ultima in ambiti territoriali ottimali, concorre alla piena realizzazione di tali finalità. La riconducibilità della norma censurata alla materia della tutela della concorrenza è, del resto, confermata dalla formulazione letterale del comma 1 dello stesso art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, il quale prevede espressamente che le disposizioni che “disciplinano le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici locali”, come quelle di cui ai commi 5 e 7 dello stesso articolo, “concernono la tutela della concorrenza (...)”».

Proprio quest’ultimo argomento, a dispetto della funzione apparentemente accessoria, rivela un dato di fondo di estremo interesse e in grado di far comprendere le ragioni sottese alla conclamata e pressoché “ontologica” riconducibilità dei principali profili della disciplina del SII alla competenza legislativa statale in materia di “tutela della concorrenza”: la convinzione – fino ad allora, si badi bene, assolutamente incontestata – secondo la quale il SII non potrebbe configurarsi altro che come servizio “di rilevanza economica” e ciò, come è naturale, soprattutto in considerazione della necessaria “remuneratività” della tariffa per il gestore, espressamente prevista dal già richiamato art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006.

In un simile contesto, dunque, è opportuno evidenziare fin da ora che la garanzia delle prerogative autonomistiche delle Regioni e degli Enti Locali – anche sotto il profilo della proprietà pubblica concernente le infrastrutture idriche – si collocava tutta sul piano amministrativo (anziché su quello politico-legislativo) e precisamente nella possibilità del ricorso alla figura gestionale del c.d. “in house providing”, ossia ad una forma di gestione che

evitasse l'*esternalizzazione* del servizio, valorizzando invece il «*potere di auto-organizzazione e di autonomia istituzionale delle pubbliche amministrazioni, che, in luogo di rivolgersi al mercato (imprese terze), decidono di avvalersi di operatori economici che, pur essendo formalmente dotati di personalità giuridica autonoma e diversa dall'Amministrazione affidante, sono totalmente partecipati da quest'ultima e sono sottoposti ad un controllo tanto penetrante da parte della medesima da poter essere assimilato a quello che essa esercita sulle proprie strutture interne*» (così M.A. Sandulli, *Il servizio idrico integrato*, in *federalismi.it*, n. 4/2011, 18).

I.4. – Il quadro normativo subisce un mutamento radicale con la riforma della disciplina generale dei servizi pubblici locali di “rilevanza economica” operata dall’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, poi corretta e completata dall’art. 15 del d.l. n. 135 del 2009.

I contenuti dettagliati di tale riforma, anche sotto il profilo dell’articolato regime transitorio per l’adeguamento delle gestioni in essere, fuoriescono dai confini del tema che qui si affronta. Soltanto tre dati debbono essere adeguatamente posti all’attenzione:

- a) in forza di un complesso sistema di abrogazioni implicite, tacite e successivamente anche espresse (così, da ultimo, l’art. 12 del regolamento di delegificazione adottato con il d.P.R. n. 168 del 2010), la nuova disciplina doveva considerarsi sostitutiva sia dell’art. 113 del TUEELL sia dell’art. 150 del “Testo unico ambientale” «*ad eccezione della parte in cui individua la competenza dell’Autorità d’Ambito per l’affidamento e l’aggiudicazione*». Da ciò discendeva la conseguenza che l’art. 23-*bis* citato era senz’altro destinato a trovare applicazione anche per le forme di gestione e le modalità di affidamento del SII;
- b) la riforma prevedeva, in buona sostanza, l’esternalizzazione della gestione del servizio (attraverso l’affidamento mediante procedure competitive ad evidenza pubblica a soggetti privati o anche a società a partecipazione mista, ma in questo secondo caso con gara c.d. “a doppio oggetto” per la scelta del socio privato e per l’attribuzione di specifici compiti operativi) come modalità gestionale ordinaria, rendendo invece del tutto eccezionale e sottoposta a rigide condizioni la scelta a favore dell’*in house providing*.
- c) al comma 1-*ter* dell’art. 15 del d.l. n. 135 del 2009 si rinveniva una clausola espressa avente la finalità dichiarata di salvaguardare la proprietà pubblica delle sole risorse idriche e l’esclusività delle funzioni di governo che su di esse debbono esercitare le istituzioni pubbliche: «*Tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico*

integrato di cui all'articolo 23-bis del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008, devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio».

Il carattere fortemente limitativo dell'autonomia regionale e locale che assumeva la riforma del 2008-2009 apre le porte ad una prospettiva del tutto nuova e fino ad allora assolutamente inedita (quanto meno nell'ordinamento italiano) nel modo di concepire la funzione, gli obiettivi e la stessa natura intrinseca del SSI. Infatti, al precipuo scopo di salvaguardare le prerogative costituzionali delle Regioni e degli enti locali, intercettando altresì le istanze progressivamente emergenti a favore di un nuovo rapporto tra pubblico e privato nella erogazione di un servizio che ha ad oggetto un bene fondamentale e del tutto peculiare quale l'acqua (sul tema, cfr. l'ampia riflessione di S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *federalismi.it*, n. 5/2011), si affaccia l'idea della “non necessarietà” che il SII sia conformato e organizzato come “servizio a rilevanza economica” e che, viceversa, sia ben possibile e concretamente realizzabile “costruirlo” come “servizio privo di rilevanza economica”, come tale sottratto per definizione agli obblighi imposti dalla “tutela della concorrenza”, facendo sì che la rigorosa disciplina dettata dal legislatore statale per le modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici “a rilevanza economica” possa valere e applicarsi esclusivamente “a valle” di una scelta preliminare – riservata all'ente politico-amministrativo competente nella materia dei servizi pubblici – circa la conformazione in concreto del SII come servizio avente “rilevanza economica”.

Una simile prospettiva, si badi bene, non si porrebbe di per se stessa in contrasto con il consolidato principio del diritto dell'ambiente “*chi inquina paga*” o “*chi usa paga*”, che impone l'internalizzazione (ossia la riconduzione al soggetto inquinatore o utilizzatore di una risorsa naturale) dei costi dell'inquinamento o dei costi di approvvigionamento e di utilizzo della risorsa in questione. L'ipotesi astratta di conformare il SII come servizio “privo di rilevanza economica” ai fini della disciplina della concorrenza, infatti, fa evidentemente riferimento solo alla radicale esclusione (anche solo potenziale) di qualunque margine di remuneratività del capitale investito e impiegato nell'attività di gestione del servizio – e, dunque, di fatto, all'esclusione di una gestione nelle forme proprie dell'attività d'impresa –

ma non esclude affatto che all'utente sia imposta una tariffa commisurata ai soli "costi vivi" sostenuti, a monte, per l'erogazione della risorsa idrica e, a valle, per il trattamento dell'acqua utilizzata e per la sua "restituzione" all'ambiente naturale, nel pieno rispetto del richiamato principio posto a presidio della riduzione massima possibile delle c.d. "esternalità ambientali".

I.5. – È in questo contesto che alcune Regioni, focalizzando l'attenzione sulla nuova disciplina dei servizi pubblici locali per la sola parte in cui essa pretendeva di applicarsi anche al SII, ricorrono alla Corte costituzionale prospettando alcune censure che, per quanto di più immediato interesse in questa sede, si possono sintetizzare nei termini seguenti (cfr., in particolare, il ricorso n. 15 del 2010 proposto dalla Regione Marche, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale*, I Serie speciale, 10 marzo 2010, n. 10):

- a) violazione della potestà legislativa regionale (art. 117, quarto comma, Cost.) o della potestà normativa degli enti locali (art. 117, sesto comma, Cost.) o del diritto comunitario (art. 117, primo comma, Cost.) nella parte in cui la nuova disciplina statale debba interpretarsi come rivolta ad impedire la scelta della Regione o degli Enti Locali coinvolti nell'ATO circa la conformazione del SII come "*servizio privo di rilevanza economica*";
- b) violazione della garanzia costituzionale concernente il patrimonio regionale e locale (art. 119, sesto comma, Cost.) nella parte in cui la disciplina in esame – sul presupposto dell'art. 153 del d.lgs. n. 152 del 2006, che impone la "concessione traslativa a titolo gratuito" delle infrastrutture idriche a favore del gestore – si limita a prevedere il "rispetto" del "principio" «*di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche*», senza assicurare in alcun modo la salvaguardia, né sotto il profilo formale né sotto il profilo sostanziale, della proprietà pubblica anche delle "*infrastrutture idriche*" appartenenti al demanio regionale e locale. La censura viene costruita sotto due distinti profili:
 - b1) il primo in tutto e per tutto analogo al precedente, ossia in ragione dell'obbligo imposto dal legislatore statale di conformare necessariamente il servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica, rendendo vincolata la scelta di una delle forme di gestione di cui all'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008;
 - b2) il secondo, per la parte in cui la disciplina statale, anche ammettendo la possibilità di libera scelta degli enti territoriali circa la conformazione del servizio, si limita a prevedere la salvaguardia della sola proprietà della risorsa idrica e non invece, per il caso di opzione a

favore del servizio a rilevanza economica, il consenso esplicito dell'ente proprietario delle infrastrutture in ordine a tale scelta.

II. – Il “nucleo portante” della sentenza n. 325/2010: la “rilevanza economica” dei servizi pubblici e il riparto di competenze tra Stato, Regioni ed enti locali

II.1. – Nella sentenza n. 325 del 2010, il principale nucleo di argomentazioni che costituisce, al tempo stesso, l'elemento di maggiore novità rispetto alla giurisprudenza precedente e il fondamento che ha condotto a respingere nel merito il “cuore” delle questioni sollevate dalle Regioni ricorrenti è rinvenibile nel par. 9 e ss. del *Considerato in diritto*, laddove la Corte affronta il problema della nozione di “*servizio pubblico locale a rilevanza economica*” e della competenza statale, regionale o locale «*nella determinazione della rilevanza economica dei SPL*» – così si esprime la Corte nell'*incipit* del par. 9 – o, come veniva più precisamente ma chiaramente richiesto almeno nel ricorso della Regione Marche, della «*allocazione della competenza circa la decisione di conformare come “avente rilevanza economica” o come “non avente rilevanza economica” un determinato servizio pubblico locale*» (cfr. il par. 5.3 del ricorso n. 15 del 2010).

II.2. – Quest'ultimo punto merita di essere subito adeguatamente evidenziato.

La Corte, infatti, reinterpreta del tutto soggettivamente e arbitrariamente la censura prospettata, la quale non rivendicava affatto alla Regione la spettanza del potere di determinare, in via generale ed astratta, le “condizioni” di sussistenza della rilevanza economica dei servizi pubblici locali (che nel ricorso venivano date pacificamente per presupposte), bensì poneva con chiarezza la questione, ben diversa, della competenza a “conformare” in concreto un *determinato* servizio pubblico come servizio avente o non avente rilevanza economica, ossia di decidere di conferire ad un determinato servizio i caratteri dell'una o dell'altra categoria.

A dispetto della chiarissima prospettazione della questione nei termini appena richiamati, il Giudice delle leggi afferma invece di dover «*verificare se allo Stato compete, in via esclusiva, anche il potere di indicare le condizioni per le quali debba ritenersi sussistente detta “rilevanza economica” oppure se la decisione di attribuire al servizio locale una siffatta qualificazione sia riservata, dal diritto comunitario o comunque dalla Costituzione, alla Regione od all'ente locale*».

Qualunque lettore che presti una pur minima attenzione al passo citato può agevolmente rendersi conto che i due corni dell'alternativa non sono affatto incompatibili tra loro, poiché pertinenti a due questioni radicalmente distinte: un conto, infatti, è la spettanza del potere di stabilire le condizioni generali ed astratte di sussistenza della rilevanza economica delle attività di servizio pubblico; tutt'altro problema è quello della competenza ad applicare in concreto tali condizioni, decidendo di attribuire o non attribuire quelle caratteristiche ad un servizio pubblico determinato. In astratto, nessuno potrebbe mai dubitare della piena compatibilità di una competenza statale ad individuare le condizioni generali di sussistenza della rilevanza economica dei servizi pubblici che si collochi a monte di una competenza regionale o locale a conformare un determinato servizio pubblico secondo quei requisiti o senza di essi.

Dunque, la questione su cui la Corte era chiamata a pronunciarsi era solo la seconda; il Giudice delle leggi, invece, si è autoprospeettato la prima e, come si vedrà, ha argomentato la propria decisione solo su di essa; tuttavia, l'espedito meramente retorico di porle in alternativa, ha consentito, in termini manifestamente illogici, di assorbire per intero la questione effettivamente prospettata dalla ricorrente all'interno della soluzione di quella "inventata" dalla Corte (*sic!*).

II.3. – Quanto alla ricostruzione della nozione di "servizio pubblico locale a rilevanza economica", la Corte muove da una premessa sostanzialmente non scorretta, ossia che tale nozione rimandi necessariamente a quella, più ampia, di "servizio di interesse economico generale" impiegata nell'ordinamento comunitario.

Di qui, alcuni corollari altrettanto corretti, i quali – del resto – non erano oggetto di alcuna contestazione risultando ampiamente e chiaramente evidenziati negli atti di causa:

- il necessario riferimento ad attività che comportino «prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti»;
- il fatto che tali prestazioni debbano essere rese «nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una "qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato" anche potenziale (...) e, quindi, secondo un metodo economico»;
- dunque, il carattere necessariamente "oggettivo" della nozione di interesse economico, «riferita alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente, reale o potenziale».

Altrettanto correttamente il Giudice delle leggi sviluppa il proprio ragionamento ponendosi in termini espliciti non nella prospettiva in cui «l'economicità dell'interesse si debba

determinare ex post (...), e cioè a seguito di una scelta discrezionale dell'ente locale competente circa le modalità di gestione del servizio», bensì nell'ottica della diversa ipotesi in cui «si debba immettere [ex novo] nel mercato un servizio pubblico – e, quindi, si debba accertare se e come applicare le regole concorrenziali e concorsuali comunitarie per l'affidamento della sua gestione»; in tale ipotesi, si può senz'altro concordare con l'affermazione della Corte secondo la quale «occorre necessariamente prendere in considerazione la possibilità dell'apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente al riguardo».

Dall'insieme di queste premesse, il Giudice costituzionale ricava *«le due seguenti fondamentali caratteristiche della nozione di “rilevanza” economica: a) che l'immissione del servizio possa avvenire in un mercato anche solo potenziale, nel senso che, per l'applicazione dell'art. 23-bis, è condizione sufficiente che il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità; b) che l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico».*

Come si può agevolmente rilevare, il nodo determinante per la ricostruzione della nozione di “servizio pubblico a rilevanza economica” risiede tutto nella individuazione del significato da attribuire all'espressione “metodo economico” che deve caratterizzare, in termini “obiettivi” quella determinata attività che si voglia assumere ad oggetto del servizio pubblico.

La Corte individua il significato di “metodo economico” in due distinti passaggi del par. 9.1 del *Considerato in diritto*: nel primo di essi, in termini più generali, il “metodo economico” sarebbe quello *«finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi»*; nel secondo passaggio, più precisamente, si afferma che la condizione secondo la quale l'esercizio dell'attività deve avvenire *«con metodo economico»* va intesa *«nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici)».*

II.4. – È in questa accezione amplissima e tendenzialmente senza confini di “metodo economico” che si appuntano, innanzitutto, le maggiori perplessità sulle argomentazioni fornite dalla Corte.

Come è possibile affermare che una determinata attività, in tesi conformata in modo tale da essere finalizzata alla sola “copertura” dei costi di esercizio e perciò *ab origine* “pensata”

dall'ente pubblico competente come priva della capacità di produrre utili e, dunque, di qualunque scopo di lucro, possa costituire attività per la quale sia configurabile – anche solo potenzialmente – la sussistenza di un mercato di riferimento o per la quale possa immaginarsi la creazione anche solo di un “mercato a monte”, nel quale vi siano soggetti economici che, esercitando l'attività di impresa, siano interessati all'esercizio di quell'attività?

Come è possibile ritenere che una attività conformata dall'ente pubblico nei termini di cui sopra possa essere ricondotta alla nozione di “impresa” di cui all'art. 2082 del codice civile oppure a quelle «attività industriali o commerciali» che la stessa Commissione europea – nella Comunicazione sui servizi di interesse generale del 2003 (par. 2.3, punto 45), presa espressamente in considerazione dalla Corte – ha testualmente individuato quale confine sicuro tra “attività economiche” e “attività non economiche” ai fini della nozione di “servizio pubblico di interesse generale”?

Può mai convincere, infine, l'affermazione secondo la quale, anche qualora una determinata attività assunta quale servizio pubblico sia finalizzata a raggiungere la sola copertura dei costi e questi vengano posti a carico dei bilanci pubblici, ciò nondimeno l'attività in questione debba essere considerata come attività economica ai fini dell'assoggettamento di essa alle regole della concorrenza?

Non che alla Corte fossero mancati, negli atti di causa, gli spunti per evitare conclusioni tanto opinabili.

Come correttamente riportato nella stessa sentenza in esame, al par. 10.1.1 del *Ritenuto in fatto*, ad esempio, la Regione Marche aveva sostenuto che «la nozione di “attività economica” dovrebbe essere ricostruita alla luce dell'art. 2082 cod. civ., ai sensi del quale “è imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o servizi”, con la conseguenza che il carattere dell'economicità è riferibile solo a quelle attività in grado di essere condotte in modo da produrre degli utili e in ultima analisi l'autosufficienza nel mercato, mentre la rilevanza economica andrebbe esclusa per quei servizi per i quali l'amministrazione intende assicurare la copertura dei costi ricorrendo alla fiscalità generale ovvero applicando prezzi politici». Nel riportare la tesi della Regione, la Corte si preoccupa di evidenziare, inoltre, che – sempre ad avviso della ricorrente – «tale sarebbe anche l'orientamento della giurisprudenza amministrativa – secondo cui debbono considerarsi privi di rilevanza economica i servizi caratterizzati “dall'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, dalla mancanza di assunzione del rischio economico connesso alla specifica attività, nonché dalla presenza di eventuali finanziamenti pubblici” – e della giurisprudenza costituzionale, secondo cui i

servizi pubblici locali sono dotati, o, al contrario, privi di rilevanza economica, “in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari” (sentenza n. 272 del 2004)».

Appare dunque assai poco spiegabile o, quantomeno, frutto di un palese quanto consapevole travisamento delle tesi esposte negli atti di causa, il passaggio della motivazione in diritto (cfr. par. 9.1) nel quale la Corte così si esprime: *«Dall’evidenziata portata oggettiva delle nozioni in esame e dalla indicata sufficienza di un mercato solo potenziale consegue l’erroneità delle interpretazioni volte a dare alle medesime nozioni un carattere meramente soggettivo e, in particolare, di quell’interpretazione – fatta propria da alcune ricorrenti – secondo cui si avrebbe rilevanza economica solo alla duplice condizione che un mercato del servizio sussista effettivamente e che l’ente locale decida a sua discrezione di finanziare il servizio con gli utili ricavati dall’esercizio di impresa in quel mercato».*

Dal semplice confronto testuale dei due passi della sentenza, risulta chiaro che almeno alcune delle tesi espressamente esposte nei ricorsi non tendevano affatto ad accreditare una nozione “meramente soggettiva” di rilevanza economica, né tanto meno la duplice ed erronea condizione per la sussistenza della “rilevanza economica” indicata dalla Corte.

Si aggiunga, inoltre, come si è già accennato, che al Giudice delle leggi erano ben noti gli atti della Commissione europea in tema di servizi di interesse generale, nei quali la linea di demarcazione tra attività economica e attività non economica, ai fini dell’applicazione delle regole del mercato e della tutela della concorrenza, è individuata testualmente dallo *scopo di lucro o di profitto* e dal carattere *commerciale o industriale* dell’attività, ossia, in definitiva, dalla nozione di “*impresa*” (cfr, al riguardo, il Libro verde del 2003 ampiamente richiamato dalla Corte, par. 2.3, punti 44 e 45, nei quali si rinvia alla Comunicazione del 2000 pubblicata in *GUCE C 17/04* del 19 gennaio 2001, spec. punti 29 e 30). Curiosamente la Corte fa esplicito riferimento alla stessa ipotesi limite di cui discorre la Commissione europea nel Libro verde circa la possibilità di un “mercato a monte”, e cioè di un mercato *«in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi»*, senza però minimamente “realizzare” che è proprio l’attività di impresa, professionalmente rivolta per sua natura alla produzione di utili per colui che la esercita, a costituire l’elemento necessario e sufficiente affinché un mercato (anche potenziale) possa immaginarsi e, dunque, sorga l’esigenza di tutelare la concorrenza.

Per il Giudice delle leggi italiano, come si è detto, la sola finalizzazione alla mera “copertura dei costi” dell’attività – mai contemplata in alcun atto dell’ordinamento comunitario – è

sufficiente per potersi parlare di “metodo economico” e dunque per attribuire ad essa la qualifica della “rilevanza economica”.

II.5. – Qualche osservazione meritano anche gli effetti di sistema, davvero abnormi, che scaturiscono dalla nozione di “*servizio pubblico a rilevanza economica*” così come ricostruita nella sentenza in esame.

È del tutto evidente che, sulla base dell’impostazione fatta propria dal Giudice costituzionale, tale nozione finisce per risultare omnicomprensiva rispetto a tutto il campo dei servizi pubblici. Se si assume, infatti, che per aversi “rilevanza economica” è sufficiente la sola finalizzazione dell’attività alla mera “copertura dei costi” di esercizio, anche mediante finanziamenti pubblici, è agevole ricavare la conclusione che nessuna attività di servizio pubblico potrà mai risultare “priva di rilevanza economica”. Nessuna attività di servizio, infatti, sarà mai priva di un “costo” di esercizio; e tale costo, inevitabilmente, dovrà essere sostenuto da qualcuno, soggetto privato o pubblico che sia.

Quale attività di servizio pubblico (per non dire, quale attività umana!) può essere immaginata senza una sua naturale “finalizzazione” – per usare le parole della Corte – «*a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi*»? Si potrebbe pensare, in ipotesi, che il Giudice costituzionale volesse fare riferimento ad una “copertura dei costi” da soddisfare con i soli *ricavi* direttamente provenienti dall’esercizio dell’attività in questione; ma così non è, giacché la sentenza si preoccupa di precisare testualmente che tali ricavi possono essere «*di qualsiasi natura (...) ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici*».

La conseguenza dell’insieme di queste affermazioni è drastica: qualunque attività di servizio pubblico, anche se non esercitata secondo le forme e le finalità dell’impresa ed anche se i meri costi di esercizio vengano posti a carico del bilancio dell’ente pubblico erogatore, per il solo fatto di implicare la “copertura” dei suddetti costi dovrebbe considerarsi quale “servizio a rilevanza economica”.

Si tratta, palesemente, di una concezione della “rilevanza economica” che oltre ad essere “oggettiva” – come è senz’altro corretto che sia – assume i connotati di una caratteristica “ontologica” di tutti i servizi pubblici, annullando, di fatto, qualunque spazio di possibile residualità per quei servizi che fino ad oggi venivano ricondotti alla categoria dei “servizi privi di rilevanza economica”; ciò in aperto contrasto non soltanto con la pregressa giurisprudenza costituzionale (cfr., per tutte, la sent. n. 272 del 2004, la quale aveva addirittura dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 14, comma 2, del d.l. n. 269 del

2003 e dell'art. 113-*bis* del d.lgs. n. 267 del 2000, proprio in quanto riferiti ai servizi pubblici locali “privi di rilevanza economica”) ma anche con le risultanze del diritto comunitario espressamente richiamate dallo stesso Giudice delle leggi nella sentenza in esame.

La conclusione è dunque particolarmente grave per le Regioni e gli enti territoriali sub-regionali, soprattutto in relazione alla portata delle loro competenze normative e amministrative in materia di servizi pubblici locali: l'intera materia, infatti, finisce per essere assoggettata ai limiti che il legislatore statale è abilitato ad imporre in nome della “tutela della concorrenza”, senza che possa più assumere alcun rilievo la distinzione tra servizi aventi rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza; ma soprattutto – ed è ciò che più colpisce – la “tutela della concorrenza” viene ad assumere i caratteri di una competenza statale davvero “onnivora”, in grado di estendersi ben oltre i confini suoi propri fino a ricomprendere ogni attività umana che comporti un costo di esercizio, indipendentemente e a prescindere dalla configurabilità di qualunque mercato di riferimento, ancorché meramente potenziale.

II.6. – Ulteriori profili critici emergono dall'analisi della soluzione che la Corte fornisce al secondo problema affrontato in relazione alla “rilevanza economica” dei servizi pubblici locali: quello della competenza a determinare, in via generale ed astratta, le “condizioni di sussistenza” della suddetta rilevanza economica, ossia, in buona sostanza, della competenza a fissarne la nozione.

Come si è già segnalato all'inizio di questa parte (cfr. par. II.2), la Corte affronta una questione che non era affatto oggetto del *thema decidendum* individuato negli atti introduttivi del giudizio e che, oltretutto, non sarebbe stato neppure necessario risolvere ai fini della decisione delle questioni effettivamente sottoposte al suo esame.

II.7. – Il Giudice delle leggi, al par. 9.2 del *Considerato in diritto*, esordisce premettendo di dover esaminare il «*fondamento costituzionale della legge statale che fissa il contenuto della suddetta nozione oggettiva di “rilevanza economica”*», senza minimamente preoccuparsi di aver rilevato, all'inizio del par. appena precedente del *Considerato in diritto*, che «*né il censurato art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008, in entrambe le sue versioni, né l'art. 113 TUEL, nel disciplinare l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali “di rilevanza economica”, forniscono una esplicita definizione di tale “rilevanza”*», limitandosi il solo citato art. 23-bis a fornire «*all'interprete alcuni elementi utili per giungere a tale definizione*».

È pur vero che la stessa Corte, dopo aver ricostruito la nozione “oggettiva” di rilevanza economica ricavabile dal diritto comunitario, si sforza di far emergere l’«armonia» dell’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 rispetto a tale nozione, cercando in tutti i modi di accreditare la conclusione secondo la quale l’unica interpretazione possibile della normativa nazionale considerata non può che condurre a ritenere che essa “sottenda” un identico significato di rilevanza economica rispetto alle risultanze del diritto europeo. Ciò però non significa, come è del tutto evidente, riconoscere che il legislatore statale abbia “fissato” in proprio la nozione oggettiva in questione ma, al massimo e assai più limitatamente, che la legislazione nazionale italiana risulta compatibile con la medesima nozione fissata al livello comunitario.

Da ciò discende un dato difficilmente revocabile in dubbio: a dispetto del citato *incipit* del par. 9.2 della motivazione in diritto della sentenza, da tutte le argomentazioni contenute nel precedente par. 9.1 non scaturiva affatto l’esigenza di affrontare il problema della competenza della legge statale «a fissare il contenuto della nozione oggettiva di rilevanza economica», semplicemente perché il legislatore italiano non ha mai fissato tale contenuto.

Tale evidente aporia argomentativa, oltre a rivelare ancora una volta l’intento della Corte di autoprospezzarsi tale questione, cela un significativo equivoco: in realtà, la nozione oggettiva di “rilevanza economica” che la Corte opinabilmente ricostruisce e su cui ci si è soffermati in precedenza non trova affatto fondamento nella legge statale, bensì solo ed esclusivamente nell’interpretazione che il Giudice costituzionale dà del diritto comunitario.

Se così è, però, delle due l’una: o si ritiene che lo stesso legislatore statale sia vincolato alla nozione di “rilevanza economica” fornita dal diritto comunitario e che, pertanto, non possa in alcun modo – per usare le parole della Corte nello stesso par. 9.2 – «decidere» «soggettivamente e a sua discrezione» circa la «sussistenza dell’interesse economico del servizio», ma allora non potrebbe neppure porsi in astratto il problema di una competenza interna all’ordinamento italiano a «fissare il contenuto della suddetta nozione»; oppure si ritiene che il legislatore statale non sia vincolato in termini assoluti alla nozione comunitaria di “rilevanza economica”, potendo liberamente disporre quanto meno nel senso di estendere tale “rilevanza” anche ad attività che per il diritto comunitario ne siano prive, ma allora non ha alcun senso la ricostruzione interpretativa operata dalla Corte e fondata sul diritto europeo, oltretutto con gli esiti così pervasivi e omnicomprensivi che si sono qui evidenziati e che non lasciano alcuno spazio effettivo alla categoria dei c.d. “servizi pubblici privi di rilevanza economica”.

II.8. – Se si passa a considerare il merito della motivazione fornita dalla Corte a sostegno della competenza dello Stato nella «*determinazione delle condizioni di rilevanza economica*» di un servizio pubblico, un primo elemento di intrinseca contraddittorietà è rinvenibile nell’argomento utilizzato, per così dire, *ad adiuvandum*, rispetto a quello principale e consistente nella riconducibilità di tale potere alla materia della “tutela della concorrenza” su cui ci si soffermerà di seguito.

Il Giudice delle leggi ragiona nei termini seguenti: «*Poiché l’ordinamento comunitario esclude che gli Stati membri, ivi compresi gli enti infrastatali, possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza dell’interesse economico del servizio, conseguentemente il legislatore statale si è adeguato a tale principio dell’ordinamento comunitario nel promuovere l’applicazione delle regole concorrenziali e ha escluso che gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere sulla sussistenza della rilevanza economica del servizio (rilevanza che, come più volte sottolineato, corrisponde per il diritto interno all’interesse economico considerato dal diritto comunitario)*».

La solidità dell’argomento è minata dal suo stesso presupposto: se, infatti, si assume – come fa la Corte – che l’ordinamento comunitario vieti agli Stati membri e ai loro enti infrastatali di «*decidere*» «*soggettivamente e a loro discrezione*» circa la «*sussistenza dell’interesse economico del servizio*», è del tutto evidente che tale divieto si estende all’intero ordinamento degli Stati membri e, pertanto, vale a ricomprendere non solo l’eventuale potere degli enti infrastatali ma anche quello degli stessi legislatori o governi nazionali. Dal divieto in questione – che, si badi bene, concernerebbe in tesi esclusivamente il potere di determinare le condizioni generali ed astratte di sussistenza della rilevanza economica e dunque, evidentemente, non il potere di conferire in concreto ad un determinato servizio le specifiche caratteristiche corrispondenti a quelle nozioni – non si può certo ricavare una esclusione per gli enti infrastatali che non si riferisca, al tempo stesso, anche allo Stato centrale. Con buona pace della affermata “competenza” del legislatore statale a «*fissare il contenuto della nozione oggettiva di rilevanza economica*».

II.9. – Merita poi particolare attenzione, come è ovvio, l’argomento principale che la Corte pone a fondamento della competenza statale per la «*determinazione delle condizioni di rilevanza economica*» dei servizi pubblici.

Il Giudice costituzionale riconduce il potere di “determinare” le «*condizioni di rilevanza economica*» dei servizi pubblici alla competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia

della “tutela della concorrenza”. L’argomentazione utilizzata è la seguente: la nozione oggettiva di “rilevanza economica” *«al pari di quella omologa di “interesse economico” propria del diritto comunitario, va utilizzata, nell’ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discretivo per l’applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi (come, del resto, esplicitamente affermato dal comma 1 dell’art. 23-bis). Ne deriva che, proprio per tale suo ambito di utilizzazione, la determinazione delle condizioni di rilevanza economica è riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in tema di “tutela della concorrenza”, ai sensi del secondo comma, lettera e), dell’art. 117 Cost.».*

La debolezza intrinseca di un simile ragionamento è del tutto evidente.

Proprio perché la “rilevanza economica” di una determinata attività di servizio pubblico costituisce il *«criterio discretivo per l’applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi»*, essa non può che rappresentare un *prius* logico rispetto alla “tutela della concorrenza” *nel o per* il mercato. Quest’ultima è il naturale *posterius* di un “fatto oggettivo”, per l’appunto costituito dalla “rilevanza economica” di una determinata attività e, dunque, a rigore, non potrebbe logicamente costituire il fondamento di una competenza – che si voglia fondare sul titolo della “tutela della concorrenza – a dettare discipline che pretendano di stabilire, soggettivamente e in termini prescrittivi, le “condizioni di sussistenza” della suddetta rilevanza economica.

Peraltro, anche a non voler incorrere in eccessi di rigorismo logico, è del tutto evidente che il titolo di competenza fondato sulla “tutela della concorrenza” non potrà mai giustificare l’esercizio di un potere che si ponga palesemente al di fuori ed oltre la stessa astratta possibilità che un mercato esista e che, dunque, anche solo potenzialmente, vi sia una esigenza effettiva di tutelare la concorrenza tra i diversi operatori interessati da quel mercato; e, come si è già posto in rilievo nelle pagine che precedono, una simile esigenza non può neppure essere immaginata in presenza di attività che espressamente si configurino *ab origine* come finalizzate esclusivamente alla “copertura dei costi di esercizio”, magari attingendo a finanziamenti tratti dalla fiscalità generale, senza che vi sia neppure l’astratta possibilità che si produca una qualsivoglia forma di “utile” per il gestore.

In definitiva, si rivela tutt’altro che convincente l’assunto secondo il quale l’affermato potere del legislatore statale di *«fissare il contenuto della nozione oggettiva di rilevanza economica»* dei servizi pubblici ai fini e in nome della “tutela della concorrenza” possa legittimamente spingersi fino al punto di individuare “condizioni di sussistenza” della suddetta rilevanza economica quali quelle ricostruite dalla Corte nella sentenza in esame.

II.10. – Come già si è posto in rilievo all’inizio di questa parte, la questione effettivamente sottoposta all’esame della Corte era ben diversa da quella affrontata e decisa dal Giudice costituzionale nei passaggi argomentativi che si sono fin qui presi in considerazione. Nel ricorso n. 15/2010, infatti, la Regione ricorrente, dando per presupposte le condizioni generali ed “obiettive” di sussistenza della rilevanza economica, rivendicava a sé o agli enti locali sub-regionali la competenza a “conformare” in concreto un *determinato* servizio pubblico – e, in particolare, il SII – come servizio avente o non avente rilevanza economica, ossia il potere di decidere di conferire al servizio preso in considerazione i caratteri dell’una o dell’altra categoria.

Tale specifica questione, pur non affrontata *ex professo* dal Giudice delle leggi, riceve però una soluzione “implicita” ed “obbligata” dalla opinabile soluzione dell’altra.

Va premesso che, anche ammettendo che si possa ascrivere al titolo della “tutela della concorrenza” il potere di determinare – in via normativa e con efficacia generale ed astratta – le “condizioni di sussistenza” della rilevanza economica delle attività di servizio pubblico (ed è ciò che, come si è visto, il legislatore nazionale italiano non ha fatto e a cui la Corte ha assai criticabilmente supplito con la sua erronea interpretazione del diritto comunitario), alla “tutela della concorrenza” non potrebbe certamente ricondursi il potere di determinare le caratteristiche da attribuire in concreto ad un determinato servizio pubblico, tra le quali, *in primis*, quelle concernenti proprio il carattere economico o non economico dell’attività con la quale si vogliono fornire beni o servizi ad una collettività. Tale scelta, una volta che sia data una qualunque nozione generale ed oggettiva di rilevanza economica delle attività di servizio pubblico, non potrebbe che spettare all’autorità che risulti titolare della competenza normativa per la disciplina materiale del servizio in questione.

Una simile conclusione, nella sua linearità, sembra difficilmente contestabile. Essa, tuttavia, può presentare un’unica eccezione, che è proprio quella che si configura nel caso di specie a seguito della ricostruzione della nozione di “rilevanza economica” fornita dalla Corte. Se, infatti, si accoglie una nozione di rilevanza economica nei termini così pervasivi e omnicomprensivi quale quella che fa leva sulla mera “copertura dei costi” di esercizio dell’attività (in qualunque forma e da parte di qualunque fonte di finanziamento essa avvenga), determinando così l’effetto di escludere di fatto la stessa possibilità di configurare “servizi privi di rilevanza economica”, è del tutto evidente che l’ipotesi di un potere conformativo delle Regioni o degli enti locali che concerna l’attribuzione ad un determinato servizio pubblico delle caratteristiche di rilevanza o di irrilevanza economica non ha più

alcuna ragione di porsi, semplicemente perché tutti i servizi pubblici sono inesorabilmente destinati a risultare economicamente rilevanti e, perciò, ad essere assoggettati alle norme sulla tutela della concorrenza.

Proprio questo era verosimilmente l'effetto che il Giudice costituzionale si proponeva di raggiungere e che, comunque, può ritenersi, allo stato, raggiunto: escludere in radice qualunque competenza conformativa sui servizi pubblici locali in capo sia alle Regioni che agli enti territoriali sub-regionali, riconoscendo al legislatore statale una sorta di “*pass-partout*” sulla disciplina di tutti i servizi pubblici in nome delle esigenze di “tutela della concorrenza” reali o semplicemente “proclamate” che siano.

III. – Le specifiche questioni sottoposte alla Corte in relazione alla disciplina del servizio idrico integrato e gli innumerevoli profili di criticità delle decisioni assunte dal Giudice costituzionale nella sentenza n. 325/2010

III.1. – Come già anticipato, in uno dei ricorsi introduttivi (il richiamato n. 15/2010 della Regione Marche) erano stati sottoposti al Giudice costituzionale alcuni articolati profili di censura della disciplina contenuta nei commi 1 e 1-*ter* dell'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, tutti espressamente riferiti solo alla parte in cui tali norme pretendevano di applicarsi al SII.

Tali profili di censura risultano abbastanza correttamente sintetizzati – fatta salva una sola determinante imprecisione di cui subito si dirà – nei parr. da 10.1.1 a 10.1.5 del *Ritenuto in fatto* della sentenza.

Con tre di essi (parr. 5, 6 e 9 del ricorso introduttivo), la ricorrente contestava l'illegittimità costituzionale della disciplina impugnata solo ed esclusivamente qualora fosse ritenuta interpretabile nel senso di *imporre la configurazione del servizio idrico integrato quale “servizio pubblico locale avente rilevanza economica”, escludendo la possibilità per le Regioni e gli Enti Locali di conformare il servizio come “servizio pubblico locale non avente rilevanza economica”*.

I motivi di illegittimità costituzionale invocati a fondamento delle tre censure erano, rispettivamente: la violazione delle competenze normative degli enti locali per l'organizzazione e lo svolgimento delle loro funzioni di cui all'art. 117, sesto comma, Cost.; la violazione della potestà legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali di cui all'art. 117, quarto comma, Cost.; la violazione dei vincoli derivanti al legislatore italiano dal diritto comunitario di cui all'art. 117, primo comma, Cost., dal momento che – così si

afferitava nel ricorso – tali vincoli renderebbero illegittimo l’obbligo di conformare necessariamente il servizio idrico integrato quale “servizio a rilevanza economica”.

Il quarto motivo di censura (par. 7 del ricorso introduttivo) – anch’esso costruito sulla violazione della potestà legislativa residuale in materia di servizi pubblici locali riconosciuta alla Regione dall’art. 117, quarto comma, Cost. – era rivolto a contestare i caratteri dell’*adeguatezza e proporzionalità* della disciplina impugnata con espresso riferimento alla “compressione” delle competenze legislative spettanti alla Regione – secondo quanto testualmente affermato dalla giurisprudenza costituzionale precedente per il legittimo esercizio della potestà legislativa statale in materia di “tutela della concorrenza” (sent. n. 272/2004) – anche per l’ipotesi in cui la suddetta disciplina si fosse dovuta considerare rivolta ai soli servizi a rilevanza economica, senza alcun obbligo per le Regioni e gli enti locali di conformare in tal senso il servizio idrico integrato.

Con il quinto motivo di censura (par. 8 del ricorso introduttivo), la ricorrente lamentava la violazione dell’art. 119, sesto comma, Cost., ossia della norma costituzionale espressamente posta a garanzia della proprietà pubblica regionale o locale, nell’ambito della quale sono evidentemente compresi i beni del c.d. “demanio idrico infrastrutturale” di cui all’art. 143, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006.

Nel ricorso erano chiaramente individuate due ben distinte questioni sottoposte all’esame della Corte, sia pure accomunate dal medesimo oggetto, ossia la norma contenuta nell’art. 15, comma 1-ter, del d.l. n. 135 del 2009 che imponeva il rispetto del principio «*di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle [sole] risorse idriche*» – le quali, in base all’art. 144 del d.lgs. n. 152 del 2006, sono di proprietà dello Stato – senza garantire, al contempo, la proprietà pubblica anche delle “*infrastrutture idriche*” di cui Regioni o enti locali fossero titolari ai sensi dell’art. 143 del medesimo d.lgs. n. 152 del 2006.

Con la prima questione, la Regione ricorrente rinveniva nel lamentato contrasto con l’art. 119, sesto comma, Cost. una ulteriore ragione di conferma della illegittimità costituzionale della disciplina impugnata per la parte in cui essa «*impone di conformare necessariamente il servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica, rendendo obbligatoria la scelta di una delle forme di gestione di cui all’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008*» (cfr. par. 8.2.1 del ricorso introduttivo).

Di tale *petitum* la Corte, nella sintesi del ricorso contenuta nel par. 10.1.4.1 del *Ritenuto in fatto*, perde inspiegabilmente le tracce, con evidente pregiudizio – come si vedrà più avanti – per la correttezza della decisione da assumere.

Con la seconda questione, la Regione ricorrente si poneva in tutt'altra ottica, denunciando la violazione dell'art. 119, sesto comma, Cost. anche per l'ipotesi in cui non si fosse dovuta ritenere vincolata dallo Stato la conformazione del servizio idrico integrato quale "servizio a rilevanza economica"; in questo caso, la Corte avrebbe dovuto decidere della illegittimità costituzionale della norma censurata «*nella parte in cui si limita a prevedere il "rispetto" del "principio" "di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche", senza garantire, altresì, la salvaguardia della proprietà pubblica regionale e locale delle "infrastrutture idriche", così come individuate nell'art. 143, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, attraverso la previsione della necessità del consenso esplicito, da parte dell'ente titolare della proprietà delle infrastrutture interessate dal servizio idrico integrato, rispetto alla scelta concernente l'eventuale conformazione del servizio come servizio a rilevanza economica e il conseguente suo affidamento a soggetti privati*» (cfr. par. 8.2.2 del ricorso introduttivo).

III.2. – Se queste erano – sia pure in estrema sintesi – le questioni su cui la Corte era chiamata a decidere, si resta a dir poco stupiti di fronte alle incoerenze intrinseche ed estrinseche, alle illogicità e alle approssimazioni che si rinvergono nei singoli passaggi della motivazione in diritto dedicati a definire ciascun *thema decidendum* e ad esplicitare gli argomenti che dovrebbero valere a convincere – secondo i canoni di razionalità in cui dovrebbe esprimersi la giurisdizione – della infondatezza o dell'inammissibilità delle doglianze prospettate in giudizio.

Tutto ciò, si badi bene, a prescindere dai rilievi critici che si sono già formulati nella parte II del presente contributo. Nei paragrafi che seguono, infatti, si prenderanno in esame i singoli capi del *Considerato in diritto* dedicati ad affrontare i soli profili di censura sopra indicati, dando per presupposta la correttezza e la capacità di convincere delle soluzioni fornite dalla Corte sul problema generale della "rilevanza economica" dei servizi pubblici, con la relativa nozione oggettiva ed omnicomprensiva nei termini già illustrati e la riconosciuta (ed asseritamente esercitata) competenza del legislatore statale a "fissare" tale nozione.

III.3. – Proprio la lineare e coerente applicazione di tali soluzioni offerte nei parr. 9, 9.1 e 9.2 del *Considerato in diritto*, avrebbe potuto (e dovuto) condurre la Corte a respingere agevolmente e in modo pressoché automatico i primi tre profili di censura prospettati dalla Regione Marche. Tali censure, infatti, rivendicavano tutte – in capo alla Regione o agli enti locali – la competenza a poter scegliere di *conformare* il servizio idrico integrato nei termini di un "servizio a rilevanza economica" oppure di un "servizio privo di rilevanza economica",

lamentando solo ed esclusivamente che la disciplina statale impugnata potesse essere interpretata nel senso di impedire tale potere di scelta, vincolando in via generale ed una volta per tutte la qualificazione del servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica.

È del tutto evidente che la nozione omnicomprensiva di “rilevanza economica” dei servizi pubblici basata sulla semplice finalizzazione dell’attività di servizio alla mera “copertura dei costi” e riferita, oltretutto, all’esercizio già avvenuto di una competenza legislativa esclusiva dello Stato a fissare tale nozione, impedendo di configurare – anche solo in astratto – un qualunque servizio pubblico che possa risultare privo di rilevanza economica, avrebbe senz’altro condotto a considerare infondati in radice e in blocco i tre profili di censura proposti.

La Corte, però, si è orientata diversamente, scegliendo altri percorsi motivazionali e considerando separatamente ciascuno dei menzionati profili.

III.3.1. – La censura prospettata sulla violazione dei vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e quindi dell’art. 117, primo comma, Cost. è affrontata e dichiarata non fondata nel par. 11.4 del *Considerato in diritto*.

La motivazione di tale infondatezza è l’unica che, in qualche modo, può essere riferita ad uno sviluppo intrinsecamente coerente di quanto affermato dalla Corte nei par. 9 e ss.; ciò nonostante, non mancano oscurità e contraddizioni.

Gli argomenti utilizzati sono due.

In primo luogo, la Corte richiama le affermazioni del par. 9.2, secondo le quali «*l’ordinamento comunitario, in considerazione della rilevata portata oggettiva della nozione di “interesse economico”, vieta che gli Stati membri e gli enti infrastatali possano soggettivamente e a loro discrezione decidere circa la sussistenza di tale interesse*», ricavandone la conseguenza secondo cui la disciplina censurata non integrerebbe «*alcuna violazione dei principi comunitari della concorrenza, della concorrenza, perché tali principi costituiscono solo un minimo inderogabile per gli Stati membri, i quali hanno la facoltà di dettare una disciplina più rigorosamente concorrenziale, come quella di specie, che, restringendo le eccezioni all’applicazione della regola della gara ad evidenza pubblica – posta a tutela della concorrenza –, rende più estesa l’applicazione di tale regola*».

Tali affermazioni suscitano almeno tre rilievi critici.

Il primo.

Se, come si è già fatto notare, la nozione comunitaria di “interesse economico” pone agli Stati membri e agli enti infrastatali il divieto di «*soggettivamente e a loro discrezione decidere*

circa la sussistenza di tale interesse», tale divieto non può che imporsi, per l'appunto e negli stessi identici termini, tanto agli enti infrastatali quanto agli stessi legislatori e governi degli Stati membri. Ciò dovrebbe logicamente comportare che il legislatore statale – al pari degli enti infrastatali – non possa autonomamente determinarsi dettando una nozione di “interesse economico” diversa da quella che risulti affermata al livello comunitario.

Il secondo rilievo critico.

La constatazione (del tutto condivisibile, almeno in via generale) secondo la quale i principi comunitari sulla concorrenza costituiscono solo un minimo inderogabile per gli Stati membri, si colloca su un piano del tutto diverso dalla questione concernente il potere di fissare le condizioni obiettive di sussistenza di quell'interesse economico che costituisce il presupposto logico per il sorgere delle esigenze di tutela della concorrenza. Ed è evidente che, in presenza dell'espreso riconoscimento di un “divieto” per lo Stato di fissare le citate “condizioni di sussistenza” dell'interesse economico in termini diversi dal diritto comunitario, a nulla può valere in senso contrario l'affermato potere dello Stato di derogare in senso più rigoroso alle norme comunitarie sulla concorrenza.

Il terzo rilievo critico.

In ogni caso, come si è già posto in evidenza, nella questione prospettata dalla ricorrente non veniva in considerazione né il potere di fissare le condizioni generali di sussistenza della rilevanza economica dei servizi pubblici, né la asserita violazione dei principi comunitari sulla concorrenza da parte del legislatore statale. La Regione, infatti, limitandosi a rivendicare il potere di scelta circa la conformazione in concreto del servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica o privo di tale rilevanza, riteneva violate non le norme comunitarie sulla concorrenza, bensì le norme che, in quell'ordinamento, consentono l'erogazione di alcuni particolari servizi – tra i quali proprio i servizi idrici – con forme e modalità prive di rilevanza economica, come tali da sottrarre alle regole del mercato.

In realtà, il vero argomento utilizzato dalla Corte per fondare il rigetto della censura è quello che compare nel capoverso immediatamente successivo, costruito nei termini seguenti: *«Con riferimento alla fattispecie in esame, il legislatore statale, in coerenza con la menzionata normativa comunitaria e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato (come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 246 del 2009), ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione»*.

È in questa affermazione che il Giudice costituzionale applica nella sostanza la propria ricostruzione della nozione oggettiva di “rilevanza economica” dei servizi pubblici e della competenza statale a “fissare” tale nozione. Se il SII comporta un’attività ontologicamente finalizzata anche solo alla mera “copertura dei costi” di esercizio (qualunque sia la fonte di finanziamento di tali costi), applicando la nozione di “rilevanza economica” ricostruita dalla Corte, esso non può che risultare – per sua stessa natura – dotato di questa caratteristica.

Il Giudice delle leggi, tuttavia, omette curiosamente di seguire la sua stessa linea di ragionamento e, a sostegno dell’*«incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce [ontologicamente] in uno specifico e peculiare mercato»*, non richiama – come ci si sarebbe dovuti aspettare – la nozione di “rilevanza economica” elaborata nel par. 9.1, bensì la propria sentenza n. 246 del 2009, nella quale, però, come si è fatto osservare *supra* al par. I.3, l’asserita rilevanza economica “ontologica” del SII in quanto tale non era stata né argomentata né meramente affermata, ma rappresentava, al più, un presupposto soltanto implicito – e all’epoca, peraltro, del tutto incontroverso – per evocare le esigenze *«di razionalizzazione del mercato del settore»* e fondarvi la competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di “tutela della concorrenza”.

III.3.2. – La censura costruita nel ricorso n. 15/2010 sulla violazione della potestà legislativa residuale in materia di “servizi pubblici locali” riconosciuta alle Regioni dall’art. 117, quarto comma, Cost. è individuata nel par. 12.3.6 ed è dichiarata non fondata – assieme alle censure di tutte le altre Regioni ricorrenti basate sul medesimo parametro costituzionale – nel par. 12.3.14 del *Considerato in diritto*.

La motivazione è secca, limitandosi a richiamare *«le ragioni ampiamente esposte al punto 7»*, con la sola seguente precisazione: *«Si è visto, infatti, che la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali prevista dalle disposizioni censurate afferisce alla materia “tutela della concorrenza”, di competenza legislativa esclusiva dello Stato»*.

La soluzione non convince affatto né per il metodo né per il merito della decisione.

Quanto al metodo, è del tutto evidente che l’accorpamento della questione sollevata dalla Regione Marche con le questioni sollevate dalle altre ricorrenti in relazione al medesimo parametro formalmente richiamato nei ricorsi ha consentito alla Corte di mutare radicalmente i termini del giudizio. Del resto, la sintesi della questione che il Giudice delle leggi offre nel par. 12.3.6 rende evidente l’assimilazione di essa rispetto alle altre, dal momento che la Regione Marche – secondo quanto testualmente riporta il passo richiamato – avrebbe

impugnato le norme del d.l. n. 135 del 2009 «*nella parte in cui si riferiscono al servizio idrico integrato, affermando che esse violano l'art. 117, secondo comma, lettera e), e quarto comma, Cost., perché disciplinano illegittimamente la materia dei servizi pubblici locali, nella quale le Regioni hanno potestà legislativa residuale*».

In tal modo, però, la questione proposta dalla ricorrente risulta completamente stravolta.

Infatti, la censura effettivamente sollevata dalla Regione Marche in relazione alla disciplina del SII – come si è già sottolineato e come, peraltro, risulta correttamente riportato nel par. 10.1.2 del *Ritenuto in fatto* della stessa sentenza – era specificamente (e a differenza di tutte le altre) rivolta a contestare la sola competenza statale a disciplinare i profili di configurazione strutturale del servizio attraverso l'imposizione di un vincolo che ne imponesse in via generale la conformazione come “servizio a rilevanza economica”, rimanendo espressamente incontestata da parte della ricorrente la potestà legislativa dello Stato per la disciplina delle forme e delle modalità di affidamento di tutti i servizi pubblici aventi rilevanza economica e, in particolare, dello stesso SII qualora conformato in concreto secondo il suddetto carattere.

Di una decisione di tale questione non si trova alcuna traccia esplicita nella motivazione in diritto della sentenza; e ciò in palese contraddizione con le stesse risultanze del *Ritenuto in fatto*.

Gli argomenti spesi dalla Corte nel par. 12.3.14 del *Considerato in diritto* sono del tutto inconferenti rispetto alla questione sollevata dalla Regione Marche; il rinvio alle «*ragioni ampiamente esposte al punto 7*» può valere a giustificare solo ed esclusivamente le conclusioni cui la Corte addivene in quel paragrafo: «*In conclusione, secondo la giurisprudenza di questa Corte, le regole che concernono l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – ivi compreso il servizio idrico – ineriscono essenzialmente alla materia «tutela della concorrenza», di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.*». Ma ciò, per l'appunto, era quanto la Regione Marche aveva espressamente affermato di non contestare.

È dunque del tutto evidente che gli argomenti indicati dalla Corte per sostenere l'infondatezza della questione individuata nel par. 12.3.6 risultano pienamente condivisibili solo in relazione alla arbitraria “riformulazione” della questione medesima nei termini individuati in quel paragrafo; tali argomenti, però, non possono assumere alcun rilievo in riferimento alla ben diversa questione che era stata prospettata dalla ricorrente.

L'esito cui perviene la Corte appare sconvolgente sotto il profilo della razionalità cui dovrebbe condurre il processo giurisdizionale davanti al Giudice costituzionale: il lettore della sentenza è posto contestualmente di fronte, da un lato, ad una motivazione coerente e da

condividere in relazione alla decisione di una questione tutt'affatto diversa da quella effettivamente proposta nel ricorso introduttivo del giudizio, dall'altro, all'assenza di esplicita considerazione di quest'ultima e di qualunque motivazione espressa della decisione circa la sua infondatezza (cfr. il capo 20 del dispositivo).

In verità, come già accennato, stando all'impostazione argomentativa seguita dalla Corte, l'unica ragione plausibile per giustificare il dispositivo di rigetto della questione avrebbe dovuto consistere nella lineare applicazione della nozione omnicomprensiva di "rilevanza economica" dei servizi pubblici basata sulla semplice finalizzazione dell'attività di servizio alla mera "copertura dei costi" e riferita, oltretutto, all'esercizio già avvenuto di una competenza legislativa esclusiva dello Stato a fissare tale nozione. In tal modo, risultando impedita la configurazione – anche solo in astratto – di servizi pubblici privi di rilevanza economica, compreso il SII, la censura proposta dalla Regione Marche non avrebbe potuto trovare accoglimento.

Se in ciò può consistere la motivazione del dispositivo di rigetto, resta il fatto che essa costituisce solo un dato implicito, consegnato dalla Corte all'attività interpretativa del lettore della pronuncia.

III.3.3. – La censura prospettata nel ricorso n. 15/2010 sulla violazione della potestà legislativa normativa degli enti locali territoriali riconosciuta dall'art. 117, sesto comma, Cost. per la disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle loro funzioni è affrontata e dichiarata non fondata nel par. 14 del *Considerato in diritto*.

In questo caso, l'individuazione per sommi capi dei termini della questione prospettata nel ricorso risulta sostanzialmente corretta.

Ciò che non convince è l'argomento che la Corte pone a sostegno della decisione di infondatezza. Si tratta di un'unica proposizione formulata nei termini seguenti: «L'art. 117, sesto comma, Cost. non pone una riserva di regolamento degli enti locali per la qualificazione come economica dell'attività dei servizi pubblici, perché tale qualificazione attiene – come visto al punto 9. – alla materia «tutela della concorrenza», di competenza legislativa esclusiva dello Stato, al quale pertanto spetta la potestà regolamentare nella stessa materia, ai sensi del primo periodo del sesto comma dell'art. 117 Cost.».

Ancora una volta la Corte sembra "giocare" con le parole ("qualificazione" anziché "conformazione"), evidenziando così l'equivoco palesato fin dall'*incipit* del par. 9; in tal modo, si limita a ribadire la competenza esclusiva dello Stato a «qualificare come

economica» l'attività dei servizi pubblici in nome della “tutela della concorrenza”, pretendendo da ciò di ricavare una solida ragione per respingere le doglianze del ricorso.

Tuttavia, come si è ripetutamente segnalato, la questione circa la spettanza del potere di “conformare” in concreto un determinato servizio pubblico secondo i caratteri della rilevanza economica oppure senza i suddetti caratteri è problema del tutto diverso da quello concernente il potere di stabilire in via generale le “condizioni di sussistenza” di quella rilevanza, ossia di “qualificare” in astratto le attività di servizio pubblico come economiche o meno. Un conto, infatti, è il potere di stabilire le condizioni generali ed astratte di sussistenza della rilevanza economica delle attività di servizio pubblico; su tutt'altro piano, invece, si colloca il potere di applicare in concreto tali condizioni, decidendo di attribuire o non attribuire quelle caratteristiche ad un servizio pubblico determinato.

La questione sollevata dalla Regione aveva ad oggetto solo ed esclusivamente quest'ultimo profilo, rimanendo del tutto impregiudicato ed essendo sostanzialmente irrilevante ai fini del *thema decidendum* il problema di individuare il soggetto competente a definire la linea di confine tra rilevanza e irrilevanza economica di una determinata attività di servizio pubblico.

Come già sottolineato, anche ammettendo una competenza esclusiva statale ad individuare le condizioni generali di sussistenza della rilevanza economica dei servizi pubblici, questa non risulterebbe affatto incompatibile, in linea di principio, con una competenza regionale o locale a conformare un determinato servizio pubblico secondo quei requisiti o senza di essi.

Nell'argomentazione sopra riportata la Corte dimostra di non cogliere né la sostanza della censura cui pretenderebbe di dare risposta, né, su un piano propriamente logico, la distinzione tra il potere di “fissare” in astratto le condizioni di sussistenza della rilevanza economica delle attività di servizio pubblico e il potere di applicare o non applicare in concreto tali condizioni a servizi pubblici determinati.

La motivazione resta dunque incompleta e, ancora una volta, inconferente rispetto alla censura. Solo facendo coerente applicazione della nozione obiettiva e omnicomprensiva di “rilevanza economica” elaborata nel par. 9.1 e riferita al già avvenuto esercizio della competenza in tal senso da parte del legislatore statale si sarebbe potuto respingere – quantomeno secondo i canoni della logica – la questione affrontata. Infatti, non è certo la competenza statale a stabilire le “condizioni di economicità” delle attività di servizio pubblico a poter escludere, di per sé, la reclamata potestà normativa degli enti locali per la conformazione in concreto di un determinato servizio secondo o senza quei requisiti, bensì solo ed esclusivamente la circostanza che quelle “condizioni di economicità”, asseritamente fissate in astratto dal legislatore statale in termini così pervasivi quali quelli individuati dalla

Corte, rendono – di fatto – impossibile qualunque scelta dell’ente competente ad organizzare il servizio rivolta a conformare quest’ultimo nel senso dell’*irrilevanza economica*.

III.4. – Con il quarto dei profili di censura sopra richiamati, si lamentava l’assenza nella disciplina impugnata di quei caratteri di *adeguatezza* e *proporzionalità* richiesti dalla consolidata giurisprudenza costituzionale precedente – a partire dalla sentenza n. 272 del 2004 – quali condizioni indispensabili del legittimo esercizio della potestà legislativa statale fondata sulla “tutela della concorrenza” ma rivolta ad effettuare “incursioni” nell’ambito dei servizi pubblici locali; ciò, secondo l’espressa impostazione della ricorrente, anche per l’ipotesi in cui la suddetta disciplina si fosse dovuta considerare rivolta ai soli servizi a rilevanza economica, senza alcun obbligo per le Regioni e gli enti locali di conformare in tal senso il servizio idrico integrato.

Un primo superficiale approccio alla motivazione della sentenza potrebbe indurre a ritenere che la questione sia riferibile al c.d. «*terzo nucleo tematico*» – per usare l’espressione della Corte – trattato nei parr. 8 e ss. del *Considerato in diritto*, all’interno dei quali vengono svolte ampie e analitiche considerazioni a sostegno dell’infondatezza di tutte le censure relative al mancato rispetto, da parte della disciplina statale impugnata, dei canoni della *proporzionalità* e dell’*adeguatezza*.

In realtà, non è così.

All’interno del menzionato “terzo nucleo tematico” risultano accorpate e affrontate, per esplicita affermazione della Corte, tutte le questioni proposte dalle ricorrenti e riferite – come denominatore comune – alla asserita violazione del «*principio di ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità e dell’adeguatezza*» (così il par. 8 del *Considerato in diritto*).

Tra queste, però, non poteva affatto essere considerata la censura della Regione Marche, la quale non contestava affatto l’*irragionevolezza* della disciplina impugnata, sia pure sotto i due menzionati profili, bensì la violazione diretta del criterio della proporzionalità e dell’adeguatezza in relazione alla compressione della potestà legislativa regionale, secondo quanto linearmente e senza equivoci stabilito dalla stessa Corte nella sentenza n. 272 del 2004 (cfr. par. 7.1 del ricorso introduttivo): «*Il criterio della proporzionalità e dell’adeguatezza appare (...) essenziale per definire l’ambito di operatività della competenza legislativa statale attinente alla “tutela della concorrenza” e conseguentemente la legittimità dei relativi interventi statali. Trattandosi infatti di una cosiddetta materia-funzione, riservata alla competenza esclusiva dello Stato, la quale non ha un’estensione rigorosamente circoscritta e determinata, ma, per così dire, “trasversale” (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché si*

intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – connessi allo sviluppo economico-produttivo del Paese, è evidente la necessità di basarsi sul criterio di proporzionalità-adequatezza al fine di valutare, nelle diverse ipotesi, se la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato» (par. 3 del Considerato in diritto).

La constatazione secondo la quale le argomentazioni spese dal Giudice delle leggi nei parr. 8 e ss. del *Considerato in diritto* non siano in alcun modo riferibili alla specifica questione proposta dalla Regione Marche trova due significative conferme.

La prima, sotto il profilo sostanziale, risiede nel fatto che, all'interno di questi paragrafi, la Corte utilizza argomenti volti a confutare solo ed esclusivamente le diverse doglianze prospettate dalle altre ricorrenti, preoccupandosi solo di dimostrare, da un lato, la non irragionevolezza intrinseca delle scelte operate dal legislatore statale, dall'altro la non irragionevolezza delle medesime scelte in relazione a valori costituzionali del tutto diversi da quello individuato nel ricorso n. 15/2010 e concernente la “compressione della competenza legislativa regionale”, limitandosi a giustificare la disciplina sotto il profilo del potere del legislatore statale di introdurre discipline più rigorose per la tutela della concorrenza rispetto ai parametri del diritto comunitario, nonché sotto il profilo degli interessi degli enti locali riferiti alla gestione dei servizi pubblici.

La affermata ragionevolezza della disciplina impugnata conduce, senz'altro, al rigetto di tutte le censure considerate ma non è affatto in grado di supportare la decisione di respingere la censura della Regione Marche, la quale non poneva alcun problema di asserita irragionevolezza intrinseca della disciplina impugnata o di possibile irragionevolezza in relazione a parametri diversi dalla potestà legislativa regionale sulla materia.

La seconda conferma, forse ancor più decisiva in quanto apprezzabile anche sotto il profilo squisitamente formale, risiede nel fatto che, all'interno dei parr. 13 e ss. del *Considerato in diritto*, ossia nella sede appositamente dedicata alla decisione delle questioni ricondotte al “terzo nucleo tematico” non compare la questione proposta dalla Regione Marche.

Tale questione, ancorché sicuramente “presa in carico” dalla Corte (cfr. il par. 10.1.3 del *Ritenuto in fatto*) e decisa nel senso del rigetto (come dimostra il capo 20 del dispositivo della sentenza), dalla motivazione in diritto della sentenza è misteriosamente scomparsa (*sic!*).

Né a contraddire questa davvero incredibile conclusione si potrebbe ritenere che la questione sia stata affrontata e decisa dalla Corte nell'ambito dei già richiamati parr. 12.3.6 e 12.3.14 del *Considerato in diritto*, in virtù di un suo sostanziale e del tutto implicito “assorbimento”

nell'altra questione – peraltro, come segnalato, sostanzialmente “riformulata” dal Giudice – che aveva a parametro l'art. 117, quarto comma, Cost. Se così fosse, il rinvio integrale alle «*ragioni ampiamente esposte al punto 7*», con il quale la Corte motiva la decisione di rigetto, si rivelerebbe ancor più palesemente inconferente rispetto agli argomenti spesi nel par. 8 e ss. a proposito del “terzo nucleo tematico” delle questioni da scrutinare.

III.5. – Infine, con il quinto profilo di censura, come si è visto, la ricorrente sottoponeva alla Corte due distinte questioni, entrambe rivolte a contestare la violazione dell'art. 119, sesto comma, Cost. in ragione della mancata garanzia, all'interno della disciplina statale impugnata, della proprietà pubblica regionale e locale concernente i beni del “demanio idrico infrastrutturale”.

La decisione della Corte, tanto dal punto di vista formale quanto da quello sostanziale, lascia a dir poco sconcertati.

Malgrado la chiarissima formulazione delle due questioni (cfr. i parr. 8.2.1 e 8.2.2 del ricorso n. 15/2010) e l'altrettanto chiara individuazione dei due distinti *petita* sui quali si chiedeva il giudizio della Corte, quest'ultima ha inopinatamente provveduto a costruire un'unica questione, “dimenticando” del tutto il *petitum* della prima (come, peraltro, risulta anche dal par. 10.1.4.1 del *Ritenuto in fatto*) e, per giunta, autonomamente modificando anche il *petitum* della seconda (pure correttamente riportato nel par. 10.1.4.2 del *Ritenuto in fatto*), dal quale risulta scomparsa la specifica e puntuale indicazione della norma legislativa della cui mancanza dalla previsione censurata si doleva la ricorrente (cfr. il par. 17.1.1 del *Considerato in diritto*).

Da queste artificiose operazioni – certamente non consentite ad alcun giudice e, tanto meno, ad un Giudice costituzionale le cui pronunce non siano impugnabili – è scaturita la formulazione di una singola questione ricostruita in termini tali da poter essere agevolmente liquidata con una dichiarazione di inammissibilità, in forza dei seguenti argomenti: «*La questione è inammissibile. Essa, infatti, ha per oggetto non la disciplina posta dalla disposizione denunciata, ma l'art. 153, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, disposizione che effettivamente prevede l'affidamento in concessione d'uso gratuita delle infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali e che non è stata impugnata. La ricorrente è quindi incorsa in una evidente aberratio ictus. Quanto, poi, al censurato art. 15, comma 1-ter, la ricorrente si limita a denunciare che il legislatore ha omissso di prevedere una clausola di salvaguardia a favore della proprietà pubblica delle infrastrutture idriche. La Regione Marche, formulando una censura generica e rivolta contro una mera omissione del legislatore, demanda a questa*

Corte l'indebito onere di introdurre una disciplina non indicata dalla stessa ricorrente e, comunque, non costituzionalmente obbligata».

Anche a voler trascurare l'autentica formulazione delle censure all'interno del ricorso e limitandosi a considerarle solo nei termini (del tutto stravolti) riportati all'interno del *Ritenuto in fatto* della stessa sentenza, è palese che simili affermazioni costituiscono un mero artificio retorico per "simulare" una motivazione meramente apparente.

L'affermata «*evidente aberratio ictus*» imputabile alla asserita impugnazione della norma contenuta nell'art. 153, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006, anziché della disciplina contenuta nell'art. 15 del d.l. n. 135 del 2009 è pura invenzione.

La prima censura della ricorrente, infatti, seguiva in termini assolutamente lineari il seguente *iter logico*: la norma di cui all'art. 15, comma 1-*ter*, d.l. n. 135 del 2009 pone – in tesi – un obbligo di conformazione necessaria del servizio idrico integrato come "servizio a rilevanza economica"; la norma contenuta nell'art. 153 del d.l. n. 152 del 2006 pone un secondo obbligo, quale conseguenza necessaria di una delle modalità di affidamento previste dal legislatore statale per i servizi a rilevanza economica; tale secondo obbligo non è di per sé illegittimo, ma lo diviene solo ed esclusivamente a seguito della (e in connessione con la) introduzione del primo; dunque, del tutto correttamente, veniva impugnata la norma del d.l. n. 135 del 2009 contenente il primo obbligo, nella parte in cui con esso si imponeva «*di conformare necessariamente il servizio idrico integrato come servizio a rilevanza economica, rendendo obbligatoria la scelta di una delle forme di gestione di cui all'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008*» (cfr. par. 8.2.1 del ricorso introduttivo). Tutto ciò non poteva certo essere interpretato come impugnazione della norma contenente il secondo obbligo, venendo assunta l'illegittimità derivata di quest'ultimo né più né meno che come una ulteriore conferma della illegittimità costituzionale del primo obbligo, anche per violazione dell'art. 119, sesto comma, Cost.

La Corte, inoltre, nel passaggio successivo rispetto alla rilevata *aberratio ictus*, riconosce che l'unica questione dichiarata inammissibile aveva ad oggetto – non si sa come – quanto meno anche l'art. 15, comma 1-*ter* del d.l. n. 135 del 2009: a tale specifico riguardo, la sola ragione dell'inammissibilità è rinvenuta nella genericità della censura avverso una «*mera omissione del legislatore*», senza alcuna "indicazione" della disciplina da "introdurre", «*comunque, non costituzionalmente obbligata*».

A prescindere dall'evidente assurdità logica di affermare la "non obbligatorietà costituzionale" di una disciplina legislativa che non sia stata neppure "indicata" e, dunque, della quale si assuma di ignorare il possibile contenuto, una simile motivazione è

manifestamente inconferente con entrambe le censure proposte nel ricorso: con la prima, perché con essa la ricorrente non chiedeva alla Corte alcun intervento additivo; con la seconda, perché, come testualmente riportato nel par. 10.1.4.2 del *Ritenuto in fatto* della stessa sentenza, la norma da “aggiungere” alla previsione legislativa impugnata era stata chiaramente e puntualmente individuata.

IV. – Considerazioni di sintesi e approdi attuali tra conferme giurisprudenziali, referendum del 2011 e ulteriori interventi legislativi

IV.1. – Al di là delle numerose e davvero sorprendenti “criticità” della sentenza fin qui esaminata, considerata l’inoppugnabilità delle decisioni del nostro Supremo Giudice costituzionale, all’indomani del deposito della pronuncia le coordinate di fondo del regime giuridico del SII, in particolare sotto i profili della sua organizzazione e gestione, potevano ritenersi così cristallizzate:

- a) il SII è “ontologicamente”, in base alla nozione elaborata dalla Corte, un servizio pubblico *a rilevanza economica*, indipendentemente e a prescindere dalla questione della quota di “remuneratività” della tariffa, come tale inesorabilmente assoggettato alla legislazione dettata dallo Stato nella materia della “tutela della concorrenza”, alla quale tanto la potestà legislativa regionale residuale nella materia dei “servizi pubblici locali” quanto la potestà regolamentare degli enti locali sono obbligate a conformarsi;
- b) le forme di gestione e le modalità di affidamento del SII sono esclusivamente quelle dell’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, così come successivamente attuato e integrato in senso ancor più rigoroso dal regolamento di delegificazione di cui al d.P.R. n. 168 del 2010; forme e modalità in cui l’esternalizzazione a soggetti privati è comunque la regola e l’*in house providing* costituisce ipotesi derogatoria, eccezionale e rigorosamente condizionata sia sotto il profilo sostanziale che sotto il profilo procedimentale;
- c) in relazione ai suddetti profili, le Regioni e gli Enti Locali, oltre all’eventuale riconoscimento di specifici spazi di potestà normativa espressamente individuati e delimitati dalla legislazione statale, possono soltanto dare attuazione amministrativa alle scelte fondamentali del legislatore e del Governo nazionale, subendo altresì la sostanziale “espropriazione” dei beni appartenenti al loro demanio idrico infrastrutturale, da affidare obbligatoriamente in concessione d’uso gratuita al soggetto

privato gestore del servizio, in nome della competenza esclusiva statale in materia di “ordinamento civile” (così la sentenza n. 246 del 2009, su cui cfr., *supra*, par. I.3);

- d) in ogni caso, quale titolo di competenza legislativa esclusiva statale utilizzabile – per così dire – *ad adiuvandum*, resta pur sempre la materia “tutela dell’ambiente e dell’ecosistema” nei termini già indicati dalla sentenza n. 246 del 2009 e non smentiti o modificati dalla 325 del 2010 (cfr., in particolare, il par. 7 del *Considerato in diritto*); a tale competenza, pertanto, possono continuare ad essere ricondotte, in via generale, la disciplina delle «*modalità dell’organizzazione del servizio idrico, nelle loro linee generali*», nonché, più specificamente, l’«*allocazione delle competenze sulla gestione*» e la determinazione «*delle tipologie dei costi che la tariffa [del SII] è diretta a recuperare*» in attuazione del principio “chi inquina paga” (cfr., *supra*, par. I.3);
- e) costituisce, viceversa, affermazione del tutto isolata – da ricordare qui solo incidentalmente e per completezza ricostruttiva – quella contenuta nella sentenza n. 307 del 2009, la quale – a proposito del principio di non separabilità tra gestione della rete e gestione del SII – ha individuato un titolo di competenza legislativa esclusiva dello Stato anche nella materia delle «*funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane*» di cui all’art. 117, secondo comma, lett. p), Cost., sostenendo che «*le competenze comunali in ordine al servizio idrico sia per ragioni storico-normative sia per l’evidente essenzialità di questo alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali*» (così il par. 5.2 del *Considerato in diritto*).

IV.2. – Su questa “situazione normativa” si innestano le richieste di abrogazione referendaria ai sensi dell’art. 75 Cost., presentate nel settembre 2010 avverso l’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008, l’art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006 e l’art. 154, comma 1, del medesimo d.lgs. n. 152 del 2006 limitatamente alla quota della tariffa del SII concernente l’«*adeguatezza della remunerazione del capitale investito*».

Nelle sentenze nn. 24, 25 e 26 del 2011, pronunciandosi per l’ammissibilità del primo e del terzo quesito e per l’inammissibilità del secondo, la Corte non può che confermare la propria impostazione elaborata nella sentenza n. 325, fornendo, però, alcune importanti precisazioni.

La sentenza n. 24, dopo aver ribadito che la disciplina generale delle forme di gestione e delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di cui all’art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 non costituisce applicazione necessitata del diritto UE ma la semplice e legittima imposizione

di regole concorrenziali più rigorose di quelle minime richieste dall'ordinamento sovranazionale, chiarisce che dall'eventuale esito positivo del *referendum* non deriverebbe alcuna "reviviscenza" delle norme abrogate dal suddetto art. 23-bis, bensì «*l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (...) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento e la gestione di servizi pubblici di rilevanza economica*». La Corte, inoltre, si preoccupa di rendere esplicita l'«*obiettiva ratio*» del quesito referendario, rinvenendola «*nell'intento di escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art. 23-bis che limitano rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)*».

La sentenza n. 25 dichiara inammissibile la richiesta di *referendum* volta all'abrogazione dell'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006 in materia di forme di gestione e modalità di affidamento del solo SII, in ragione del rilievo secondo il quale l'abrogazione formale di tale disposizione non potrebbe giammai impedire l'applicazione al SII della disciplina generale di cui all'art. 23-bis come pretenderebbero i promotori del *referendum*.

La sentenza n. 26, infine, nel dichiarare ammissibile il *referendum* sulla quota di remuneratività della tariffa del SII, contiene affermazioni direttamente consequenziali alla nozione di "rilevanza economica" assunta nella sentenza n. 325. Secondo la Corte, infatti, il quesito referendario in esame «*persegue, chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua*»; ciò nondimeno, però, il Giudice costituzionale avverte che l'effetto abrogativo perseguito dai promotori non sarebbe in grado di incidere sulla natura del SII quale servizio "a rilevanza economica", essendo coesistente a tale nozione «*l'esercizio dell'attività con metodo economico*» nel senso già indicato nella sentenza n. 325 del 2010 e non potendo, pertanto, «*il carattere remunerativo della tariffa (...) essere definito elemento caratterizzante la nozione di "rilevanza" economica del servizio idrico integrato*».

IV.3. – Prima della data di svolgimento dei *referendum*, con la sentenza n. 128 del 2011, la Corte respinge un ricorso della Regione Veneto affermando la non illegittimità costituzionale della disciplina statale contenuta nell'art. 2, comma 186-bis, della legge n. 191 del 2009 (introdotto dall'art. 1, comma 1-*quinquies*, del d.l. n. 2 del 2010, così come convertito in legge dalla legge n. 42 del 2010), con la quale si è disposta la soppressione – attualmente, dopo reiterate proroghe, decorrente dal 1° gennaio 2013 – delle Autorità d'ambito territoriale di cui agli artt. 148 e 201 del d.lgs. n. 152 del 2006, contestualmente affidando alla legge

regionale il compito di attribuire le funzioni già esercitate dalle sopprimende Autorità «*nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza*» (criteri più specifici – e, forse, almeno in parte, senz'altro compatibili con i principi appena menzionati – al fine di orientare la riorganizzazione delle funzioni spettanti alle AAT erano già previsti dall'art. 2, comma 38, lett. a, della legge n. 244 del 2007).

Nella citata sentenza, per respingere le censure della Regione ricorrente che lamentava l'illegittima compressione delle proprie competenze «*in materia di servizi pubblici locali e di organizzazione della cooperazione degli enti locali*», la Corte ritiene sufficiente richiamare la propria giurisprudenza della sentenza n. 246 del 2009 per ribadire, in via generale, che «*la disciplina delle Autorità d'ambito territoriale ottimale rientra nelle materie della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, di competenza legislativa esclusiva statale*», confermando la riconducibilità alla “tutela della concorrenza” «*perché l'individuazione di un'unica Autorità d'ambito consente la razionalizzazione del mercato*» e, al contempo, la attinenza alla “tutela dell'ambiente” «*perché l'allocazione delle competenze sulla gestione all'Autorità d'ambito territoriale ottimale serve a razionalizzare l'uso delle risorse e le interazioni e gli equilibri fra le diverse componenti della “biosfera” intesa come “sistema” (...) nel suo aspetto dinamico*» (cfr. par. 2 del *Considerato in diritto*). Questo, dunque, è il cuore del ragionamento della Corte: se lo Stato ha una competenza sicura per “istituire” le Autorità d'ambito, in forza dei predetti titoli di potestà legislativa esclusiva, allo stesso modo non può che essergli riconosciuta anche la «*piena facoltà di disporre – come ha fatto con la norma impugnata – la soppressione delle Autorità d'ambito*».

L'apparente linearità di tale ragionamento nasconde, in realtà, un mero gioco di specchi, come tale non in grado di soddisfare l'onere motivazionale che grava su qualunque autorità che eserciti una giurisdizione.

È del tutto evidente, infatti, che gli effetti concreti della *istituzione* di un'unica Autorità d'ambito rispetto alla sua *soppressione* possono essere radicalmente diversi se non addirittura opposti. E se l'operazione del primo tipo è ritenuta ascrivibile alla “tutela della concorrenza” e alla “tutela dell'ambiente” in ragione del duplice effetto che ad essa direttamente si collega (rispettivamente, per usare le parole della stessa Corte, di «*razionalizzazione del mercato*» e di «*razionalizzazione dell'uso delle risorse e delle interazioni e degli equilibri fra le diverse componenti della “biosfera”*»), non è difficile comprendere che gli ordinari canoni della logica avrebbero richiesto quantomeno una verifica in concreto circa la possibilità di predicare i medesimi (o analoghi) effetti anche in relazione ad una normativa che, con una

operazione di segno diametralmente opposto alla prima, disponeva la *soppressione* delle Autorità d'ambito.

Di notevole rilievo – per la concezione complessiva dei rapporti tra Stato e Regioni che vi si scorge – è anche la precisazione che il Giudice delle leggi avverte la necessità di consegnare all'interprete dopo aver così perentoriamente e tautologicamente affermato la competenza esclusiva del legislatore statale e la conseguente “esclusione” delle competenze costituzionali invocate dalla Regione ricorrente: *«Ciò non significa che alle Regioni sia vietato qualsiasi intervento al riguardo. Infatti, la stessa norma censurata, nel prevedere che “le regioni attribuiscono con legge le funzioni già esercitate dalle Autorità, nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza”, riserva al legislatore regionale un'ampia sfera di discrezionalità, consentendogli di scegliere i moduli organizzativi più adeguati a garantire l'efficienza del servizio idrico integrato e del servizio di gestione ugualmente integrato dei rifiuti urbani, nonché forme di cooperazione fra i diversi enti territoriali interessati».*

Si tratta, a tutta evidenza, di una precisazione che non incide affatto sull'assetto costituzionale delle competenze legislative e sul carattere tendenzialmente “onnivoro” che assumono – nell'interpretazione più recente del Giudice costituzionale – i titoli di legislazione esclusiva statale in materia di “tutela della concorrenza” e in materia di “tutela dell'ambiente” a fronte di quella potestà legislativa residuale nella materia dei “servizi pubblici locali” pur sempre formalmente riconosciuta alle Regioni ma sempre più sostanzialmente “svuotata” del carattere di normazione primaria. In questo caso, infatti, l'«*ampia sfera di discrezionalità*» asseritamente “riservata” al legislatore regionale che la Corte sottolinea con insolita enfasi e di cui si preoccupa di esemplificare i possibili spazi di operatività non si atteggia quale competenza costituzionalmente fondata e garantita ma, tutt'al più, come potestà di tipo “integrativo-attuativo”, fondata esclusivamente sulla legge dello Stato, dunque da quest'ultima liberamente conformabile e revocabile in ogni momento così come accade nel rapporto tra fonti legislative e potestà normativa secondaria.

IV.4. – I *referendum* svoltisi nel giugno 2011 hanno avuto, come è noto, esito positivo, di talché il d.P.R. n. 113 del 2011 e il d.P.R. n. 116 del 2011 hanno provveduto a dichiarare l'abrogazione, rispettivamente, dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e dell'art. 154, comma 1, del d.lgs. n. 152 del 2006 limitatamente alle parole *«dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito».*

Dall'esito referendario, come spiegato dalla Corte nella già richiamata sentenza n. 24 del 2011, non è scaturito un vuoto normativo: per i servizi pubblici “a rilevanza economica” si

applicano le forme di gestione e le modalità di affidamento consentite dal diritto UE e nei soli limiti di quest'ultimo (comprese le gestioni *in house*); il SII, dal canto suo, resta a tutti gli effetti – quanto meno nell'ambito dell'ordinamento italiano – un servizio da considerare ontologicamente “a rilevanza economica”, anche in assenza delle logiche di profitto venute meno con l'abrogazione referendaria (sul tema, cfr. la pregevole sintesi di C. Tessarolo, *L'affidamento della gestione del servizio idrico integrato*, in www.dirittodeiservizipubblici.it, 11 aprile 2012).

In questo quadro, a distanza di meno di un mese dalla pubblicazione dei decreti dichiarativi delle abrogazioni referendarie, è prontamente reintervenuto il legislatore nazionale, introducendo una nuova disciplina generale delle forme di gestione e delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali (largamente riproduttiva dei contenuti dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 e, soprattutto, delle ulteriori e più specifiche limitazioni all'utilizzo dell'*in house providing* disposte dal d.P.R. n. 168 del 2010) con l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, convertito in legge dalla legge n. 148 del 2011 e successivamente modificato dall'art. 25 del d.l. n. 1 del 2012, a sua volta convertito in legge dalla legge n. 27 del 2012. Tale disciplina – la quale, si osservi, escludeva espressamente il SII dal proprio ambito di applicazione (cfr. art. 4, comma 34, del d.l. n. 138 del 2011) – è stata prontamente impugnata da alcune Regioni, anche sotto il profilo della violazione dell'art. 75 Cost. in ragione della lamentata elusione della volontà espressa dagli elettori con il *referendum* abrogativo dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008. E la Corte, nella recentissima sentenza n. 199 del 2012, non ha potuto fare a meno di riconoscere che, nonostante l'esplicita esclusione del SII, «*risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice*» (così il par. 5.2.1 del *Considerato in diritto*), con conseguente illegittimità costituzionale per violazione del «*divieto di ripristino delle normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.*» (sulla vicenda, prima della pubblicazione della sentenza, cfr. le acute osservazioni di 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, fasc. 2/2012).

Anche alcuni legislatori regionali non hanno mancato di intervenire, pretendendo di dare attuazione agli esiti referendari.

La vicenda più emblematica, al riguardo, è quella della legge reg. Puglia 20 giugno 2011, n. 11 (*Gestione del servizio idrico integrato. Costituzione dell'Azienda pubblica regionale “Acquedotto pugliese – AQP”*), impugnata dal Governo con il ricorso n. 83 del 2011 e

dichiarata parzialmente incostituzionale con la sentenza n. 62 del 2012, nella quale il Giudice delle leggi ha accolto tutti i profili di impugnazione sollevati.

In particolare, per quanto più rileva in questa sede, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per violazione delle competenze legislative statali nelle materie della "tutela della concorrenza" e della "tutela dell'ambiente", dell'art. 2, comma 1, della legge reg. in questione, il quale prevedeva che *«Il servizio idrico integrato della Puglia è affidato a un'azienda pubblica regionale che realizza la parte prevalente della propria attività con l'ente pubblico che la controlla, anche per beneficiare delle economie di scala e di scopo e favorire una maggiore efficienza ed efficacia nell'espletamento del servizio e con l'obbligo del reinvestimento nel servizio di almeno l'80 per cento degli avanzi netti di gestione. Ai fini della presente legge, per avanzo netto di gestione si intende il risultato economico di esercizio del soggetto di cui all'articolo 5 al netto degli ammortamenti, accantonamenti, interessi, imposte e tasse»*.

Di fronte ad una disposizione di tale tenore, che il legislatore regionale riteneva di poter legittimamente adottare a seguito dei referendum del 12 e 13 giugno precedenti, il Giudice costituzionale rileva che *«anche dopo l'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 (...), resta vigente il disposto del terzo periodo del comma 186-bis dell'art. 2 della legge n. 191 del 2009, in forza del quale alla legge regionale spetta soltanto disporre l'attribuzione delle funzioni delle sopresse Autorità d'ambito territoriale ottimale (AATO), "nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza", e non spetta, di conseguenza, provvedere direttamente all'esercizio di tali funzioni affidando la gestione ad un soggetto determinato. Da ciò deriva, in particolare, che, in base alla normativa statale, la legge regionale deve limitarsi ad individuare l'ente od il soggetto che eserciti le competenze già spettanti all'AATO e, quindi, anche la competenza di deliberare la forma di gestione del servizio idrico integrato e di aggiudicare la gestione di detto servizio»*. Pertanto, conclude la Corte, *«la normativa statale non consente che la legge regionale individui direttamente il soggetto affidatario della gestione del SII e che stabilisca i requisiti generali dei soggetti affidatari di tale gestione (così determinando, indirettamente, anche le forme di gestione)»* (così il par. 3.2 del Considerato in diritto).

Di qui l'illegittimità della normativa pugliese *«perché – disponendo che la gestione del SII è affidata ad un'azienda pubblica regionale avente determinate caratteristiche – da un lato esclude che l'ente regionale successore delle competenze dell'AATO (ossia l'Autorità idrica pugliese) deliberi con un proprio atto le forme di gestione del SII e provveda all'aggiudicazione della gestione del servizio al soggetto affidatario e dall'altro, con*

disposizione che tiene luogo di un provvedimento, stabilisce essa stessa che il SII sia affidato ad un'azienda pubblica regionale, da identificarsi necessariamente nell'unica (a quanto consta) azienda pubblica regionale istituita al fine di detta gestione, cioè nell'azienda denominata "Acquedotto pugliese – AQP", prevista dalla medesima legge reg. Puglia n. 11 del 2011 (artt. da 5 a 14)» (così, ancora, il par. 3.2 del Considerato in diritto).

La soluzione adottata dalla Corte, come si può agevolmente osservare, non è altro che il frutto della applicazione – per la verità senz'altro coerente sotto il profilo meramente intrinseco – di quell'assetto costituzionale delle competenze in tema di organizzazione e gestione del SII che si è cercato di schematizzare all'inizio di questa parte IV e che poggia le proprie fondamenta sulle "sabbie mobili" delle numerose aporie e incongruenze addebitabili alla sentenza n. 325 del 2010. Con quelle premesse, in relazione al caso di specie, il Giudice delle leggi si limita a considerare, interpretandola con estremo rigore, l'unica disposizione legislativa statale latamente riferibile al tema dell'affidamento e della gestione del SII e dotata di perdurante efficacia normativa a seguito dell'avvenuta abrogazione mediante *referendum* della disciplina di cui all'art. 23-*bis* del d.l. n. 112 del 2008 (tenuto conto dell'affermata esclusione di una qualunque ipotesi di reviviscenza delle discipline previgenti a loro volta abrogate da quest'ultimo): la previsione di cui all'art. 2, comma 186-*bis*, della legge n. 191 del 2009, già considerata esente da profili di illegittimità costituzionale di ordine competenziale con la sentenza n. 128 del 2011 (cfr., *supra*, par. IV.3), la quale dispone la soppressione delle Autorità d'ambito territoriale di cui agli artt. 148 e 201 del d.lgs. n. 152 del 2006, affidando alla legge regionale il compito di attribuire le funzioni già esercitate dalle predette Autorità e, tra queste, ovviamente, quelle contemplate nell'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, concernenti la scelta della forma di gestione e l'affidamento del servizio.

Tuttavia, non può farsi a meno di osservare che gli esiti complessivi nella ricostruzione dell'assetto delle competenze cui si perviene con questa decisione si rivelano, ancora una volta, largamente insoddisfacenti, con il rischio, altresì, di determinare l'aumento anziché la riduzione del tasso di incertezza e di precarietà del quadro normativo di riferimento. In una situazione di acclarata assenza di disciplina legislativa statale in tema di gestione e affidamento del SII, la sola norma che il Supremo Giudice costituzionale ritiene in grado di comprimere la mai disconosciuta potestà legislativa residuale regionale in materia di "servizi pubblici locali" è quella con cui il legislatore statale si è limitato a prevedere la mera "soppressione" delle Autorità d'ambito e l'attribuzione delle loro funzioni con legge regionale, senza neppure farsi carico del problema del mantenimento di tali funzioni in capo ad un unico soggetto o del loro eventuale "spacchettamento" tra soggetti diversi; con buona

pace di quelle esigenze di «razionalizzazione del mercato» e di «razionalizzazione dell'uso delle risorse e delle interazioni e degli equilibri fra le diverse componenti della "biosfera"» che la Corte aveva evocato a fondamento della competenza legislativa esclusiva dello Stato nelle materie della "tutela della concorrenza" e della "tutela dell'ambiente" per la disciplina istitutiva dell'unica Autorità d'ambito ma che assai difficilmente – come si è già osservato, *supra*, par. IV.3 – potrebbero valere anche a sostegno di una previsione meramente soppressiva che quelle stesse esigenze mostra apertamente di trascurare.

La competenza statale, dunque, finisce per atteggiarsi, in buona sostanza, come una sorta di petizione di principio, a fronte della quale la potestà legislativa regionale è destinata a configurarsi come competenza meramente "attuativa-integrativa", fondata esclusivamente sull'esplicito dettato della legge dello Stato, la quale – ad avviso della Corte e allo stato attuale dell'evoluzione normativa – impedirebbe alla fonte legislativa regionale di individuare direttamente il soggetto affidatario della gestione del SII (stabilendo altresì i requisiti generali dei soggetti affidatari di tale gestione), in ragione del semplice dato normativo testuale secondo il quale la legge della Regione avrebbe soltanto il potere di «attribuire le funzioni già esercitate dalle Autorità» d'ambito.

Rebus sic stantibus, però, non sarebbe poi così inverosimile immaginare che la Regione Puglia avrebbe potuto legittimamente conseguire il medesimo obiettivo di cui alle disposizioni dichiarate incostituzionali semplicemente attribuendo a se stessa le funzioni della soppressa ATO Puglia, anziché attribuirle all'Autorità idrica pugliese istituita, appena venti giorni prima, con la legge 30 maggio 2011, n. 9. Una volta subentrata nelle funzioni dell'Autorità d'ambito, infatti, la Regione avrebbe potuto esercitarne tutti i poteri di scelta delle forme di gestione del servizio e procedere al relativo affidamento nel solo rispetto del diritto UE.

IV.5. – Da ultimo, merita una specifica attenzione la vicenda che ha dato luogo alla sentenza n. 320 del 2011, nella quale la Corte fornisce una serie di importanti chiarimenti circa il regime giuridico della proprietà pubblica delle infrastrutture idriche e i rapporti tra competenze statali e competenze regionali che vi sono connessi.

Sottoposta al sindacato di costituzionalità era, tra le altre, una disposizione di legge regionale (l'art. 49, comma 2, della legge reg. Lombardia n. 26 del 2003, introdotto dall'art. 1, comma 1, lett. *t*, della legge reg. Lombardia n. 21 del 2010) che prevedeva la facoltà per gli enti locali di costituire «una società patrimoniale d'ambito, ai sensi dell'articolo 113, comma 13, del d.lgs. 267/2000», dunque «a capitale interamente pubblico, incredibile», attraverso il

«conferimento della proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali del servizio idrico integrato».

L'ampia motivazione che il Giudice delle leggi offre a sostegno della dichiarazione di illegittimità costituzionale di tale previsione presenta almeno tre profili di sicuro interesse.

In primo luogo, trovano esplicita conferma le potenzialità assai pervasive del titolo di competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia "ordinamento civile" rispetto alla quale, anche in questo caso, può configurarsi in capo alle Regioni solo una competenza di tipo "integrativo-attuativo" da fondare necessariamente su specifiche norme statali. La Corte, infatti, muovendo dal presupposto che *«la disposizione regionale censurata prevede (...) un caso di cessione ad un soggetto di diritto privato – la società patrimoniale d'ambito a capitale pubblico incedibile – di beni demaniali e, perciò, incide sul regime giuridico della proprietà pubblica»*, afferma senza incertezze che essa vada *«ascritta alla materia ordinamento civile, riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato»*, con la conseguenza che *«la Regione resistente è legittimata a disporre in tale materia solo ove la legge regionale costituisca attuazione di una specifica normativa statale»* (così il par. 2.1.1 del *Considerato in diritto*).

In secondo luogo, cimentandosi nell'opera di reperimento di una norma statale in grado di fondare la disciplina regionale oggetto d'impugnazione e ricostruendo a tal fine l'evoluzione del quadro normativo, la Corte afferma l'avvenuta e definitiva abrogazione per incompatibilità dell'art. 113, comma 13, del d.lgs. n. 267 del 2000 ad opera del principio di *«proprietà pubblica»* delle reti contemplato dal comma 5 dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (successivamente riprodotto letteralmente nel comma 28 dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011), precisando altresì che *«la proprietà pubblica delle reti implica, indubbiamente, l'assoggettamento di queste – e, dunque, anche delle reti idriche – al regime giuridico del demanio accidentale pubblico, con conseguente divieto di cessione o di mutamento della destinazione pubblica»* (così il par. 2.1.2 del *Considerato in diritto*); come confermato, del resto, per tutte le infrastrutture idriche, dall'art. 143 del d.lgs. n. 152 del 2006 (a tutt'oggi pienamente vigente e non toccato né dalle abrogazioni referendarie né dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 – su cui, *supra*, par. IV.4).

Infine, confermando la propria adesione alla impostazione tradizionale sulla disciplina dei beni pubblici, incentrata – come è noto – sul profilo dominicale anziché sui profili funzionali o gestionali del bene, la Corte esclude che la previsione della incedibilità del capitale della società a totale partecipazione pubblica possa garantire in alcun modo *«il mantenimento del regime giuridico proprio dei beni demaniali conferiti in proprietà»* alla società medesima, dal

momento che *«l'incapacità delle quote od azioni del capitale sociale (...) non comporta anche l'incapacità dei beni che costituiscono il patrimonio della società; beni, perciò, che possono liberamente circolare e che integrano la garanzia generica dei creditori (art. 2740 cod. civ.), limitabile solo nei casi stabiliti dalla legge dello Stato nell'esercizio della sua competenza esclusiva in materia di ordinamento civile»* (così il par. 2.1.3 del *Considerato in diritto*). Il Giudice costituzionale, in buona sostanza, valorizza la sostanziale identità di regime giuridico che verrebbe a caratterizzare tanto i beni demaniali che risulterebbero conferiti nella società quanto gli altri beni del patrimonio sociale, per rilevare che anche per la prima categoria di beni troverebbe applicazione quel principio di libera circolazione secondo le regole del diritto comune che, come tale, risulterebbe del tutto incompatibile con il mantenimento del regime giuridico proprio della demanialità (per una ricca analisi critica del problema affrontato e della impostazione seguita dalla Corte in questa decisione, cfr. M. Mattiuzzi, *Proprietà e destinazione pubblica nella disciplina delle reti idriche. Nota a commento della sentenza della Corte costituzionale 25 novembre 2011 n. 320*, in *Regioni*, 2012, 405 ss.).