

PARERE
PRIMISSIME CONSIDERAZIONI
A MARGINE DELLA SENTENZA N. 325 DEL 2010

Prof. Avv. Alberto Lucarelli

Ordinario di diritto pubblico Università di Napoli Federico II

Dipartimento di Diritto dell'economia

1. In via preliminare, occorre evidenziare che si tratta di un primo commento “a caldo”, seguirà poi, in altra sede, una riflessione più articolata, supportata da un maggiore apparato bibliografico e giurisprudenziale. Tuttavia, per il momento, credo sia opportuno offrire un contributo al dibattito su alcuni punti problematici, attraverso un’analisi critica della sentenza, ma anche con il tentativo di proporre alcune soluzioni che, ovviamente, si muovono nell’ambito di un progetto politico ed economico-sociale ben chiaro, da anni espresso dal Forum dei movimenti per l’acqua. Il commento si articola e si snoda dunque con un approccio metodologico teso ad individuare quali possano essere gli scenari possibili dopo la suddetta sentenza e le conseguenti “ricadute” sui territori e soprattutto quali possano essere gli scenari più armonici e coerenti con le scelte “politiche” sin qui compiute dal Forum e da diversi enti territoriali e locali. Ben vengano, dalla lettura del commento, altre interpretazioni e suggerimenti che sicuramente contribuiranno ad arricchire il dibattito ed il confronto.

2. Il ragionamento che si propone, pur partendo da scelte politiche precise, e ponendosi obiettivi ben chiari e netti (gestione del servizio idrico attraverso un soggetto di diritto pubblico), sarà di natura strettamente giuridica e talvolta costretto a “spigolare” tra norme e giurisprudenza comunitaria che, come è noto, non sono sempre favorevoli al nostro obiettivo. In merito alla sentenza n. 325 del 2010, oggetto del nostro commento, mi soffermerò su cinque punti, tutti

strettamente collegati tra loro. Ritengo infatti cinque i punti fondamentali sanciti dalla sentenza della Corte costituzionale n. 325 che, è bene ricordare, era chiamata a decidere sul regime delle competenze legislative tra Stato e regioni in tema di servizi pubblici locali, a seguito di ricorsi in via principale presentati da sette regioni.

3. La Corte in particolare si sofferma sui seguenti cinque punti:
 - a. tra i servizi di interesse economico-generale e servizi pubblici di rilevanza economica vi sarebbe una sostanziale coincidenza ed omogeneità: sarebbero due identiche categorie giuridiche;
 - b. il diritto comunitario consentirebbe, ma non imporrebbe, ai servizi di interesse economico generale, l'affidamento della gestione ad un soggetto di diritto pubblico;
 - c. in virtù del suddetto assunto, lo Stato italiano con l'art. 23 bis avrebbe scelto con autonoma decisione politica (norma a questo punto non "comunitariamente necessaria") il proprio modello di gestione, escludendo appunto il ricorso ad un ente di diritto pubblico;
 - d. l'art. 35, comma 8 della l. n. 448 del 2001, e successive modifiche, escluderebbero la possibilità di affidare la gestione del servizio all'azienda speciale;
 - e. i servizi di interesse economico generale, in quanto rientranti nella materia della tutela concorrenza, sarebbero di individuazione e competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Proviamo a ragionare intorno a questi cinque punti, riservandoci ovviamente, in altra sede, di produrre approfondimenti più circostanziati e di natura più tecnica.

4. Innanzitutto si osserva che la sentenza della Corte, da una parte non sembra essere completamente in linea con i più recenti processi evolutivi del diritto comunitario, frutto come sappiamo di continue stratificazioni e di orientamenti non sempre omogenei tra loro, dall'altra sembra argomentare con una tecnica influenzata da un

certo *utilizzo* del diritto amministrativo, non sempre sensibile ai principi, sia di derivazione europea che di derivazione interna, ovvero a quel diritto pubblico europeo dell'economia che faticosamente, attraverso nuove categorie giuridiche ("principi costituzionali europei", beni comuni, partecipazione-cittadinanza attiva), sta cercando di evolversi, democratizzando gli spazi pubblici, in particolare gli spazi tesi al diretto soddisfacimento dei diritti fondamentali, come nel caso dei servizi pubblici essenziali.

5. La Corte afferma che ci sarebbe omogeneità tra i "domestici" servizi pubblici locali di rilevanza economica e i servizi di interesse economico generale, sia in merito all'attività (entrambe di natura economica) sia nei fini (entrambi sociali). Sul primo punto è possibile concordare, o quanto meno non dissentire con l'opinione espressa dalla Corte, sul secondo punto, alla luce di un raffronto sistematico tra ordinamento comunitario e ordinamento interno, si intravedono soluzioni diverse, che eventualmente possano consentire una lettura più organica del pronunciato della Corte. In particolare, va evidenziato che i fini posti dalle due categorie di servizi non sono sempre omologabili, poiché mentre per i primi la regola della concorrenza rappresenta il *prius*, il principio dominante al quale subordinare attività e funzioni, per i secondi la concorrenza è una semplice regola che si misura con altri principi dominanti che configurano obiettivi e limiti di natura sociale (art. 14 TFUE, art. 36 Carta europea dei diritti fondamentali - che ai sensi dell'art. 6 TFUE ha lo stesso valore giuridico dei trattati -, art. 106, comma 2 TFUE). In questo senso la Corte di giustizia è stata *tranchant*, infatti la natura di regola derogabile (piuttosto che principio assoluto in capo all'istituto della concorrenza) è ben affermato, oltre che dalle disposizioni dei trattati comunitari, dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia. In particolare secondo il punto 34 della sentenza del 10 novembre 2005 (procedimento C/04) in tema di procedura di aggiudicazioni degli appalti nei pubblici servizi ed in particolare in tema di contratto riguardante lo smaltimento dei rifiuti, la mancanza di una gara d'appalto per l'affidamento di un

servizio pubblico locale non sarebbe necessariamente causa di illegittimità della procedura. Il fondamento giuridico positivo di tale assunto, ovvero della natura di regola derogabile della concorrenza, è ben esplicitato nel comma 2 dell'art. 106 TFUE, laddove si riconosce all'istituzione pubblica, a certe condizioni, il potere di valutare l'opportunità politico-sociale ed economica, oltre che organizzativo-gestionale, di affidare il servizio al di fuori dalle regole del mercato e della concorrenza. Il limite alla regola della concorrenza di cui all'art. 106, comma 2 TFUE, riferito alla specifica missione alla quale devono tendere i servizi di interesse economico generale, viene potenziato sotto l'aspetto quantitativo e qualitativo dall'imprescindibile rispetto e perseguimento dei valori sociali dell'Unione europea. In sostanza, i servizi di interesse economico generale non sarebbero sottoposti alle regole del mercato e della concorrenza in tutti i casi i cui ciò sia obiettivamente giustificato, ovvero laddove il principio della concorrenza impedisca agli enti erogatori di servizi di interesse economico generale di perseguire i valori comuni dell'Unione e di promuovere la coesione economico-sociale e territoriale. Missione di interesse generale che si traduce non soltanto nella sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, ma anche nella sicurezza, nonché la tutela dell'ambiente e la protezione del clima. L'interesse generale alla coesione socio-economica si confonderebbe con l'intervento pubblico e sarebbe direttamente proporzionale ad esso (Conclusioni dell'Avvocato generale del 20 ottobre 2009 nella causa C-265/08 *Federutility*).

6. La Corte, nella sentenza in oggetto, afferma che il diritto comunitario "...consente, ma non impone... lo Stato italiano facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo, ha effettuato la sua scelta nel senso di vietare di regola la gestione diretta dei SPL ed ha perciò, emanato una normativa che pone tale divieto.". In merito, va tuttavia evidenziato che poiché il diritto comunitario consente anche per i servizi di interesse economico generale l'opzione pubblica, il diritto interno non potrebbe negarla

“una volta per tutte”, in altre parole, la discrezionalità dello Stato non risiederebbe nel potere di prevedere o meno l’ipotesi “pubblica”, ma piuttosto nel riconoscere al comune il potere di valutare se ricorrere o meno a modelli non mercantili, così come previsti dal secondo comma dell’art. 106 TFUE. La Corte, nel suo argomentare, legittimando l’art. 23 bis, nella parte in cui esclude l’ipotesi pubblica (residuale ed eccezionale è l’eventuale ricorso a forme societarie pubbliche), di fatto negherebbe al soggetto pubblico, ovvero al comune, di ricorrere ad un modello pubblico di gestione non concorrenziale, così come previsto dal diritto comunitario. In questo senso, da ultimo, sembra utile richiamare *ex adverso* la sentenza della Corte di giustizia del 9 giugno 2009 relativa alla causa C-480/06 che ha ammesso che “un’autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi e che può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubblicheanche considerato che il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico”. Pertanto, ci si domanda, come potrebbe lo Stato, “una volta per tutte”, stabilire che la concorrenza non ostacoli, nei singoli territori, in diritto e in fatto, la specifica missione dell’ente pubblico? È evidente che la norma “in deroga” è stata prevista, invece, proprio per mettere in condizione l’ente locale a procedere con valutazioni “caso per caso”, piuttosto che una “volta per tutte”, a maggior ragione trattandosi di territori e comunità locali. Infatti, secondo logica, l’art. 106 comma 2 TFUE non specifica che il potere di queste valutazioni debba spettare all’autorità statale.

7. Dunque, se ci si fermasse ad una prima e superficiale interpretazione della Corte, che negherebbe il ricorso all’eccezione e quindi alla gestione diretta, essa senza dubbio frustrerebbe lo spirito originario e più profondo della norma comunitaria, ma in senso più ampio del funzionamento dinamico e sociale dei servizi di interesse

economico generale; tuttavia, si ritiene che, pur in presenza di tale interpretazione, e *spigolando* tra gli angusti spazi lasciati liberi dalla decisione, la Corte comunque consente dei margini di operatività per gli enti infrastatali di affidare la gestione diretta ad un soggetto di diritto pubblico. Infatti, se da una parte la Corte sembra voler esprimere un orientamento univoco, a salvaguardia di scelte mercantili e concorrenziali, ma direi pan-economiche effettuate dallo Stato, dall'altra ben percepisce la scivolosità della questione in oggetto, in particolare laddove afferma che lo Stato italiano abbia vietato “**di regola**” (così testualmente) la gestione diretta (che tra l'altro non è automaticamente sovrapponibile alla categoria della gestione pubblica, ovvero attraverso un'impresa pubblica, laddove una gestione attraverso azienda speciale andrebbe intesa ad esempio come gestione pubblica ma non diretta). Con tale affermazione la Corte ribadisce che l'art. 23 bis prevederebbe un divieto “di regola” che non escluderebbe tuttavia il ricorso all'eccezione, ancorché non esplicitamente contemplato, ma previsto dal diritto comunitario. In questo senso la Corte costituzionale, ben consapevole della giurisprudenza della Corte di Giustizia, sa bene che, nel legittimare la discrezionalità della legislazione statale ad adottare anche norme più stringenti di quanto previsto dal diritto comunitario, tale discrezionalità non possa spingersi fino al punto da adottare norme divergenti. In sostanza, la Corte costituzionale sembra voler dire tra le righe, ma neanche troppo, che è possibile una legislazione più stringente e rigorosa del diritto comunitario, ma non al punto da porsi con essa in contrasto; e l'unico modo per non porsi in contrasto è proprio quello di lasciare dei margini di operatività al regime dell'eccezione; eccezione che è parte sostanziale del modello di cui all'art. 106, comma 2 TFUE. Del resto, sul punto, la Corte di Giustizia è stata molto chiara: la regolamentazione a livello UE ha anche l'effetto di precludere la previsione a livello nazionale di discipline divergenti. Trattasi dell'istituto della c.d. *preemption* comunitaria che da ultimo ha trovato esplicito riconoscimento nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Ruiz-Jarabo Colomer del febbraio 2009 causa C-478/07.

L'effetto preclusivo nei confronti della legislazione nazionale difforme è bidirezionale, nel senso di vietare, tanto previsioni nazionali più rigide rispetto alla normativa comunitaria, quanto norme interne più permissive. In sostanza, la legislazione statale, nell'ambito della sua discrezionalità, non avrebbe il potere di stravolgere il senso stesso della disposizione comunitaria, che nel caso di specie, prevede per l'appunto il regime in deroga. Quindi, la Corte è come se rafforzasse il principio della regola che nega gestioni dirette al di fuori del mercato, legittimando le scelte dell'art. 23 bis, ma nello stesso tempo non nega in senso assoluto, e non potrebbe farlo alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia, il ricorso a modelli in deroga, laddove la deroga al mercato non va intesa unicamente come ricorso alla gestione diretta, ma anche come ricorso all'affidamento del servizio ad un altro soggetto di diritto pubblico. Ad esempio, l'azienda speciale è dotata di una ben distinta personalità giuridica e di un proprio autonomo bilancio, rispetto all'ente locale di riferimento, per essa, a differenza delle aziende municipalizzate, la gestione è formalmente e sostanzialmente pubblica, ma non diretta. Infatti, correttamente la Corte costituzionale, in conformità del principio di neutralità del diritto comunitario rispetto alle forme giuridiche (art. 345 TFUE), non vieta la forma giuridica, ma piuttosto gli strumenti e le modalità di affidamento. Tant'è che, riferendosi alle due nozioni giuridiche dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi di interesse generale, testualmente afferma: " Entrambe le suddette nozioni, interna e comunitaria, fanno riferimento infatti ad un servizio che: a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica e privata).....". Sembra dunque chiaro che la Corte costituzionale non voglia intervenire sulla dicotomia pubblico-privato, sugli assetti proprietari e sulle forme giuridiche, quanto sul regime delle competenze, sulle categorie di servizio pubblico locale e sulle modalità di affidamento. In realtà poi, la Corte costituzionale interviene indirettamente sulla natura giuridica dei gestori, nel momento in cui, rifacendosi a norme di diritto interno, afferma che non sarebbe legittimo, e quindi praticabile, il ricorso all'azienda

speciale, come ente di diritto pubblico economico, in quanto dal 2001 le stesse sarebbero sottoposte all'obbligo di trasformazione in società per azioni. Da qui due conseguenze: 1) la Corte censura l'affidamento diretto come regola, non censura l'art. 23 bis nella parte in cui non prevede l'eccezione (in quanto norma più stringente adottata in forza della discrezionalità statutale), ma non nega che ad essa possa farsi ricorso; viceversa se l'avesse negata avrebbe negato l'istituto della c.d. *preemption*, violando altresì la giurisprudenza comunitaria nella parte in cui si afferma che se la disciplina comunitaria istituisce un quadro regolamentare completo in una data materia (ed il caso dei SIEG laddove si configura regola ed eccezione), gli Stati membri non possono ad esso derogare (sentenza della Corte di giustizia del 9 luglio 1997 *Konsumentombudsmannen c. De Agostini* cause riunite C-34/95, C-35/95, C-36/95); 2) la Corte non censura il ricorso ad un soggetto di diritto pubblico, incidentalmente, afferma che l'Azienda speciale in relazione ai servizi industriali è obbligata a trasformarsi in società per azioni, quindi "risolve" la questione limitatamente ad una fattispecie concreta, e comunque rifacendosi non ad un'interpretazione sistematica, ma piuttosto al puntuale criterio cronologico delle fonti. In sostanza, per la Corte costituzionale, correttamente e in linea di principio, continua ad essere irrilevante la natura e la forma giuridica del gestore.

7. La Corte costituzionale, incidentalmente, si occupa delle aziende speciali, richiamando l'art. 35 della l. n. 448 del 2001 che, nel modificare l'art. 113 del TUEL, aveva escluso per i servizi pubblici locali di rilevanza industriale (servizi poi definiti di rilevanza economica per effetto dell'art. 14 del decreto legge n. 269 del 2003 poi convertito in legge n. 326 del 2003) ogni gestione diretta oppure tramite azienda speciale da parte dell'ente pubblico. Lo stesso art. 35, al comma 8, aveva altresì imposto alle aziende speciali esistenti di trasformarsi in società di capitali entro il 31 dicembre 2002. La Corte costituzionale esclude la gestione tramite azienda speciale, ma tale esclusione si applicherebbe ai servizi industriali, adesso a rilevanza

economica, ma non ai servizi di interesse economico generale. Infatti, le normative alle quali fa riferimento la Corte costituzionale, che escluderebbero l'azienda speciale dalla gestione del servizio, si rivolgerebbero ad altre categorie giuridiche. L'azienda speciale è dunque tuttora presente nell'ordinamento giuridico italiano (art. 114 TUEL) e, in forza del regime in deroga, le potrebbe essere attribuita, da parte dell'ente locale, la gestione del servizio. Dunque, la norma del 2001, sulla base della quale la Corte trae la sue argomentazioni e conclusioni, non soltanto si riferisce a servizi diversi (ancorché la Corte con un'operazione acrobatica tenda a renderli tendenzialmente omogenei) ma soprattutto ignora il regime in deroga, cioè uno dei principi fondanti il diritto pubblico europeo dell'economia. È evidente che la nostra è un'interpretazione che tende a considerare possibile l'affidamento del servizio all'azienda speciale, basandosi su un criterio logico-sistematico che non sempre coincide con quello letterale. Ciò significa che, al momento, sul piano attuativo, tale interpretazione non sembra di facile praticabilità. Anche se va ben evidenziato che quella norma del 2001 era stata pensata per disciplinare la natura giuridica di soggetti che avrebbero dovuto gestire servizi monodimensionali, ovvero esplicitanti il loro ruolo e le loro funzioni soltanto nell'ambito della dimensione economica e non pluridimensionali come sono per l'appunto i servizi di interesse economico generale per i quali, ai sensi della normativa comunitaria su citata, il principio della concorrenza e del mercato non hanno valore assoluto, ma piuttosto risultano limitati dal raggiungimento di fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti l'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, la solidarietà, l'elevato livello dell'occupazione e la protezione dell'ambiente e della salute. Quando la Corte costituzionale afferma che l'esclusione della gestione diretta non è innovativamente disposta dall'art. 23 bis del decreto-legge n. 112 del 2008, ma solo mantenuta da tale disposizione, la Corte formula la sua affermazione avente ad oggetto i servizi monodimensionali, disarmonici rispetto al diritto comunitario ed alla categoria dei servizi di interesse economico generale.

8. Infine, la Corte costituzionale sostiene che la competenza in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica debba essere attribuita in via esclusiva alla potestà legislativa esclusiva dello Stato, in quanto rientrante nell'art. 117 comma 2 lett. e) ovvero nella tutela della concorrenza. Anche in questo caso la questione è più complessa. Infatti, poiché la materia dei servizi di interesse economico generale, come si è visto, e come soprattutto afferma il diritto comunitario, è diversa dai servizi pubblici locali a rilevanza economica, in quanto suscettibile di essere regolata al di fuori delle regole del mercato, essa non può essere intesa come materia di assoluta pertinenza concorrenziale. Si tratta piuttosto di una materia ibrida, flessibile, scivolosa, non identificabile "una volta per tutte", la cui dimensione ha un carattere dinamico, evolutivo, peculiare e legato al caso concreto, come ben rimarcato ultimamente dal Consiglio di Stato con sentenza del 10 settembre 2010, ma in precedenza anche dalla Corte dei Conti (sezione regionale di controllo, Lombardia 13.3. 2009). In sostanza, in assenza di una materia unitaria ed omogenea, si tratterebbe di una categoria giuridica, nella quale lo Stato può dettare regole generali, come affermato dalla Corte costituzionale nel 2004 (sent. n. 272 del 2004), senza impedire alle regioni e agli enti locali, anche con atti di natura amministrativa, di optare per modelli non mercantili e quindi di dichiarare nel proprio statuto il servizio idrico, servizio privo di rilevanza economica. Tuttavia, la Corte propone un'interpretazione differente e la sentenza in oggetto offre una percezione unitaria della materia, riconducendola unicamente alla concorrenza, proiettando tutti i fini verso obiettivi mercantili e giammai sociali, sottraendo agli enti infrastatali il potere di decidere sulla sussistenza dell'interesse economico del servizio, sottraendo quindi di fatto alle regioni e ai comuni il potere di qualificare il servizio idrico servizio privo di rilevanza economica. Lo scenario, pur con le suddette perplessità, dunque, cambia, ma tuttavia, pur cambiando il punto di partenza, ciò non dovrebbe impedire agli enti infrastatali di

affidare la gestione del servizio ad un soggetto di diritto pubblico. Proverò nel paragrafo successivo a spiegarne i motivi.

9. In forza dell'art. 14 TFUE, dell'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali, ma soprattutto ai sensi dell'art. 106, comma 2 TFUE, il comune può dichiarare nel proprio statuto il servizio idrico servizio di interesse generale (categoria comprensiva i servizi di interesse economico generale¹) piuttosto che servizio privo di rilevanza economica, nel rispetto della sentenza in oggetto, e può ritenere, in relazione alla fattispecie specifica, con propri atti statutari e regolamentari, necessaria la gestione diretta del servizio. Si tratterebbe, nell'ambito della categoria dei servizi di interesse generale, quindi anche a rilevanza economica, ed ai sensi dell'art. 106, comma 2 TFUE, di un atto in deroga, di opportunità e valutazione politico-gestionale, oltre che socio-economica, che potrebbe trovare una sua collocazione sistematica e più ampia, in armonia con il principio di sussidiarietà di cui all'art. 118 Cost., anche attraverso procedimenti legislativi regionali. In questo senso le regioni potrebbero egualmente dichiarare il servizio idrico servizio di interesse generale, senza violare né l'art. 23 bis, né quanto affermato dalla Corte, anzi in assoluta armonia sostanziale sia con la suddetta norma che con l'intervento giurisprudenziale.

In merito ai modi di gestione, la Corte, come si è visto, salvando la legittimità dell'art. 23 bis, ha ribadito il divieto della regola, ma non dell'eccezione, a ricorrere a modelli di gestione diretta, confermando in realtà il contenuto più intimo dell'art. 106, comma 2 TFUE ed il relativo rapporto regola-eccezione. Un'eccezione che, come si è visto, non viene declinata dall'art. 23 bis, ma che non può essere negata "una volta per tutte", per quanto su argomentato secondo una corretta interpretazione della pronuncia della Corte. Le decisioni politiche regionali e/o comunali, tese a dichiarare il servizio idrico

¹ La comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni – Libro bianco sui servizi di interesse generale – del 12.5.2004 afferma che l'espressione servizi di interesse generale è un'espressione più ampia di servizi interesse economico generale e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico.

servizio di interesse generale e a manifestare e ad argomentare che tale servizio debba essere gestito in deroga alla regola della concorrenza, non sembrerebbero porsi in contrasto con la legislazione statale e con la sentenza della Corte costituzionale, ma piuttosto esprimerebbero una volontà in deroga, dal carattere dell'eccezionalità, in relazione a specificità territoriali più facilmente percepibili da enti infrastatali. In sostanza, il comune dichiara nel proprio statuto, sulla base di una norma gerarchicamente superiore al diritto interno (si veda la giurisprudenza della Corte di giustizia su citata), il servizio idrico servizio di interesse generale (categoria comprensiva i servizi di interesse economico generale e quindi i servizi pubblici locali di rilevanza economica in armonia con i dettami della Corte costituzionale e della legislazione statale) ma valuta contestualmente anche l'opportunità politica e socio-economica di non poter raggiungere attraverso il mercato e la concorrenza "la specifica missione loro affidata", per cui deve procedere in deroga alla regola della concorrenza attraverso l'affidamento del servizio ad un soggetto di diritto pubblico. Una discrezionalità politica da parte di enti territoriali e locali che va letta anche in armonia con il recente decreto legislativo n. 85 del 2010 sul c.d. federalismo demaniale che, seppur occupandosi di beni e non di servizi, sposta le responsabilità in tema di risorse idriche dallo Stato agli enti infrastatali. In particolare, l'art. 2 del suddetto decreto dispone che: "L'ente territoriale, a seguito del trasferimento, dispone del bene nell'interesse della collettività rappresentata ed è tenuto a favorire la massima valorizzazione funzionale del bene attribuito, a vantaggio diretto o indiretto della medesima collettività territoriale rappresentata".

In conclusione, in caso in cui non si desse risalto alla procedura in deroga contemplata dal diritto comunitario per i servizi di interesse economico generale, l'art. 106, comma 2 TFUE sarebbe privo di significato ed effettività, in evidente contrasto con la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato n. 7080 del 23 settembre 2010) che ha ribadito l'incomprimibile autonomia degli enti locali di non ricorrere al mercato, in ossequio al principio costituzionale di cui agli artt. 5 e

117 della Costituzione. Un chiaro collegamento tra potere insopprimibile, che va garantito all'ente locale di scegliere il proprio modello pubblico, e l'autonomia di regioni e comuni. Del resto, i principi costituzionali di cui agli artt. 5, 114, 117, comma 6, 118, 119, ovvero quei principi costituzionali che sanciscono in merito all'organizzazione e al funzionamento degli enti locali un elevato livello di autonomia, sono implicitamente richiamati dal protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona che ha ad oggetto i servizi di interesse generale, ma anche dall'art. 5 TUE (ex art. 5 TCE) che fissa il principio di auto-organizzazione dell'ente locale. In particolare, l'art. 26 del Protocollo, oltre alla dimensione sociale, esprime di fatto i principi della sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, ben presenti nel comma 1 dell'art. 118 Cost., ed in senso più ampio, esprime quel principio di sussidiarietà verticale, cardine del sistema istituzionale comunitario multilivello, le cui ragioni di fondo richiedono di tener conto delle differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse, ma anche dai cambiamenti tecnologici ed economici come osservato dalla comunicazione della Commissione del 21 maggio 2003, *Libro verde sui servizi di interesse generale* (COM (2003) 270 Definitivo, 14).

10. In conclusione, alla luce della sentenza n. 325 del 2010, e sulla base delle suddette considerazioni, i comuni potranno predisporre delle mozioni che dichiarino il servizio idrico integrato servizio di interesse generale, motivando in maniera circostanziata, in punto di fatto e di diritto, le ragioni per le quali il servizio debba essere necessariamente affidato e gestito al di fuori della regola del mercato e della concorrenza. Nella mozione comunale non si metterebbe in discussione la rilevanza economica del servizio ma la sua peculiarità e la necessità, ai sensi dell'art. 106, comma 2 TFUE, dell'art. 14 TFUE, dell'art. 36 della Carta europea dei diritti fondamentali e del Protocollo n. 26, oltre che della giurisprudenza richiamata, che sia gestito in deroga con affidamento ad un soggetto di diritto pubblico, che

potrebbe essere o il consorzio tra comuni (ex art. 31 TUEL), che non costituisce oggetto della sentenza in esame, o l'azienda speciale, tenendo ovviamente conto per quest'ultima delle considerazioni espresse nei paragrafi precedenti. Inoltre, è auspicabile anche un intervento delle regioni, che potrebbe spiegarsi tra statuto, leggi e regolamenti. Mi spiego meglio: le regioni, ai sensi dell'art. 117, comma 4 Cost., sulla base di una dichiarazione statutaria (ma non necessariamente) che identifica il servizio idrico servizio di interesse generale, potrebbero esercitare la loro legislazione esclusiva, prevedendo l'istituzione di un ente di diritto pubblico in grado di gestire in deroga il servizio idrico integrato. Come è noto, in materia, non vi è una competenza legislativa esclusiva dello Stato che, ai sensi dell'art. 117, comma 2 Cost., lett. g) prevede sue competenze esclusive soltanto in materia di enti pubblici nazionali. L'ente pubblico regionale, che in questa sede immaginiamo, rivolto alla gestione dei servizi di interesse generale, potrebbe fungere da *holding* per le dimensioni territoriali, rendendo effettiva la deroga e ponendosi in stretto collegamento con i consorzi tra comuni o con altri eventuali soggetti di diritto pubblico. Ovviamente questo punto merita adeguati ed ulteriori approfondimenti.

Tengo a precisare che le soluzioni proposte sono costrette a muoversi, o meglio a *spigolare* come si è detto, nell'ambito delle strettoie poste dalla legislazione vigente e soprattutto dai dettami della Corte. Chi scrive, è fortemente convinto che il servizio idrico integrato debba rientrare tra i servizi privi di rilevanza economica, al di fuori della regola del mercato e della concorrenza, non in virtù di una deroga ma di un principio fondante ed ispiratore delle politiche pubbliche. Questa deve essere la regola e non l'eccezione. Dunque, l'auspicio è che prima il referendum e poi la legge di iniziativa popolare, dichiarando l'acqua bene comune dell'umanità, consentano ai comuni di poter dichiarare il servizio idrico un servizio privo di rilevanza economica, offrendo loro il legittimo potere di far ricorso all'azienda speciale o ad altri soggetti di diritto pubblico.

11. L'auspicio è che finalmente dopo la sentenza della Corte costituzionale si apra un dibattito serio, senza pregiudizi e faziosità, che riconosca il giusto spazio a regioni e comuni, ma soprattutto al regime pubblico, così come previsto dall'art. 43 Cost.; un dibattito che si sappia confrontare con il diritto pubblico europeo dell'economia, quale insieme di principi, regole, comportamenti tesi a bilanciare l'arroganza e l'invasività pan-economica del diritto della concorrenza "all'italiana", frutto di una diabolica commistione tra assolutismo giuridico (regole) e assolutismo politico (decisione politica). L'auspicio è che alla Costituzione, in particolare in relazione al suo delicato rapporto autorità-libertà, sia dato modo di riacquistare la sua effettività e la sua forza prescrittiva. Occorre un'inversione di rotta, che significa innanzitutto da parte del pubblico una riacquisizione di responsabilità politiche e il ripristino di una tavola gerarchica dei principi. Significa avere la piena consapevolezza che una dissennata e volgare applicazione del principio della concorrenza e la progressiva occupazione di spazi e beni pubblici in settori che hanno ad oggetto beni funzionali serventi ad ambiti così delicati, proprio perché *in primis* tesi alla tutela dei diritti fondamentali, può senz'altro indurre ad un disarmo funzionale di responsabilità da parte dello Stato. Attribuire un primato del pubblico nella gestione di tali beni significa voler evitare l'insorgere di politiche centrate su reti plurali di gruppi di interesse; di modelli neo-corporativi, di modelli neo-feudali; di disseminazione degli interessi corporati. Attribuire un primato del pubblico significa anche affermare il chiaro intento di resistere a quel processo di neo-feudalizzazione, nell'ambito del quale la *governance* con il suo carico di ambiguità, tenderebbe a miscelare idee e concetti quali la sussidiarietà orizzontale e la libertà incondizionata di impresa.
12. L'auspicio è che possa nascere un nuovo modello di pubblico, un modello che sappia e voglia andare oltre le aziende speciali con l'obiettivo di affermare una nuova dimensione di pubblico non "statalista" , ma partecipata, nella quale coinvolgere anche associazioni e comitati, messi in condizione di proporre, gestire,

controllare. Occorre uscire dalla logica proprietaria che lega il *dominus* al bene e considerare che in merito all'acqua si è in presenza della gestione di un bene comune, di appartenenza collettiva, in cui il gestore ancorché pubblico, è vincolato dalle fasce d'utilità ad esso riconducibili. Alla base del bene comune vi è il primato della funzione sul titolo, il primato dell'ordine fenomenico e sociale dei cittadini. I soggetti gestori, ancorché pubblici sono obbligati a gestire i beni comuni in quanto beni propri dei cittadini responsabili del governo dei beni comuni, in proporzione del loro potere che rappresenta la fondazione perpetua dello Stato sociale. "*Du public au commun*" questa è la vera sfida che viene ignorata da giuristi tradizionali ancorati a vecchie e superate categorie; una sfida che però la Corte ha tutta la capacità e sensibilità di poter raccogliere nei prossimi appuntamenti. Il dibattito è ormai aperto e il tema dei beni comuni, oltre le vetuste nozioni di demanio e patrimonio indisponibile, sta contribuendo ad aprire nuovi scenari e dimensioni del diritto pubblico, secondo una visione meno statalista e burocratizzata, ma al contrario, orientata a quelle forme di gestione definibili di *governo pubblico partecipato*. Credo che, in particolare intorno al governo e alla gestione dei beni comuni, materiali ed immateriali, si apriranno nei prossimi anni nuove e stimolanti sfide, in cui il cittadino attivo possa essere chiamato a svolgere ruoli di reale responsabilità e controllo.