

Competenza Stato-Regioni

Servizi pubblici locali e referendum

Corte costituzionale, sentenza 20 luglio 2012, n. 199 - Pres. A. Quaranta - Red. G. Tesauro

L'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, riproducendo sostanzialmente la disciplina dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 abrogata in via referendaria, è costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 75 Cost., in quanto si pone in contrasto con il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale.

Nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato, 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.

La questione della violazione dell'art. 75 proposta da tutte le Regioni ricorrenti risulta ammissibile in quanto la violazione denunciata, pur essendo relativa ad un parametro di legittimità diverso da quelli che sovrintendono al riparto di competenze legislative tra Stato e Regioni, è idonea a determinare, oltre ad una lesione della volontà popolare espressa attraverso la consultazione referendaria, anche una potenziale lesione della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme

Conforme: (in tema di servizi pubblici locali) Corte cost. 7 marzo 2012, n. 62, Corte cost. 13 aprile 2011, n. 128, Corte cost. 26 gennaio 2011, n. 24, Corte cost. 17 novembre 2010, n. 325, Corte cost. 24 luglio 2009, n. 246, Corte cost. 20 novembre 2009, n. 307, Corte cost. 27 luglio 2004, n. 272; (sulla lesione di competenza "indiretta" in sede di giudizio di legittimità costituzionale in via principale) Corte cost. 16 febbraio 2012, n. 22, Corte cost. 5 aprile 2012, n. 80, Corte cost. 28 luglio 2004, n. 280, Corte cost. 18 novembre 2000, n. 503.

Il commento di Jacopo Bercelli

La sentenza in commento è stata determinata dalla volontà della Corte costituzionale di colpire una norma che essa considerava rappresentare una grave violazione del divieto di ripristino di normativa abrogata in via referendaria. A questo fine la Corte ha allargato, come aveva già fatto in altri casi, la legittimazione delle Regioni nel giudizio in via principale. Nella sentenza non viene accertata alcuna lesione di competenze legislative regionali, e di conseguenza tale pronuncia non incide sul riparto di competenze in tema di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Pertanto la riespansione di potestà legislativa regionale da essa derivante non è un fatto stabile e istituzionale, e comunque deve misurarsi con la necessità che la tutela della concorrenza sia assicurata in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Il legislatore statale mantiene la competenza a disciplinare le modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in funzione di tutela della concorrenza, e nella nuova legislatura esso non dovrà considerarsi vincolato dall'esito referendario.

Breve sintesi della vicenda che ha portato alla sentenza n. 199 del 2012

Dal dicembre 2001 ad oggi, il legislatore statale è più volte intervenuto a riformare la disciplina generale delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

La maggior parte di tali interventi, anche se non tutti (1), sono stati diretti a promuovere, in questo

Nota:

(1) Il riferimento specifico è all'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003. Per un giudizio critico su tale disciplina dal punto di vista della
(segue)

munitaria e conseguente riespansione delle competenze regionali e degli enti locali nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

In realtà, tutti i passaggi del ragionamento della Corte, nonché il dispositivo della stessa e gli effetti che essa produce, meritano di essere analizzati, perché la loro soluzione nel senso indicato dalla Corte non era né semplice né scontata. Si tratta oltretutto di questioni tutte dirimenti ai fini della decisione, ossia questioni la cui differente soluzione avrebbe potuto portare a una conclusione opposta a quella espressa dalla Corte.

Le questioni che si intendono affrontare investono sia il dispositivo sia le argomentazioni sia gli effetti della sentenza.

Con riferimento al dispositivo, la questione principale attiene al fatto che la sentenza della Corte non accerta la violazione da parte dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 dell'art. 117, c. 4, Cost., in quanto il relativo motivo viene considerato assorbito. Dunque, l'art. 117 Cost. viene invocato dalla Corte per affermare la legittimazione delle Regioni, ma poi non ne viene accertata la violazione.

Quanto al percorso argomentativo seguito dalla Corte, le questioni che meritano un approfondimento critico appaiono essere le seguenti: il concetto di riproposizione della normativa abrogata, ossia l'analogia tra la nuova normativa e quella abrogata, e dunque la lesione dell'art. 75 Cost. da parte (non dell'art. 4 approvato nell'agosto 2011 e impugnato avanti la Corte, ma) della norma dichiarata costituzionalmente illegittima (art. 4 nel testo vigente nel giugno 2012); l'affermato fenomeno della riespansione della competenza legislativa regionale a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis e della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011.

In relazione agli effetti della pronuncia della Corte, devono essere affrontati e chiariti almeno due elementi: se e come effettivamente i legislatori regionali possano avvalersi della riespansione della loro competenza scaturita dalla sentenza della Corte; se la sentenza possa vincolare il legislatore statale della prossima legislatura.

L'applicazione del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dal referendum

La ricostruzione solo "in negativo" del contenuto normativo dell'art. 23-bis del d.l. n. 112/08 e dell'art. 4 del d.l. n. 138/11

Nella sentenza n. 199 del 2012 la Corte ha fatto

applicazione del divieto di formale e sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale (p.to 5.2.2. delle considerazioni in diritto).

In particolare, la Corte ricorda che l'intervenuta abrogazione referendaria di una norma pone un vincolo particolare a carico del legislatore che consiste nel divieto di far rivivere la normativa abrogata, ossia nell'impedire che l'esito della consultazione popolare «venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l'effetto utile, senza che si sia determinato, successivamente all'abrogazione, alcun mutamento né del quadro politico, né delle circostanze di fatto, tale da giustificare un simile effetto» (p.to 5.2.2. delle considerazioni in diritto) (13).

Nell'argomentare la violazione da parte dell'art. 4 del d.l. n. 138 del divieto di ripristino, la sentenza n. 199 del 2012 accoglie la ricostruzione della portata precettiva dell'art. 23-bis compiuta dalla Corte nella pronuncia n. 24 del 2011 nel giudizio sull'ammissibilità del referendum.

Dunque, per comprendere la sentenza n. 199 del 2012 è necessario partire dalla ricostruzione dell'art. 23-bis compiuta dalla sentenza n. 24 del 2011. Infatti, è proprio la qualificazione data da tale sentenza al contenuto dell'art. 23-bis ad aver influenzato in modo decisivo non solo il giudizio di ammissibilità del referendum per l'abrogazione dell'art. 23-bis ma anche il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011.

Il punto centrale di tale qualificazione consiste, a giudizio di chi scrive, nell'aver considerato in modo riduttivo, ossia solo "in negativo", la disciplina dell'art. 23-bis come disciplina di limitazione del ricorso all'affidamento *in house*, senza evidenziarne, nella loro pluralità e articolazione, tutti i tratti caratterizzanti "in positivo".

Nota:

(13) Per un approfondimento dell'affermazione da parte della sentenza in commento del divieto di ripristino e dei suoi limiti, con i necessari riferimenti bibliografici, cfr. S. La Porta, *Il "ripristino" della normativa abrogata con referendum Brevi note a margine della travagliata vicenda dei servizi pubblici locali*, pubblicato in data 20 novembre 2012, in *Rivista telematica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 4 del 2012.

Sull'elaborazione giurisprudenziale del divieto di ripristino, cfr. M. Luciani, *La formazione delle leggi, Il referendum abrogativo*, in *Commentario alla Costituzione* G. Branca A. Pizzorusso, Zanichelli, Bologna, 2005, 661. Sul vincolo nascente dall'effetto abrogativo del referendum, cfr. F. Modugno, voce *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, I, 7. Sul tema cfr. altresì G. Ferri, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, 1997, 62 ss. ove ulteriori riferimenti bibliografici.

Nella sentenza n. 24 del 2011 la Corte, nel descrivere la portata normativa dell'art. 23-bis si limita a sottolineare che essa è «diretta sostanzialmente a restringere, rispetto alle regole concorrenziali minime comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto, e, in particolare, di gestione in house dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» (p.to 5.1. delle considerazioni in diritto) (14).

Al contrario, la normativa contenuta nell'art. 23-bis avrebbe potuto essere descritta in modo diverso, più aderente alla sua logica positiva, enunciata nel c. 1 dell'articolo stesso. D'altra parte, si rimarca che una ricostruzione dell'art. 23-bis come norma positivamente diretta alla tutela e promozione della concorrenza era già stata compiuta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 307 del 2009, dove si sottolinea che la disciplina recata dall'articolo 23-bis è diretta «Al fine di garantire una maggior concorrenzialità dei relativi mercati» rimarcandosi che «la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico, della tutela della concorrenza» (p.to 6.2. delle considerazioni in diritto).

Si tratta, infatti, di una normativa che è diretta a promuovere la concorrenza e a tutelare l'iniziativa economica, pubblica e privata, in un settore che, essendo dominato da affidamenti diretti pluridecennali a società pubbliche, non ha mai visto nella storia italiana e ancora non vede lo svolgersi di dinamiche concorrenziali significative. E l'art. 23-bis, c. 1, espressamente afferma di porsi «in applicazione della disciplina comunitaria e al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale».

Quanto poi alla sua struttura, l'art. 23-bis non si limita a restringere rispetto al diritto comunitario le ipotesi di affidamento *in house*, ma persegue l'obiettivo dell'apertura alla concorrenza attraverso una pluralità di altre misure. Basti riferirsi ai contenuti seguenti: la previsione che Regioni e enti locali definiscano bacini di gara per i diversi servizi allo scopo di consentire una maggiore efficienza ed efficacia nella gestione degli stessi; l'affermazione del principio della netta distinzione tra le funzioni di regolazione e le funzioni di gestione dei servizi pubblici locali, anche attraverso la revisione della disciplina sulle incompatibilità; l'affermazione del principio di reciprocità ai fini dell'ammissione alle gare di imprese estere; l'indicazione della necessità di una durata degli affidamenti strettamente proporzionata e mai superiore ai tempi di recupero degli

investimenti; la fissazione dell'obiettivo di limitare casi di gestione in regime di esclusiva, liberalizzando le altre attività economiche.

Se si descrive l'art. 23-bis nella sua articolazione, si coglie come il significato e la portata precettiva della norma oggetto del quesito referendario non fosse riducibile al «restringere rispetto alle regole concorrenziali minime comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto». Questo è ciò che i promotori del referendum leggevano nella norma, ma la sua portata precettiva andava oltre tale profilo.

D'altra parte, guardando al diritto comunitario, è certamente vero che la normativa comunitaria detta "regole concorrenziali minime", restando impregiudicata la possibilità per gli enti locali di gestire questi servizi *in house*. Come sottolineato nella "Relazione introduttiva della Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione" del 20 dicembre 2011, «Il diritto dell'Unione europea non limita la libertà delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatori di svolgere i compiti di interesse pubblico che rientrano nell'ambito delle loro competenze utilizzando le risorse proprie». Ed infatti il testo di art. 15 inserito nella proposta indica tra le ipotesi di non applicazione della direttiva le «Relazioni tra amministrazioni pubbliche», ossia in sostanza i casi di autoproduzione mediante il modello *in house*.

Tuttavia, ciò non toglie che lo schema di partenza per inquadrare nel loro complesso i servizi pubblici locali di interesse economico in chiave europea è quello della tutela e della promozione della concorrenza per il mercato (15), in quanto «l'indirizzo comunitario [è] inteso a realizzare nei servizi pubblici locali a rilievo comunitario una concorrenza per il mercato, cioè il periodico affidamento del servizio a veri imprenditori attraverso gare» (16). Il diritto

Note:

(14) Limitarsi a tale punto di vista appare riduttivo: per assurdo, sarebbe come dire che la disciplina sugli appalti pubblici contenuta nel d.lgs. n. 163 del 2006 è complessivamente diretta e restringere la facoltà delle pubbliche amministrazioni di affidare lavori, servizi e forniture senza gara.

(15) L'importanza di individuare «gli schemi di partenza per inquadrare i servizi pubblici di interesse economico e per non perdersi nell'intrico delle norme e degli interessi incrociati» è sottolineato da F. Merusi, *La legalità amministrativa, Altri sentieri interrotti*, cit., 94. Per un'analisi del punto di vista comunitario sull'evoluzione della nostra disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, cfr. L. Ammannati, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, cit., 908.

(16) F. Merusi, *La legalità amministrativa, Altri sentieri interrotti*, cit., 106. In generale, sulla disciplina europea relativa ai servizi (segue)

comunitario ammette il modello *in house* quale derogha alla regola della gara in quanto, quale modalità di autoproduzione esso non si pone in contrasto, dal punto di vista giuridico e concettuale, con la tutela della concorrenza (17). Ma non si può neppure non dare alcun rilievo al fatto che, nella vita concreta dei settori economici, ad un aumento delle gestioni *in house* oggettivamente si correla un minor grado di contendibilità e dunque di concorrenza. Ed infatti nella già citata *Relazione introduttiva* alla "Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione", la Commissione correla l'obiettivo dell'allocazione efficiente dei fondi pubblici con un idoneo quadro giuridico in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, che viene individuato come lo strumento per stimolare gli investimenti pubblici e privati in infrastrutture e servizi strategici con il miglior rapporto qualità/prezzo.

In conclusione, e tornando alle sentenze della Corte, non si intende qui sostenere che una ricostruzione più articolata e "in positivo" della portata precettiva dell'art. 23-bis avrebbe necessariamente determinato un diverso esito del giudizio di ammissibilità del quesito referendario espresso dalla sentenza n. 24 del 2011. Anche così descritta, infatti, la norma comunque non costituiva applicazione necessitata del diritto comunitario, e dunque la sua abrogazione non ha determinato una lacuna normativa incompatibile con gli obblighi comunitari né l'applicazione di una normativa contrastante con l'assetto concorrenziale minimo inderogabilmente richiesto dall'ordinamento comunitario (sentenza n. 24 del 2011, p. to 4.2.1. delle considerazioni in diritto).

Tuttavia, una descrizione della norma "in positivo" avrebbe comunque contribuito a collocare la norma stessa in un contesto costituzionale più complessivo: la Corte, nel giudizio di ammissibilità, sarebbe partita dal presupposto di dover giudicare una norma che era anzitutto una norma di attuazione, in chiave positiva e propositiva, dei principi del diritto comunitario, e di tutela di diritti costituzionalmente garantiti quale quello di iniziativa economica.

La sentenza n. 199 del 2012, nel momento in cui opera il raffronto tra l'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 con l'art. 23-bis per valutare se sia stato violato il divieto di riproposizione, recepisce dalla sentenza n. 24 del 2011 il concetto che l'art. 23-bis è norma «volta a restringere, rispetto al livello minimo stabilito dalle regole concorrenziali comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, consentite solo in casi eccezionali

li ed al ricorrere di specifiche condizioni» (p.to 5.2.1. delle considerazioni in diritto).

In questo modo, la rappresentazione "in negativo" dell'art. 23-bis operata dalla sentenza n. 24 del 2011 arriva a condizionare anche il percorso argomentativo seguito dalla sentenza n. 199 del 2012. Si giunge così al seguente sillogismo: l'art. 23-bis restringeva il ricorso all'*in house*; l'art. 4 ripropone il restringimento delle ipotesi di affidamento *in house*; dunque, l'art. 4 viola il divieto di ripristino di norma abrogata da referendum. Un sillogismo che è vero e inappuntabile in sé e nel suo svolgimento, ma che rimane viziato da una incompleta rappresentazione della proposizione iniziale. Anche con riferimento alla sentenza n. 199 del 2012 si può ripetere un giudizio simile a quello espresso con riferimento alla sentenza n. 24 del 2011: una più completa rappresentazione del contenuto dell'art. 23-bis e dell'art. 4 non avrebbe falsificato il sillogismo e dunque non necessariamente avrebbe modificato l'esito del giudizio; tuttavia essa avrebbe certamente potuto contribuire ad un diverso inquadramento iniziale e complessivo del giudizio stesso.

(Segue) la questione della esatta individuazione della norma da sottoporre a giudizio

Si deve ora passare ad esaminare specificamente l'applicazione del divieto di riproposizione che la Corte ha compiuto nella sentenza n. 199 del 2012. In relazione a tale profilo, la sentenza n. 199 evidenzia come la disciplina dettata dall'art. 4 «non solo è contraddistinta dalla medesima *ratio* di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamento *in house*, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-bis contenuto nel d.P.R. n. 168

Note:
(segue nota 16)

di interesse economico generale, cfr. L. Bertonazzi, R. Villata, *Servizi di interesse economico generale*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, 2 ed., diretto da M.P. Chiti, G. Greco, Milano, 2007, IV, 1791 ss., nonché G. Cartei, *I servizi di interesse economico generale fra riflusso dogmatico e regole di mercato*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005., 1219 ss.

(17) Cfr. S. Colombari, *Il modello in house providing tra mito (interno) e realtà (comunitaria)*, in *Urb. e App.*, 2008, 211 ss.. Per una completa ricostruzione del modello *in house* e del suo inquadramento nell'attuale ordinamento, cfr. F. Goisis, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, a cura di R. Villata, cit., 245 ss.

del 2010»: pertanto, «- nonostante l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato - 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» (p.to 5.2.1. delle considerazioni in diritto).

La circostanza che le due discipline in oggetto siano contraddistinte dalla medesima *ratio* e dai medesimi precetti normativi è del tutto evidente.

Tuttavia, fermo restando il giudizio di analogia e coincidenza tra l'art. 23-bis e l'art. 4 del d.l. n. 138, è comunque interessante rilevare che la sentenza della Corte ha avuto ad oggetto non l'art. 4 nel testo vigente al momento della sua entrata in vigore né al momento della proposizione dei ricorsi regionali, bensì l'art. 4 nel testo vigente al momento della pronuncia della sentenza.

Questo elemento è espressamente sottolineato dalla Corte, che evidenzia tutte le modifiche apportate alla norma dall'agosto 2011 al giugno 2012, e rimarca come esse abbiano rafforzato il contenuto prescrittivo delle disposizioni impugnate e abbiano compresso ancor di più le sfere di competenza regionale (p.to 2 delle considerazioni in diritto). Da tale constatazione la Corte fa discendere la conseguenza che, in forza del principio di effettività della tutela costituzionale, le censure sollevate dalle Regioni debbano essere estese alla nuova formulazione dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (p.to 2 delle considerazioni in diritto): dunque oggetto del giudizio è l'art. 4 nel testo vigente nel giugno 2012.

Questo dato però - per la Corte - non intacca il fatto che la normativa oggetto del suo giudizio è stata adottata dopo un brevissimo lasso di tempo (23 giorni) dalla pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e che durante tale periodo non si è verificato alcun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata (p.to 5.2.2. delle considerazioni in diritto) (18).

In realtà, anche se l'art. 4 nel testo introdotto nel giugno 2011 e l'art. 4 nel testo vigente nel giugno 2012 sono quasi identici, l'affermazione fatta dalla Corte che oggetto del giudizio era la norma vigente nel giugno 2012 merita di essere evidenziata perché essa avrebbe potuto avere un qualche rilievo in merito all'accertamento dell'eventuale sussistenza di un «mutamento del quadro politico» o di un «mutamento delle circostanze di fatto» individuati dalla Corte quali limiti al divieto di ripristino (cfr. p.to 5.2.2. delle considerazioni in diritto).

Dunque, nei due paragrafi successivi sarà esaminata in termini problematici la questione della effettiva

violazione del divieto di ripristino, esaminandola partitamente con riferimento, prima, all'art. 4 nel testo approvato dal decreto legge n. 138 dell'agosto 2011, e poi con riferimento all'art. 4 nel testo vigente nel giugno 2012.

(Segue) la violazione del divieto di riproposizione con riferimento all'adozione, il 13 agosto 2011, dell'art. 4 del d.l. n. 138/11

Con riferimento all'art. 4 introdotto il 13 agosto 2011 con il d.l. n. 138, si può porre in termini problematici la questione se l'esclusione dall'ambito di applicazione della nuova disciplina del servizio idrico integrato non potesse incidere in alcun modo sul giudizio di analogia tra la disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008. La Corte esprime questa convinzione, ma senza argomentarla in modo particolare (p.to 5.2.1. delle considerazioni in diritto).

Si possono infatti avanzare argomenti per affermare che l'art. 4 nel testo approvato con il d.l. n. 138 del 2011 era significativamente diverso dall'art. 23-bis proprio nella misura in cui escludeva dal suo ambito di applicazione il settore della gestione del servizio idrico integrato.

L'ambito oggettivo di applicazione è un elemento essenziale di una norma, e dunque una sua modificazione significativa e non marginale può essere considerata una modificazione significativa della norma, che merita quanto meno di essere valutata nel giudizio sul divieto di riproposizione.

Non si intende qui discutere della questione, avente rilevanza politica più che giuridica, che il Governo, con una sua valutazione appunto politica, nell'agosto 2011 abbia ritenuto che escludere il servizio idrico dall'ambito di applicazione della nuova norma sarebbe stato sufficiente per venire incontro alla volontà popolare manifestata in sede referendaria (19).

Note:

(18) Per un commento alla sentenza n. 199 incentrato sulla questione dei limiti al divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum, cfr. M. Della Morte, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2012.

(19) Se si legge la "Relazione introduttiva ai quesiti referendari" redatta e sottoscritta dai professori che hanno predisposto gli stessi, e significativamente intitolata "Invertire la rotta. Per un governo pubblico dell'acqua" si ha la netta sensazione che l'interpretazione data dal Governo non sia stata né arbitraria né irragionevole. D'altra parte, se l'obiettivo del referendum non fosse stato il servizio idrico si farebbe fatica a spiegare il ragionamento condotto dalla Corte nella sentenza n. 24 del 2011 relativo al fatto che «non sarebbe stato possibile formulare un quesito diretto ad abrogare la normativa dell'art. 23-bis solo per alcuni set-
(segue)

Quel che si vuole rimarcare, invece, è che con l'escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 4 il settore dei servizi idrici si è significativamente modificato l'ambito di applicazione della norma oggetto di referendum. La significatività della modifica è concretamente percepibile se si considera sotto il profilo quantitativo la dimensione del servizio idrico rispetto all'insieme dei servizi disciplinati dal 23-bis: una dimensione rilevante, valutabile in una percentuale consistente dell'ambito di applicazione della norma (20).

In secondo luogo, nel giudizio sul divieto di riproposizione condotto con riferimento alla norma adottata il 13 agosto 2011 avrebbe potuto essere considerata altresì un'altra circostanza: il fatto che tra la pubblicazione del decreto del Presidente della Repubblica del 18 luglio 2011 sull'esito del referendum e l'adozione del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011, il Governo italiano aveva ricevuto la ben nota lettera del Presidente della Banca Centrale Europea datata 5 agosto nella quale, tra le misure da adottare "con urgenza" per contrastare la speculazione finanziaria in atto contro l'Italia, era espressamente indicata «la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali». Tale missiva avrebbe potuto essere valutata nel quadro di quei mutamenti delle circostanze di fatto sopravvenuti che, nella giurisprudenza della Corte, sono considerati un limite al divieto di riproposizione (21).

In conclusione, con riferimento all'adozione dell'art. 4 il 13 agosto 2011 con d.l. n. 138 si possono evidenziare due circostanze che, pur essendo potenzialmente rilevanti ai fini del giudizio, non trovano adeguato spazio nelle argomentazioni della sentenza n. 199: la riduzione significativa dell'ambito di applicazione della nuova norma; la sopravvenienza di un fatto, forse non dirimente e conclusivo, ma certamente significativo.

(Segue) la violazione del divieto di riproposizione con riferimento all'art. 4 vigente nel giugno 2012

Si deve ora passare a considerare il testo dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 che ha costituito l'effettivo oggetto della sentenza della Corte, ossia l'art. 4 nel testo vigente nel giugno 2012.

Abbiamo già ricordato come la Corte stessa abbia sottolineato che l'art. 4 è stato successivamente oggetto, rispetto al 13 agosto 2011, di numerose modifiche, le quali non si sono limitate a confermare il contenuto prescrittivo della norma originaria, ma l'hanno significativamente rafforzato.

Se si concentra l'attenzione su questo dato, si deve

osservare che le modifiche recate al testo dell'art. 4 sono state apportate da un Governo diverso e sopravvenuto rispetto a quello in carica al momento dell'esito del referendum, sostenuto da una maggioranza politica diversa e nominato dal Presidente della Repubblica per fare fronte ad una situazione di grave emergenza finanziaria, riconosciuta come tale dalle massime autorità istituzionali italiane.

Nel momento in cui un Governo diverso e sostenuto da una maggioranza politica diversa, in un contesto economico e politico diverso, apporta significative modifiche ad una norma, contemporaneamente fa propria quella norma non solo per le parti da esso modificate ma anche per le parti confermate. In sintesi: la pronuncia della Corte ha avuto ad oggetto non la norma adottata dal Governo Berlusconi il 13 agosto 2011, ma la norma fatta propria (e rafforzata) dal Governo Monti nel giugno 2012. Anche questo elemento forse meritava una maggiore considerazione: esso infatti era suscettibile di essere valutato in relazione ai limiti del divieto di ripristino, individuati dalla stessa sentenza n. 199 nel «mutamento del quadro politico» e nel «mutamento delle circostanze di fatto» (22).

Mancato accertamento della lesione di competenze regionali e sue conseguenze

La sentenza n. 199 del 2012 è stata pronunciata dalla Corte in un giudizio in via principale (o di azione) proposto da alcune Regioni, ai sensi dell'art. 127, c. 2 Cost. il quale prevede che «La Regione, quando ritenga che una legge dello Stato o di un'altra Regione leda la sua sfera di competenza, può promuovere la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Corte costituzionale entro ses-

Note:
(segue nota 19)

tori di servizi pubblici e non per altri» (sentenza n. 24 del 2011, p.to 5.1. delle considerazioni in diritto).

Sulla questione del rapporto tra movimento contro la privatizzazione dell'acqua e disciplina generale delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali cfr. le incisive e conclusive considerazioni di F. Merusi, *La legalità amministrativa, Altri sentieri interrotti*, cit., 107.

(20) Per una ricostruzione completa e aggiornata dei profili quantitativi, oltre che giuridici ed economici, dell'attuale quadro della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in Italia, cfr. Nomisma, *Servizi pubblici locali, Economia Diritto Territorio, Rapporto Nomisma 2012*.

(21) Cfr. M. Della Morte, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, cit..

(22) Cfr. M. Della Morte, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, cit..

santa giorni dalla pubblicazione della legge o dell'atto avente forza di legge».

Sulla base della norma sopra citata, le Regioni sono legittimate a censurare in via di impugnazione principale leggi dello Stato esclusivamente per questioni attinenti al riparto delle rispettive competenze. La deducibilità di altri parametri costituzionali, qual è nel nostro caso il divieto di ripristino derivante dall'art. 75 Cost., è ammessa solo ove la loro violazione comporti una compromissione delle attribuzioni regionali costituzionalmente garantite. Se tale compromissione mancasse, infatti, mancherebbe l'interesse della Regione a ricorrere e il ricorso sarebbe inammissibile (23). Tuttavia questa regola è applicata con una certa elasticità, se non contraddetta, mediante il ricorso al concetto di "possibile ridondanza" di una violazione sul riparto di competenze ovvero di "potenziale lesione" della potestà legislativa regionale occasionata da una violazione di norme costituzionali estranee al riparto di potestà legislativa (24).

Tra questi casi di allargamento delle possibilità di ricorso delle Regioni si colloca la sentenza n. 199 del 2012, con la quale, secondo autorevole dottrina, «Si è ritenuto ammissibile perfino un ricorso contro una legge statale per violazione dell'art. 75 della Costituzione, avendo essa contraddetto l'esito di un referendum abrogativo in una materia (i servizi pubblici locali) di interesse regionale» (25).

Sotto questo profilo, in effetti, l'elemento che immediatamente colpisce il lettore della sentenza n. 199 è che mentre i ricorsi (anzitutto quello della Regione Marche, nonché quelli delle Regioni Emilia-Romagna e Umbria) hanno promosso questione di legittimità costituzionale in riferimento agli articoli 75 e 117, c. 4, della Costituzione, l'illegittimità costituzionale è stata dichiarata per violazione del solo art. 75, mentre sulla denunciata violazione dell'art. 117, c. 4, Cost. la Corte non si pronuncia, relegando la relativa censura tra i profili assorbiti.

La violazione dell'art. 117, c. 4, invocato dalle Regioni ricorrenti, viene evocata (non affermata) dalla Corte per verificare la legittimazione delle Regioni a proporre il ricorso contro una norma statale che leda la loro sfera di competenza (p.to 5.1. delle considerazioni in diritto), ma poi non viene accertata in sede di dispositivo (p.to 5.2.3. delle considerazioni in diritto), venendo invece relegata tra le questioni assorbite (p.to 6 delle considerazioni in diritto).

In sintesi, il dato che colpisce il lettore è così riassumibile: la Corte accoglie un ricorso in via principale proposto dalle Regioni per lesione della loro sfera di competenza senza accertare nel dispositivo la lesione della loro sfera di competenza (26).

Note:

(23) Cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., pag. 331 ss. ove si sottolinea come la categoria dell'interesse a ricorrere vada impiegata con cautela nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale.

Per una ricostruzione completa delle posizioni espresse dalla dottrina sul tema dell'interesse a ricorrere nel giudizio di legittimità costituzionale in via principale, cfr. C. Padula, *L'asimmetria nel giudizio in via principale, La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte*, cit., 218 - 232.

Per cogliere con immediatezza come tale tema si sia sempre posto in modo problematico basti segnalare le incisive considerazioni critiche di C. Esposito, *L'interesse a ricorrere nei ricorsi contro le leggi - Riserva di legge e regolamento regionale*, in *Giur. cost.*, 1960, pag. 644 ss., formulate nell'ambito di un commento ad una sentenza con la quale la Corte riconosceva che, ai sensi dello Statuto speciale della Regione Trentino-Alto Adige, le leggi di tale regione possono essere impugnate dalla Provincia di Trento e Bolzano per ogni violazione della Costituzione, dello Statuto o della parità dei gruppi linguistici, e non solo per violazione della competenza della Provincia ricorrente. L'Autore sottolinea e argomenta come non si possa accogliere in modo acritico la tesi che i giudizi e le dichiarazioni di incostituzionalità delle leggi siano ammissibili solo in correlazione alla sussistenza di concreto interesse al riconoscimento della illegittimità, estendendosi così ai ricorsi per illegittimità principi che valgono (se pure valgono) per i giudizi e per i ricorsi che non hanno ad oggetto l'illegittimità delle leggi (pag. 649-650).

Ancora, per comprendere l'evoluzione storica dell'utilizzazione dell'interesse al ricorso quale tradizionale istituto processuale nella ricostruzione dogmatica dei giudizi costituzionali in via di azione, cfr. S. Bartole, *Considerazioni sulla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di interesse a ricorrere nei giudizi in via di azione*, in *Giur. cost.*, 1965, 1664 ss.; Id., *Nuove riflessioni sull'interesse a ricorrere nei giudizi in via principale sulla legittimità delle leggi*, in *Giur. cost.*, 1974, 540 ss.. Preme evidenziare che in tale ultimo scritto l'analisi parte dal prendere atto dell'utilizzazione costante della figura dell'interesse a ricorrere da parte della Corte costituzionale, evidenziandosi che «l'attenzione della Corte alla discussa figura dell'interesse a ricorrere si riconnette alla concezione dei processi costituzionali in via di azione quali processi di parti, in cui gli enti ricorrenti agiscono a tutela delle proprie sfere di competenza e non già a difesa dell'ordinamento giuridico complessivo».

(24) Per tale ricostruzione, cfr. G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 329 ss..

Per un approfondimento critico dei concetti di invasione di competenza sostanziale e di invasione di competenza "indiretta", con completi e analitici riferimenti alla giurisprudenza della Corte, cfr. C. Padula, *L'asimmetria nel giudizio in via principale, La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte*, cit., 263 ss..

Per un'analisi delle più recenti sentenze della Corte che fanno applicazione dell'invasione di competenza "indiretta" per fondare la legittimazione delle Regioni al ricorso in via principale cfr. C. Padula, *Vizi procedurali dei decreti-legge e sindacato della Corte costituzionale in sede di giudizio in via principale*, cit., 503 ss..

(25) G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, cit., 330. La sentenza n. 199 del 2012 viene collocata tra le recenti importanti pronunce che accolgono censure regionali non fondate sul Titolo V (e allargano la legittimazione delle Regioni per la necessità di colpire fenomeni ritenuti gravi) da C. Padula, *Vizi procedurali dei decreti-legge e sindacato della Corte costituzionale in sede di giudizio in via principale*, cit., 520-521.

(26) Il tema della lesione della sfera di competenza regionale è affrontato dalla Corte, ma solo in sede di analisi delle condizioni di ammissibilità delle censure avanzate, ossia in sede di verifica della legittimazione al ricorso in capo alle Regioni. In questa sede, però, la Corte non affronta la questione della lesione della sfera di competenza regionale, ma affronta la diversa questione della "potenziale lesione" della sfera di competenza (segue)

Ebbene, decidere per la fondatezza di un ricorso regionale proposto in via principale ex art. 127 Cost. senza accertare nel dispositivo alcuna lesione della competenza legislativa regionale appare una forzatura (27) che, se pure può essere considerata espressione della logica della giurisdizione oggettiva, deve trovare una ragione giustificativa.

La spiegazione può essere la seguente: una tale lesione non poteva essere statuita dalla Corte se non a pena di contraddire quanto da essa stessa sostenuto nella sentenza n. 325 del 2010. Nella sentenza n. 199 del 2012, infatti, la Corte afferma che l'art. 4 del d.l. n. 138 è sostanzialmente identico all'art. 23-bis, e con la sentenza 17 novembre 2010, n. 325 essa aveva compiutamente argomentato ed affermato che l'art. 23-bis non lede alcuna competenza legislativa regionale. Se l'art. 23-bis non ledeva alcuna competenza regionale e l'art. 4 ha un contenuto analogo al 23-bis, non si può affermare che l'art. 4 lede la competenza regionale (28).

Riassumendo: dalla pronuncia della Corte costituzionale è possibile evincere che l'art. 4 era idoneo a determinare una "potenziale lesione" della competenza legislativa regionale, e tale idoneità è sufficiente per affermare la legittimazione attiva delle Regioni. Ma l'effettiva lesione non viene accertata perché ciò indurrebbe la Corte in contraddizione con precedenti pronunce. La soluzione per uscire da questo *impasse* è consistita nel relegare il profilo della lesione della competenza regionale tra le questioni assorbite.

Tuttavia, il mancato accertamento della lesione della competenza regionale non può non riflettersi - nella struttura logico giuridica della decisione - sull'effetto conformativo della sentenza.

Se l'effetto abrogativo della pronuncia n. 199 può prodursi a prescindere dall'accertamento della lesione della competenza regionale, non altrettanto può dirsi per l'effetto conformativo della sentenza stessa. La sentenza n. 199 accerta la violazione dell'art. 75 Cost., e dunque il suo effetto conformativo *pro futuro* si traduce in un vincolo al legislatore statale, e certamente anche regionale, al rispetto del vincolo referendario.

Essa invece non accerta alcunché relativamente alla violazione dell'art. 117 Cost., e dunque sotto questo profilo non produce alcun effetto conformativo nei rapporti tra potestà legislativa statale e potestà legislativa regionale.

Questo significa che i confini tra potestà legislativa statale e regionale rimangono quelli accertati dalle sentenze della Corte che si sono pronunciate effettivamente sul riparto di competenze, e dunque in-

nanzitutto dalle sentenze n. 325 del 2010 e n. 272 del 2004.

Dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 e riespansione della potestà legislativa regionale

Nonostante il mancato accertamento della lesione della competenza regionale, la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 determina una riespansione della competenza legislativa regionale.

Si deve dunque cercare di verificare che cosa concretamente possa significare questa riespansione della competenza legislativa regionale, alla luce del fatto che i confini tra le due potestà legislative rimangono quelli definiti dalle sentenze n. 325 del 2010 e n. 272 del 2004.

L'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 conteneva la disci-

Note:
(segue nota 26)

regionale, ossia della «"possibile ridondanza"» sul riparto di competenze della violazione dell'art. 75 (p.to 5.1. delle considerazioni in diritto).

(27) Cfr. G. Zagrebelsky, V. Marconò, *Giustizia costituzionale*, cit., 330.

Da questo punto di vista, la sentenza n. 199 del 2012 rappresenta un nuovo e ulteriore caso "estremo" di quel fenomeno della c.d. "triangolazione" che si ha quando la Corte giudica nel merito censure avanzate contro norme legislative statali che comprimono la prerogative regionali non contrastando direttamente norme del titolo V, ma violando altri parametri costituzionali: cfr. C. Padula, *L'asimmetria nel giudizio in via principale, La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte*, cit., pag. 275. In relazione a tali ipotesi, si condivide quanto affermato da tale Autore quando, nell'opera citata, sottolinea che «Rigore formale, dunque, vorrebbe che la Corte costituzionale non isolasse la censura non di competenza come autonomo motivo di ricorso per dichiarare poi l'incostituzionalità in base a questo solo parametro, mentre esigenze sostanziali di completezza della motivazione vorrebbero che la Corte, perlomeno nei casi dubbi, si soffermasse ad argomentare l'inerenza della legge incostituzionale alle materie regionali ed il suo carattere sfavorevole» (p. 297).

La particolarità del caso di specie, che autorizza a parlare di forzatura, è rappresentata non solo dalla circostanza che la Corte non si soffermi sul tema della lesione della competenza regionale, ma soprattutto dal fatto che essa già aveva escluso che una siffatta normativa statale ledesse competenze regionali. Resta certo, tuttavia, il fatto che in generale appare opportuno ammettere le Regioni ad impugnare leggi statali incostituzionali, adottate nell'esercizio di competenze trasversali, che incidono su materie regionali, nei casi in cui la vigenza di tale legge statale incostituzionale vincoli le Regioni a seguire lo stesso orientamento, costringendole ad operare in un quadro di norme incostituzionali: cfr. C. Padula, *L'asimmetria nel giudizio in via principale, La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte*, cit., 308 - 309. Forse è in questa visione che può essere trovato un fondamento per sostenere l'opportunità della sentenza in esame.

(28) Sul tema di quale sia e in che cosa consista la lesione che le Regioni devono prospettare, cfr. C. Padula, *L'asimmetria nel giudizio in via principale, La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte*, cit., 288 ss..

plina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Tale disciplina, come più volte sottolineato dalla Corte costituzionale, rientra nella materia "tutela della concorrenza" di competenza esclusiva statale. Nella sentenza n. 272 del 2004 la Corte ha sottolineato, in via generale, che le «disposizioni di carattere generale che disciplinano le modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di "rilevanza economica"» attengono alla tutela della concorrenza e di conseguenza «non possono essere derogate da norme regionali» (p.to 3 delle considerazioni in diritto). Il concetto è stato ribadito dalla Corte anche con specifico riferimento alla disciplina contenuta nell'art. 23-bis nella sentenza n. 325 del 2010, nella quale si conferma che «La disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - ivi compreso il servizio idrico - rientra nella materia "tutela della concorrenza" di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, c. 2, lett. e), Cost.» (p.to 7 delle considerazioni in diritto). La competenza legislativa statale in tema di forme di gestione dei servizi pubblici locali è stata approfondita e sottolineata anche in importanti sentenze del Consiglio di Stato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 maggio 2010, n. 3216).

Dunque, la riespansione affermata dalla Corte significa che, con il venir meno della norma statale di esercizio di potestà legislativa esclusiva statale per la tutela della concorrenza nell'ambito di una complessiva materia di competenza residuale regionale, la potestà legislativa regionale si riespande anche ai profili delle forme di gestione, che attengono alla tutela della concorrenza ma non sono più disciplinati dalla legge statale. In concreto questo significa che ciascuna Regione oggi potrebbe dettare una propria (e differente) disciplina delle modalità di gestione e affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Tale potestà legislativa regionale incontra solo due limiti attuali: essa non può intaccare i livelli minimi di tutela della concorrenza garantiti dal diritto comunitario; inoltre ha (anch'essa) il limite del divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum.

D'altra parte, la Corte ha già statuito che la disciplina delle modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali non è del tutto preclusa al legislatore regionale. La sentenza n. 307 del 2009 ha ammesso che le Regioni possano dettare una disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica purché essa sia più rigorosa nella tutela della concorrenza rispet-

to alla normativa statale (p.to 6.2. delle considerazioni in diritto). Nel caso di specie la Regione Lombardia aveva previsto che il servizio di erogazione idrica potesse essere aggiudicato solo mediante gara pubblica. Tale norma è stata considerata costituzionalmente legittima perché era più rigorosa delle norme interposte statali che prevedevano più forme di affidamento (oltre alla gara, la società mista e la società *in house*) ed era emanata nell'esercizio di una competenza residuale propria delle regioni quale quella relativa ai servizi pubblici locali.

Tuttavia, allo stesso tempo, le Regioni devono considerare che la sentenza n. 199 non ha modificato il riparto di competenze, e ciò ha già trovato dimostrazione con la sentenza della Corte n. 62 del 2012, avente ad oggetto una legge della Regione Puglia che, sulla base dell'esito del referendum, era diretta a disciplinare le forme di gestione del servizio idrico. La Corte ha negato tale possibilità, affermando che, con riferimento ad una legge regionale la quale «stabilisca i requisiti generali dei soggetti affidatari di tale gestione (così determinando, indirettamente, anche le forme di gestione), appare evidente la violazione dell'evocato art. 117, secondo comma, lettere e) ed s), Cost.» (p.to 3.2. delle considerazioni in diritto) (29).

Dunque, non essendo cambiati i confini del riparto di competenze, le Regioni devono tenere presente che la disciplina delle forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica comunque attiene alla tutela della concorrenza. Di conseguenza, l'esercizio della potestà legislativa regionale residuale in materia di servizi pubblici locali, per i profili involgenti la tutela della concorrenza quali sono quelli delle forme di gestione e di affidamento, non può essere considerato un fatto stabile e istituzionale, in quanto in qualsiasi momento lo Stato può intervenire e dettare una disciplina statale a tutela della concorrenza che certamente, immediatamente ed automaticamente (ossia senza bisogno dell'intervento della Corte) prevarrebbe sulle norme regionali.

Inoltre, in questa fase, le Regioni devono considerare altresì quelle pronunce della Corte (cfr. la sentenza n. 283 del 2009) che, in modo assai incisivo, coerente e convincente, hanno sottolineato, con riferimento alla disciplina statale contenuta nel d.lgs. n. 163 del 2006 c.d. Codice degli appalti, che «l'intera disciplina delle procedure ad evidenza pubblica

Nota:

(29) Per un commento a tale sentenza, cfr. A.M. Altieri, *Le modalità di gestione e l'affidamento del servizio idrico dopo il referendum*, in questa Rivista, 2012, 11, 1069 ss..

è riconducibile alla tutela della concorrenza, con la conseguente titolarità della potestà legislativa, in via esclusiva, allo Stato», e che tale attribuzione è stata compiuta «al fine di assicurare una tutela della concorrenza uniforme su tutto il territorio nazionale», sottolineandosi come «L'uniformità rappresenta un valore in sé perché differenti normative regionali sono suscettibili di creare dislivelli di regolazione, produttivi di barriere territoriali. La tutela della concorrenza non può essere fatta per zone: essa, per sua natura, non può tollerare differenziazioni territoriali, che finirebbero per limitare, o addirittura neutralizzare, gli effetti delle norme di garanzia».

Questo ragionamento condotto dalla Corte con riferimento alla disciplina delle procedure ad evidenza pubblica contenuta nel Codice degli appalti, è applicabile alla disciplina delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, proprio sul presupposto affermato dalla Corte nella sentenza n. 325 del 2010 che detta disciplina attiene alla tutela della concorrenza.

In conclusione: se è vero che, in questo preciso momento storico, le Regioni possono vantare la competenza a disciplinare anche le modalità di gestione e di affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tuttavia non possono non considerare che tale disciplina è oggettivamente una disciplina che involge questioni attinenti alla tutela della concorrenza, che tale tutela è affidata in via primaria al legislatore statale e che essa va comunque assicurata in modo uniforme su tutto il territorio nazionale.

Considerazioni di sintesi sulla sentenza n. 199 del 2012

L'analisi condotta nei precedenti paragrafi induce a tre considerazioni di sintesi.

La prima è che nel giudizio in esame vi erano elementi per giungere ad una conclusione diversa rispetto a quella formulata. Al di là del profilo del mancato accertamento della lesione di competenze regionali, la fattispecie concreta presentava elementi che, se maggiormente valorizzati, avrebbero potuto portare ad una decisione di infondatezza. Ci si riferisce alla possibilità di configurare la sussistenza, nel caso di specie, di un sopravvenuto mutamento del quadro politico e delle circostanze di fatto, quale limite posto dalla giurisprudenza della Corte al divieto di riproposizione di norma abrogata in sede referendaria.

La seconda è legata al mancato accertamento nella sentenza di una lesione da parte dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 delle competenze regionali in ma-

teria di servizi pubblici locali. Essa consiste nell'osservare che la riespansione della potestà legislativa regionale in tema di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica deve essere considerata dalle Regioni con grande cautela, non essendo coerente con il nostro ordinamento la presenza di discipline regionali involgenti profili che attengono alla tutela della concorrenza nei servizi pubblici locali di rilevanza economica troppo differenziate tra loro.

La terza è che la pronuncia della Corte, per il suo dispositivo che si limita ad accertare la violazione dell'art. 75 Cost., non dovrà essere necessariamente considerata vincolante per il governo e il legislatore statale della prossima legislatura: se vincessero le elezioni una maggioranza la quale preveda tra i suoi punti programmatici la liberalizzazione dei servizi pubblici locali (30), l'esito referendario del 2011 non potrebbe ulteriormente determinare un'illegitimità costituzionale di una normativa che nuovamente introducesse la regola della gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ciò almeno nella misura in cui l'apertura di una nuova legislatura è considerabile un limite certo all'operatività temporale del divieto di ripristino (31).

Le regole oggi applicabili alla gestione dei servizi pubblici locali

Si può ora passare a considerare brevemente quale sia la vigente disciplina generale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (32).

Per i nuovi affidamenti, gli enti locali possono oggi certamente scegliere tra le tre forme di gestione desumibili dall'ordinamento comunitario (gara per la scelta del gestore, gara per il socio di una società

Note:

(30) Cfr. la c.d. Agenda Monti, che a pag. 7 afferma la necessità di intensificare la politica di apertura dei mercati nei servizi pubblici locali aggiungendo, in modo generico, «sia pure rispettando i paletti posti dalla sentenza della Corte costituzionale».

(31) Cfr. L. Paladin, *Diritto costituzionale*, Padova, Cedam, 1991, pag. 209 ove si afferma che la riproposizione della normativa abrogata è preclusa «fino a quando le Camere del Parlamento non vengano ricostituite dal corpo elettorale, così da generare una situazione politicamente e giuridicamente diversa da quella già in atto»; Id., *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, pag. 275. Nel senso indicato, con ampi riferimenti bibliografici, cfr. altresì G. Ferri, *Abrogazione popolare e vincolo per il legislatore: il divieto di ripristino vale finché non intervenga un cambiamento del «quadro politico» o delle «circostanze di fatto»*, in corso di pubblicazione sulla rivista *Giurisprudenza italiana*.

(32) In merito appare assai interessante considerare le osservazioni avanzate in merito all'individuazione della disciplina applicabile ad esito del referendum da L. Perfetti, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, cit., 906 ss..

mista, affidamento diretto *in house*). In sostanza si applica una normativa uguale a quella che è stata contenuta nell'art. 113, c. 5 del d.lgs. n. 267 del 2000 nel periodo compreso tra il 2003 (come introdotta dall'art. 14 del d.l. n. 269 del 2003) e il 2008 (quando è entrato in vigore l'art. 23-bis) (33).

Di più rispetto a tale disciplina, con l'art. 34, commi 20 e 21, del d.l. 179 del 2012 è stato espressamente previsto nella normativa l'obbligo per l'ente locale affidante di motivare in modo adeguato e di dare conseguente pubblicità alla scelta della forma di gestione. Tuttavia, sotto questo profilo si deve rammentare che l'obbligo di motivazione adeguata, in modo non enunciativo ma mediante relazione tecnico economica, era già certamente vigente in base ai principi generali ed era stato altresì, sia pur episodicamente, sottolineato dal Consiglio di Stato (34).

La normativa oggi applicabile dunque esprime, rispetto al regime introdotto dal 23-bis e reintrodotta dall'art. 4 del d.l. n. 138, un ritrovato esercizio da parte degli enti locali di una più piena autonomia di indirizzo politico amministrativo.

Diversa sorte hanno invece il principio di tutela della concorrenza e la tutela del diritto di iniziativa economica di quelle imprese, pubbliche e private, che volessero entrare o allargare la propria attività nell'ambito di questi servizi.

In assenza di un adeguato assetto regolatorio nel settore (35), la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 certamente incide in modo negativo sulla tutela della concorrenza nella gestione di questi servizi.

La concorrenza potrebbe trovare una qualche tutela nell'obbligo imposto agli enti locali affidanti dall'art. 34, commi 20 e 21, del d.l. n. 179 del 2012 di redigere e pubblicare l'apposita relazione, che contenga una motivazione adeguata delle ragioni che inducono a scegliere una o l'altra forma di gestione. Tale relazione, obbligatoria per i nuovi e i vecchi affidamenti, infatti, obbliga gli enti locali ad approfondire e dimostrare l'effettiva convenienza delle opzioni possibili, e offre alle imprese del settore la possibilità di sindacare avanti il Giudice amministrativo scelte che fossero lesive del loro interesse legittimo alla concorrenza. Sotto questo profilo il ricorso sarebbe proponibile anche dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ex art. 21-bis della legge n. 287 del 1990.

In pratica, tuttavia, visto il tipo di sindacato storicamente svolto dai Giudici amministrativi su tali scelte degli enti locali e specificamente lo scrutinio cui vengono tradizionalmente sottoposte le motivazioni che accompagnano le relative delibere dei

Consigli comunali, si deve ammettere che a fronte di nuovi e vecchi affidamenti diretti, l'interesse alla concorrenza delle imprese del settore non è destinata a trovare grande tutela. Il Giudice amministrativo, infatti, dalla considerazione che la scelta della forma di gestione dei servizi pubblici da parte dell'ente locale è un atto espressione di ampia discrezionalità tende ancora a trarre la conseguenza, pur non più coerente con l'attuale ordinamento, che ciò si traduca in un'attenuazione dell'obbligo di motivazione e in una conseguente minore incisività del sindacato giurisdizionale di eccesso di potere (36).

Il rischio concreto dunque è che si consolidi in Italia una chiusura del "mercato" dei servizi pubblici locali di rilevanza economica (37).

Dal punto di vista di una complessiva riduzione della tutela della concorrenza derivante dall'esito referendario, si ricorda altresì che le discipline di

Note:

(33) Per un giudizio critico su tale disciplina del 2003 cfr. i contributi già citati nella nota (1) del presente scritto, ossia G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 77 ss. e L. Ammannati, *Sulla inattualità della concorrenza nei servizi pubblici locali*, cit., 906 ss.

(34) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 marzo 1990, n. 374, in *Foro it.*, 1991, III, c. 279.

(35) Tutti principali servizi pubblici locali di rilevanza economica, e non solo il settore idrico, presentano una complessità di questioni tecniche e economiche che richiederebbe l'istituzione di un adeguato sistema di regolazione, anche in funzione di tutela della concorrenza. Come riferimento indicativo si possono considerare le funzioni di regolazione e controllo che il d.P.C.M. 20 luglio 2012 di "Individuazione delle funzioni dell'Authority dell'energia e del Ministero dell'ambiente in materia di servizi idrici", all'art. 3, comma 1, attribuisce all'Autorità per l'energia elettrica e il gas. Per una ricostruzione critica della tradizionale "funzione ancillare" della regolazione nella disciplina italiana dei servizi pubblici locali, cfr. G. Napolitano, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, cit., 82.

Sull'istituzione dell'Agenzia per l'acqua quale importante passo in avanti nella costruzione di un adeguato sistema di regolazione dei servizi idrici cfr. G. Napolitano, *L'agenzia per l'acqua*, in *questa Rivista*, 2011, 10, 1077 ss.. Su questi problemi, cfr. A. Massarutto, *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Bologna, 2011, 50 ss..

(36) Cfr. R. Villata, M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 253.

Il tema del rapporto tra ampiezza della discrezionalità dell'atto e obbligo di motivazione è affrontato, sotto un profilo generale, con grande chiarezza da P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 210 - 211, ove si rimarca la necessità di rettificare l'affermazione, ripetuta tralaticamente dalla giurisprudenza, secondo cui non sussiste l'obbligo di motivazione per i provvedimenti ampiamente discrezionali, e si sottolinea come non si possa affatto affermare che l'obbligo di motivazione è inversamente proporzionale alla discrezionalità dell'atto.

(37) Cfr. le considerazioni contenute nell'AS988 - *Proposta di riforma concorrenziale ai fini della legge annuale per il mercato e la concorrenza anno 2013* dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 2 ottobre 2012.

regime transitorio che sono state in vigore dal 2001 fino alla sentenza della Corte prevedevano una norma che, pur tormentata da molteplici modifiche a causa della difficoltà di una sua redazione chiara e univoca, era diretta a vietare la partecipazione alle gare alle imprese che fossero titolari di affidamenti diretti. Questa norma, in vigore dal 2001 fino alla sentenza della Corte, non è stata inserita nel d.l. n. 179 del 2012 e, dunque, quand'anche fossero bandite delle nuove gare per l'affidamento di tali servizi, potrebbero parteciparvi senza limiti, sullo stesso piano delle altre, imprese che hanno goduto per molti anni e, soprattutto, hanno la prospettiva di poter godere ancora per molti anni a venire di affidamenti diretti, con tutti i vantaggi competitivi che tale situazione comporta (38).

In prospettiva, sembra potersi affermare che l'obiettivo per il prossimo Governo e la prossima legislatura appare dunque quello di nuovamente e faticosamente cercare quell'equilibrio ordinamentale tra il principio dell'autonomia locale e il principio di tutela della concorrenza che deve caratterizzare questa disciplina e che, dopo essere stato forse troppo scosso a favore della concorrenza dagli artt. 23-bis e 4 del d.l. n. 138, è stato ancor più destabilizzato, questa volta a danno della concorrenza, dal referendum (39).

Il Governo tecnico, con l'art. 34, commi 20 e 21, del d.l. 179 del 2012, ha fatto un primo piccolo ma importante passo nella direzione indicata (40).

Note:

(38) Sull'importanza di questa norma nella struttura dell'art. 23-bis e in funzione della tutela della concorrenza, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6399.

(39) Dunque, deve ripartire un processo di rielaborazione alla ricerca di nuovi equilibri tra concorrenza e monopolio, tra pubblico e privato: cfr. G. Piperata, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, cit., 27.

(40) Appare molto incerta, invece, la possibilità di considerare come norma di tutela e promozione della concorrenza nel settore dei servizi pubblici locali di rilevanza economica l'art. 4, c. 8 del d.l. n. 95 del 2012 nel testo modificato dal d.l. n. 179 del 2012 nel testo risultante dalla conversione nella legge 17 dicembre 2012, n. 221. Con l'eliminazione del riferimento al limite di valore economico di 200.000 euro dei servizi affidabili *in house*, la formulazione della norma risulta troppo ambigua, soprattutto con riferimento all'affermazione della salvezza "comunque" fino al 31 dicembre 2014 degli affidamenti diretti in essere, per poter essere giudicata positivamente dal punto di vista della promozione e tutela della concorrenza nel settore. Tale norma, comunque, nella sua attuale formulazione, certamente non risponde a quell'esigenza di certezza del diritto di cui questo importante settore economico ha assoluta e urgente necessità.

LIBRI

COLLANA: ITINERA - Guide giuridiche

Arbitrato

Bonelli Erede Pappalardo

a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa

Il volume, curato dallo **Studio Bonelli Erede Pappalardo**, leader assoluto nell'ambito del contenzioso civile, affronta con un **approccio sistematico** e un **taglio assertivo** tutti gli aspetti relativi all'arbitrato. In particolare vengono analizzati:

- l'**arbitrato generale** (arbitrato rituale e irrituale, procedimento, istruzione probatoria e lodo)
- l'**arbitrato internazionale ed estero**;
- l'**arbitrato societario** (esteso anche all'arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione e arbitrato presso la Consob e all'arbitrato bancario e finanziario);
- gli **arbitrati speciali** (nel diritto del lavoro e nelle materie di giurisdizione amministrativa).

Nella trattazione dei singoli istituti sono

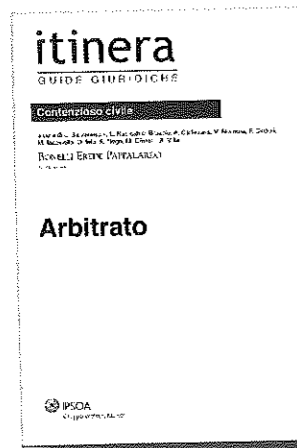
contemplati tutti i profili attinenti al tema trattato: sostanziali, processuali e fiscali (laddove presenti). Arricchiscono e completano l'opera **case history, esempi, schemi riepilogativi, approfondimenti** ed un dettagliato **indice analitico**.

Il volume è disponibile anche in **formato ebook**.

Ipsoa 2011, Euro 57,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali** (tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsa.it/agenzie)
- **http://ipshop.ipsa.it**



Responsabilità della pubblica amministrazione

La revoca negli appalti pubblici tra danno precontrattuale e indennizzo

Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 7 febbraio 2012, n. 662 - Romana Scavi S.r.l. c. Anas S.p.a. - Pres. Numerico - Est. Forlenza

Nel caso di revoca di una precedente aggiudicazione definitiva, possono ricorrere situazioni diverse. Occorre, infatti, distinguere tra: a) obbligo dell'amministrazione all'indennizzo, ex art. 21-quinquies, l. n. 241/1990; b) risarcimento del danno conseguente a constatata illegittimità del provvedimento di revoca, laddove venga accertata l'esistenza degli ulteriori presupposti di configurazione del danno risarcibile; c) risarcimento del danno derivante da accertata responsabilità contrattuale, laddove la revoca del provvedimento giunga a determinare la caducazione del contratto già stipulato; d) risarcimento del danno derivante da responsabilità extracontrattuale (in particolare, precontrattuale) della Pubblica amministrazione (ex art. 1337 c.c.).

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conforme	<i>Conforme</i> (quanto all'affermazione della responsabilità precontrattuale per violazione dei principi di buona fede e correttezza in sede di esercizio del potere di revoca): Cons. Stato, Ad. plen., 5 settembre 2005, n. 6; Tar Lazio, Sez. III, 13 luglio 2007, n. 6369; Cons. Stato, Sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137; Cons. Stato, Sez. V, 8 ottobre 2008, n. 4947; Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882; Cons. Stato, Sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6264; Cons. Stato, Sez. VI, 5 settembre 2011, n. 5002.
Difforme	<i>Difforme</i> (nel senso di ammettere, in presenza di revoca legittima, il solo rimedio ex art. 21-quinquies, l. n. 241/1990): Cons. Stato, Sez. V, 9 ottobre 2010, n. 7334.

Il commento
di Fulvio Cortese

In una pronuncia dalla motivazione chiara e diffusa, il Consiglio di Stato ripercorre sistematicamente il novero delle fattispecie nelle quali l'esercizio del potere di revoca può dar luogo, alternativamente, a diverse forme di responsabilità dell'amministrazione ovvero all'obbligo, da parte di questa, di riconoscere un indennizzo nei confronti del privato che sia stato comunque pregiudicato dall'atto di ritiro. Su queste basi, il giudice amministrativo ha anche l'occasione per spiegare come vada calcolato, a seconda dei casi, il danno risarcibile e per cercare di precisarne, di volta in volta, la funzione rispetto al diverso istituto dell'indennizzo stabilito dalla legge.

Responsabilità civile, appalti e autotutela

Il nodo del rapporto tra le vicende genetiche e funzionali dei contratti pubblici e la disciplina della responsabilità dell'amministrazione è da tempo al centro delle attenzioni degli operatori, della dottrina e della giurisprudenza (1).

Nel peculiare settore degli appalti, infatti, si è misurata la tenuta concreta di molte tesi: sulla natura

Nota:

(1) Per una visione complessiva del regime della responsabilità dell'amministrazione nel settore degli appalti pubblici, v., da ultimo, M. Agliocchi, *Le voci di risarcimento del danno nel contenzioso sugli appalti pubblici*, in G.A. Benacchio, M. Cozzio (a cura di), *Gli appalti pubblici tra regole europee e nazionali*, Milano, 2012, 529 ss., specialmente per una compiuta ed ordinata registrazione degli orientamenti giurisprudenziali. Ma cfr. anche, per una trattazione più ampia, M.A. Sandulli, *Il risarcimento del danno*, in G. Greco (a cura di), *Il sistema della giustizia amministrativa (segue)*