

4 febbraio 2013

Competenza legislativa regionale e riproposizione di norme abrogate per via referendaria: il caso dei servizi pubblici locali

di Antonio Avino

Abstract Dopo la riforma del titolo V della Costituzione, le Regioni hanno sempre reclamato la sussistenza di una propria competenza in materia di gestione dei servizi pubblici locali. La Corte Costituzionale ha, da tempo, affermato la competenza esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza e la competenza delle regioni in materia di gestione dei servizi pubblici locali. Tuttavia, non di rado, le due competenze entrano in conflitto. La Corte Costituzionale, ha ritenuto solo apparente il conflitto, riconoscendo la potestà normativa regionale, ma solo allorquando è rivolta ad accentuare il livello di tutela della concorrenza regolamentato dallo Stato. Altri importanti problemi (ri)affrontati di recente dalla Corte Costituzionale, attengono alla sorte del ricorso allorquando, nelle more del giudizio, intervengono modifiche al testo normativo sottoposto al suo vaglio, nonché la sussistenza o meno di una competenza legislativa volta a reintrodurre una norma abrogata per via referendaria. La Corte, nel primo caso, ha ritenuto permanere la propria competenza a decidere nel caso in cui le modifiche normative lasciano inalterato l'intentio legis. Nel secondo caso, ha sanzionato l'intervento legislativo volto ad aggirare gli effetti referendari, stabilendo che tale divieto permane fino al mutamento del quadro politico e delle circostanze di fatto presenti al momento dell'abrogazione per via referendaria. Con ciò facendo, la Corte, ha evidenziato la rilevanza costituzionale degli strumenti di democrazia diretta e il divieto di aggirarli con l'esercizio della potestà legislativa. After the reform of Title V of the Italian Constitution Regions have always claimed the existence of its own competence in the management of local public services. The Constitutional Court has, for some time, said the responsibility of the State for the protection of competition and the competence of the regions in the management of local public services. However, not infrequently, the two powers clash. The Constitutional Court has considered only the apparent conflict, recognizing the regional legislative powers, but only when it is directed to enhance the level of protection of competition regulated by the state. Other important issues (re) addressed recently by the Constitutional Court, relate to the fate of the appeal when, in the course of proceedings, changes occur in the regulatory text submitted to it for examination, and the existence or not of a legislative competence to reintroduce a provision repealed by referendum. The Court, in the first

case, decided to remain the jurisdiction to decide if the regulatory changes leave intact the *intentio legis*. In the second case, sanctioned legislative action designed to circumvent the effects of the referendum, stating that this prohibition continues until the change in the policy framework and the facts present for the repeal by referendum. By so doing, the Court emphasized the constitutional importance of the instruments of direct democracy and to get around the ban by the exercise of legislative power

Sommario: 1. Il sistema previgente ed il giudizio della Corte Costituzionale. – 2. La nuova disciplina introdotta dall'art. 4 del D.L. 138/2011 – 3. L'interesse regionale al ricorso in via principale e la potestà legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica. - 4. Interesse al ricorso e *ius superveniens*.- 5. Referendum ed illegittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. 138/2011.

Il sistema previgente ed il giudizio della Corte Costituzionale. - Riuscirà mai il nostro paese a dotarsi di un'organica disciplina dei servizi pubblici locali? Porsi il quesito è obbligatorio perché, dal 2008 ad oggi, tra interventi legislativi, referendum abrogativi e sentenze della Corte Costituzionale, il quadro normativo è caratterizzato dall'incertezza assoluta tanto che, dopo ogni intervento è d'uopo interrogarsi sulla durata dei suoi effetti. Da ultimo è intervenuta la Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 199, del 17 luglio 2012, ha sanzionato l'intervento legislativo rivolto ad aggirare gli esiti referendari.

Una sentenza importante perché, al di là del merito della vicenda, pone dei punti fermi su talune questioni dibattute da tempo e, in modo particolare, chiarisce che la volontà popolare, espressa per via referendaria, non è un incidente di percorso da rimuovere il prima possibile.

Per una migliore comprensione della decisione assunta dai giudici costituzionali è opportuno un breve *excursus* che prende le mosse dalla disciplina abrogata per via referendaria.

L'articolo 23 *bis* del D.L. 112/2008, nella versione sottoposta al giudizio popolare[1], regolamentava il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica[2], imponeva la proprietà pubblica delle reti[3], disciplinava il regime transitorio degli affidamenti in corso non conformi alla nuova disciplina, sanzionandone la decadenza automatica in difetto di adeguamento, infine vietava la partecipazione alle gare a chi fruiva di affidamenti diretti.

Con il successivo D.P.R. 7.9.2010, n. 168, è proseguita la spinta liberalizzatrice, limitando la concessione di diritti di esclusiva solo al caso in cui la libera iniziativa privata non venisse ritenuta, sulla base di previa ed accurata indagine, idonea, secondo criteri di proporzionalità, sussidiarietà orizzontale ed efficienza, a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità[4].

Quest'impianto normativo, che si applicava a tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica, compreso il settore idrico integrato, non disciplinati da norme speciali[5], a seguito dell'impugnazione da parte di alcune Regioni, è stato sottoposto al giudizio della Corte Costituzionale che si è pronunciata con la sentenza n. 325/2010.

Brevemente[6], la Corte, dopo aver rammentato[7] che il concetto di servizio pubblico locale a rilevanza economica aveva <<contenuto omologo>> a quello comunitario di *Servizio di interesse economico generale* (SIEG)[8], ha affermato, altresì, che <<la disciplina concernente le modalità dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ... va ricondotta .. nell'ambito della materia, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, *tutela della concorrenza*, prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera e) Cost., tenuto conto degli aspetti strutturali e funzionali suoi propri e della sua diretta incidenza sul mercato>>.

Da ciò, pur senza mancare di evidenziare le differenze tra l'impianto normativo europeo e quello nazionale[9], la Corte ha fatto discendere la legittimità costituzionale dell'art. 23 bis del D.L. 112/2008, tranne nella parte relativa all'esercizio della potestà regolamentare statale di assoggettamento delle società in house al patto di stabilità interno[10].

2. *La nuova disciplina introdotta dall'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138.* - L'art. 23 bis è stato abrogato, come noto, a seguito di *referendum* popolare senza che da ciò sia scaturita la reviviscenza delle norme precedentemente in vigore[11]. L'esito referendario è stato dichiarato con il D.P.R. 18 luglio 2011, n. 113 e, a distanza di meno di un mese il legislatore, con l'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138, ha introdotto una nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, successivamente rivista in maniera convulsa, con ulteriori interventi[12].

Nel solco dei principi che ispiravano il testo abrogato, è stato ribadito il favore per il libero mercato piuttosto che per l'attribuzione di diritti di esclusiva[13] e attribuiti penetranti poteri di controllo all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [14]; sono state, altresì, confermate le previgenti modalità di affidamento del servizio; è stata limitata la possibilità dell'affidamento *in house*, ai soli servizi di valore non superiore a 200.000 euro annui (comma 12)[15]. Mentre, nel tentativo di non vanificare gli effetti referendari, è stato escluso dall'ambito applicativo il settore del Servizio idrico integrato (commi 34 e 34 ter)[16].

3. *L'interesse regionale al ricorso in via principale e la potestà legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali a rilevanza economica.* - La censura di fondo rivolta dalle Regioni ricorrenti all'art. 4 del D.L. 138 del 2012 è legata alla riproduzione di una normativa sostanzialmente identica a quella abrogata per via referendaria – l'articolo 23

bis del D.L. 112/2008 e il DPR 168/2010 -, ritenuta vietata in base all'art. 75 Cost. e lesiva delle proprie prerogative e competenze in materia di servizi pubblici.

Il fondamento dell'assunto regionale muove dalla considerazione che all'abrogazione per via referendaria dell'articolo 23 bis, è derivata l'applicabilità immediata nel nostro ordinamento dei principi comunitari in materia di servizi pubblici locali[17] e, in particolare[18]: a) la possibilità della gestione diretta del servizio da parte <<dell'autorità pubblicanel caso in cui lo Stato nazionale ritenga che l'applicazione delle regole di concorrenza .. ostacoli, in diritto o fatto, la speciale missione dell'ente pubblico>>[19]; b) la possibilità di affidare il servizio a società ed imprenditori, con l'osservanza delle regole comunitarie sull'evidenza pubblica; c) la possibilità di affidamento diretto della gestione del servizio a società miste pubblico-private, a condizione che la scelta del partner avvenga con gara a doppio oggetto[20], ma senza la necessità di attribuirgli una quota minima di partecipazione; d) la possibilità di affidamento della gestione del servizio *in house*, col rispetto sì delle regole comunitarie[21], ma senza limiti di valore.

La diretta applicazione dei principi comunitari, quindi di una disciplina meno restrittiva rispetto a quella dettata dall'art. 4 del D.L. 138/2012, avrebbe indubbiamente ampliato, a detta delle Regioni ricorrenti, la loro sfera di intervento[22], sul presupposto che, anche nella materia dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, sussiste una competenza regionale.

Calata sul terreno processuale, l'analisi della sussistenza del presupposto citato ha assunto la tematica della sussistenza dell'interesse delle Regioni[23] a promuovere il giudizio in via principale.

Il costante indirizzo giurisprudenziale della Corte tende ad ampliare la portata dell'art. 127 Cost., non limitando la possibilità di ricorrere al caso ovvio in cui lo Stato legiferi in ambiti di competenza regionale, ma estendendola a tutte le ipotesi in cui il cattivo esercizio della competenza statale di fatto si traduca in interferenza sulla possibilità, anche solo teorica, di esercizio delle potestà legislative regionali. Così, ad esempio, ha riconosciuto l'interesse al ricorso volto ad accertare la (potenziale) lesione della sfera di competenza regionale causata dall'emanazione di un decreto legislativo oltre i limiti imposti dalla legge-delega (viziato, cioè, per eccesso di delega)[24].

La Corte, con la sentenza 199/2012, analizzando le censure regionali, ha ribadito il principio che << le Regioni possono evocare parametri di legittimità diversi da quelli che sovrintendono al riparto di attribuzioni solo allorquando la violazione denunciata sia potenzialmente idonea a determinare un *vulnus* alle attribuzioni costituzionali delle Regioni>> e, appurato che, con i ricorsi, era stato puntualmente esplicitato come la reintroduzione della normativa abrogata <<avrebbe determinato anche una potenziale lesione delle richiamate sfere di competenza sia delle Regioni che degli Enti Locali>> quindi, che era stata fornita sufficiente motivazione <<in ordine ai profili di una possibile ridondanza della predetta violazione sul riparto di competenza, assolvendo all'onere di

operare la necessaria indicazione della specifica competenza regionale che ne risulterebbe offesa e delle ragioni di tale lesione>>, ha ritenuto sussistente il loro interesse al ricorso. In altri termini, ha ammesso che anche nella materia di servizi pubblici locali, vi siano legittimi spazi per un intervento legislativo regionale.

Ma quali sono questi spazi? Il tema non è nuovo, come nuovo non è il dibattito sulle metodologie da impiegare per una corretta ripartizione delle competenze. Dibattito che risente della storica difficoltà di una <<pre-individuazione di spazi di competenza>>, riproposta <<in maniera accentuata con la riforma del 2001>> e aggravata dal fatto che <<per la demarcazione tra competenze statali e regionali la linea di confine è data da singole parole (concorrenza) o brevi enunciati normativi (es. livelli essenziali)>> [25] e dalla circostanza che <<Se si scorre l'elenco delle materie affidate alla legislazione esclusiva dello Stato dall'art. 117, comma 2, cost., non si fatica a scorgere che alcune di esse non individuano ambiti di intervento oggettivamente delimitabili, ossia non sono materie in senso proprio, ma attribuiscono, piuttosto, competenze di natura funzionale, individuando non gli oggetti, ma la finalità in vista della quale la potestà legislativa statale deve essere esercitata>> [26]. Si tratta, invero, di quelle che sono comunemente definite come *materie trasversali* o come *materie non materie*, ambiti normativi comuni a più settori/materie, per cui l'individuazione della competenza non va condotto con la ricerca negli elenchi *per materia* contenuti nell'art. 117 Cost., ma avuto riguardo al livello di interesse perseguito.

La materia della concorrenza è qualificabile nel senso appena citato[27]. Com'è, parimenti, indubbio, che la materia dei servizi pubblici locali, sia materia di competenza esclusiva delle Regioni.[28]. E' necessario, pertanto, verificare quale sia l'ambito di esercizio della competenza statale nella *materia (trasversale)* della concorrenza, influente sulla disciplina delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, e quale sia l'ambito di esercizio della competenza (residuale) delle regioni nella materia dei servizi pubblici locali a rilevanza economica in presenza di una normativa statale a tutela della concorrenza.

Di sicuro ha contribuito a far chiarezza sul punto la sentenza della Corte n. 307 del 2009. La Corte era stata investita del giudizio sulla coerenza costituzionale della L.R. Lombardia 12 dicembre 2003, n. 36, nella parte in cui, limitando il novero delle opzioni concesse dall'art. 113 del T.U. E. L. e dall'art. 23 bis del D.L. 112/2008, inibiva l'affidamento diretto della gestione del servizio idrico integrato alle società miste e a quelle *in house*. La Corte stessa, preso atto che le norme statali succitate avevano quale chiaro scopo quello di garantire la concorrenzialità del mercato dei servizi pubblici locali a rilevanza economica con dei precetti meno rigorosi di quelle regionali, posta di fronte al quesito se << le Regioni, in tema di tutela della concorrenza, possono dettare norme che tutelano più intensamente la concorrenza, rispetto a quelle poste dallo Stato>>, non ha avuto dubbi nel rispondere positivamente perché se << la Costituzione pone il principio, insieme oggettivo e finalistico della tutela della concorrenza>> è evidente che <<le norme impugnate, in quanto più rigorose delle norme interposte statali, ed in quanto emanate

nell'esercizio di una competenza residuale propria delle regioni, quella relativa ai servizi pubblici locali[29]>>, siano conformi alla Costituzione>>[30].

Il principio, si ribadisce, è stato implicitamente confermato con la sentenza n. 199 del 2012, che ha riconosciuto la legittimazione al ricorso da parte delle Regioni.

4. *Interesse al ricorso e ius superveniens*. - Qual è la sorte del giudizio promosso davanti ai giudici costituzionali nel caso in cui *medio tempore* (cioè nel periodo compreso tra la sottoposizione dei quesiti per il vaglio di ammissibilità e la data della consultazione popolare) il testo normativo subisce delle modifiche?

Come è noto, l'art. 39 della legge 352/1970 (Norme sui *referendum* previsti dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo), testualmente prevede che <<Se prima della data dello svolgimento del *referendum*, la legge, o l'atto avente forza di legge, o le singole disposizioni di essi cui il *referendum* si riferisce, siano stati abrogati, l'Ufficio centrale per il *referendum* dichiara che le operazioni relative non hanno più corso>>. Peraltro, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 68/78, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 39 citato rispetto all'art. 75, comma 1, della Costituzione <<limitatamente alla parte in cui non prevede che se l'abrogazione degli atti o delle singole disposizioni cui si riferisce il referendum venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, il referendum si effettui sulle nuove disposizioni legislative>>. In sostanza, ha chiarito che quel che viene sottoposto al suo giudizio, più che un testo normativo in sé e per sé, è il senso complessivo dell'*intentio legis* cristallizzato in quel testo, sicché, per verificare l'impatto dello *ius superveniens* sulla sorte del giudizio di costituzionalità, occorre verificare se detto senso permanga oppure no.

Il principio è stato ribadito in occasione del giudizio sulla compatibilità costituzionale dell'art. 4 del D.L. 138/2011, la cui travagliata storia ha fatto sì che, dalla data di consegna delle firme a quella in cui si è svolto il giudizio innanzi la Corte Costituzionale, il legislatore è intervenuto diverse volte e con interventi anche radicali. La Corte Costituzionale, [31] partendo dal dato che all'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del D.L. 112/2008 è conseguita la diretta applicazione della normativa comunitaria in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica[32] ha constatato che l'art. 4 del D.L. 138/2011, in un'ottica ulteriormente pro concorrenziale, ha inteso restringerne la portata e che le sue successive modifiche hanno confermato << il contenuto prescrittivo delle disposizioni oggetto delle censure ... comprimendo, anzi, ancor più, le sfere di competenze regionali>>. Dal che, <<in forza del principio di effettività della tutela costituzionale>>, ha fatto discendere l'estensione delle censure e, quindi, dell'oggetto del giudizio alla nuova formulazione dell'art. 4 del D.L. 138/2011.

5. *Referendum ed illegittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. 138/2011.* - Quale sia la posizione ed il peso del referendum nel sistema delle fonti del diritto è questione che assume una concretezza pratica straordinaria per affrontare il problema della legittimità dell'esercizio della potestà legislativa volta a reintrodurre norme abrogate per via referendaria.

Il rapporto tra legge e referendum è suscettibile in tre differenti soluzioni teoriche: 1) supremazia gerarchica della legge sul referendum; 2) pari ordinazione gerarchica tra legge e istituto referendario; 3) sovraordinazione gerarchica dell'istituto referendario, modalità d'esercizio diretto della sovranità popolare, sulla legge.

Nei primi due casi, nulla impedirebbe al legislatore di reintrodurre le medesime norme già abrogate per via referendaria; invece la soluzione sarà diametralmente opposta ove si vada ad abbracciare la terza ipotesi.

La nostra Carta Costituzionale nulla dice espressamente in proposito, limitandosi, con l'art. 38 della L. 352/1970, a disciplinare il caso opposto, disponendo che << Nel caso che il risultato del *referendum* sia contrario all'abrogazione di una legge, o di un atto avente forza di legge, o di singole disposizioni di essi, ne è data notizia e non può proporsi richiesta di *referendum* per l'abrogazione della medesima legge, o atto avente forza di legge, o delle disposizioni suddette, fermo il disposto dell'articolo 31, prima che siano trascorsi cinque anni >>.

In dottrina le tesi sulla questione sono varie e divaricate tra loro. Secondo parte di essa, la soluzione al quesito è estranea al campo del rapporto tra fonti perché, tentare di collocare il referendum abrogativo all'interno del sistema delle fonti, stante il << forte tasso di legittimazione di cui è carico >> è impresa scientificamente scorretta[33] e potrebbe condurre a <<destabilizzare le istituzioni >>[34]. Concorda con la tesi dell'estraneità anche chi attribuisce al referendum natura di *atto di controllo* avente, cioè, funzione di verifica/controllo della corrispondenza tra volontà popolare e concrete scelte parlamentari[35], resa necessaria a causa dell'incapacità degli organi rappresentativi di <<adeguare le norme alle esigenze della comunità >>[36]. Conseguenza comune ai fautori delle tesi testé esposte è che giammai il legislatore può reintrodurre norme abrogate dalla volontà popolare manifestata per via referendaria, e ciò permanentemente[37], <<almeno fino al mutare delle condizioni obiettive >>[38] o quantomeno per l'intero corso della legislatura[39].

La tesi del referendum come atto di controllo è revocata in dubbio da chi attribuisce natura politica e non giuridica al controllo che, pertanto, costituirebbe la <<funzione >> del referendum, ma non la sua <<natura giuridica >> che, invece, è quella di vero e proprio <<atto normativo >>[40]

La natura del referendum quale atto *latu sensu* normativo e, quindi, vera e propria fonte del diritto, è accolta oggi dalla dottrina maggioritaria[41] senza che possa ostarvi la limitata portata – solo abrogativa – dell’istituto, anche perché, è stato osservato, <<è difficile e fluida la differenza tra disporre in positivo e disporre in negativo>>[42].

Alla qualificazione del referendum quale fonte del diritto, però, non ha fatto seguito una consonante determinazione sul *rapporto di forza* tra esito referendario e potestà legislativa, rimanendo controverso se l’esito referendario abbia una particolare copertura costituzionale tale da impedire al legislatore la reintroduzione della norma abrogata per via referendaria.

Chi sostiene la tesi affermativa, presuppone l’accertamento per via referendaria della <<reale volontà del popolo>> il che inibirebbe incursioni in senso contrario da parte del legislatore[43]. Incursioni vietate, per taluno,[44]anche in caso di esito negativo della consultazione referendaria.

Viceversa, chi assume l’opinione contraria, fa osservare che, se il referendum è atto con forza di legge, tra questo e la legge non può che sussistere un evidente <<parallelismo>> cui consegue un <<medesimo trattamento giuridico>>[45].

La giurisprudenza della Corte, viceversa, è oramai concorde nel ritenere sussistente il divieto di riproporre per via legislativa della normativa abrogata per via referendaria[46]. Ciò perché, considerata la <<la peculiare natura del referendum, quale atto-fonte dell’ordinamento>> e che <<a differenza del legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, il referendum manifesta una volontà definitiva e irripetibile>>, è ovvio come non sia ammissibile <<consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa>> abrogata, nemmeno << a titolo transitorio>>[47], e che il divieto debba ricomprendere ogni ipotesi di << formale e sostanziale ripristino>> della normativa abrogata[48].

Non si discosta dall’orientamento la sentenza della Corte n. 199/2012, che, però, ha il rilevante merito di affrontare alcune questioni rimaste fino ad allora in ombra. Ed in vero, ha precisato la Corte sia la *ratio* del vincolo – che <<si giustifica, alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel sistema di democrazia rappresentativa delineato dal dettato costituzionale, al solo fine di impedire che l’esito della consultazione popolare, che costituisce esercizio di quanto previsto dall’art. 75 Cost., venga posto nel nulla e che ne venga vanificato l’effetto utile>> - che il limite temporale in cui permane il divieto - costituito dal << mutamento...del quadro politico...e ..delle circostanze di fatto>>.

Pertanto, anche tenuto conto che l’art. 4 del D.L. 138/2012 era stato introdotto dopo soli 23 giorni dalla pubblicazione dell’esito della consultazione referendaria, la Corte ne ha dichiarato l’illegittimità costituzionale.

[1] Il testo originario dell'articolo 23 bis del D.L. 112/2008 è stato fatto oggetto di successivi ed incisivi interventi correttivi: con la legge di conversione, n. 133/2008; con l'art. 30 della l. 23.7.2009; con l'art. 99, nel D.L. 25.9.2009, n. 135 e con la legge di conversione n. 166/2008. Le finalità della sua previsione sono chiaramente individuate dal legislatore nella necessità di dare applicazione alla << 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, nonché di garantire il diritto di tutti gli utenti alla universalità ed accessibilità dei servizi pubblici locali ed al livello essenziale delle prestazioni, ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettere e) e m), della Costituzione, assicurando un adeguato livello di tutela degli utenti, secondo i principi di sussidiarietà, proporzionalità e leale cooperazione>>.

[2] Che poteva avvenire: a) in via ordinaria, in favore di imprenditori e società, individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica e di società miste pubblico-private, il cui socio privato fosse stato scelto con una gara a doppio oggetto; b) in via eccezionale, in favore di società cosiddette *in house*, in presenza di situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non avrebbero permesso un efficace e utile ricorso al mercato e previa comunicazione dell'intenzione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato;

[3] Permettendo, al più, da parte dei privati la sola gestione delle reti.

[4] Onde evitare abusi, i risultati dell'indagine sarebbero dovuti essere trasfusi in una Delibera-quadro, da inviare all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

[5] Più precisamente, i settori della distribuzione di gas naturale e di energia elettrica, della gestione di farmacie comunali e del trasporto ferroviario regionale.

[6] Ci permettiamo, per una più diffusa analisi della decisione della Corte Costituzionale, di rimandare a A. AVINO, *I servizi pubblici locali a rilevanza economica tra la sentenza*

n. 325 del 2010 della Corte Costituzionale e il referendum abrogativi in www.costituzionalismo.it , fascicolo 1/2011

[7] Sulla scia dei propri precedenti, es. sentenza n. 272 del 2004.

[8] Cioè, un servizio che: <<a) è reso mediante un'attività economica (in forma di impresa pubblica o privata), intesa in senso ampio, come qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato...b) fornisce prestazioni considerate necessarie (dirette, cioè, a realizzare anche fini sociali) nei confronti di una indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni.... Le due nozioni, inoltre, assolvono l'identica funzione di identificare i servizi la cui gestione deve avvenire di regola, al fine di tutelare la concorrenza, mediante affidamento a terzi secondo procedure competitive ad evidenza pubblica.>>

[9] Visto come ulteriormente concorrenziale rispetto alle regole europee, costituenti un <<minimo inderogabile per il legislatore degli stati membri>> e, quindi, non ostative a che << la legislazione interna disciplini più rigorosamente, nel senso di favorire l'assetto concorrenziale di un mercato, le modalità di tale affidamento>>.

[10] Osserva, a questo proposito, la Corte che, come già in precedenza deciso – sentt. 284, 237 del 2009; n. 267 del 2006 - <<l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno attiene alla materia di coordinamento della finanza pubblica .. di competenza legislativa concorrente>>, il che esclude la potestà regolamentare statale.

[11] Cioè l'art. 113 del T.U.E.L., abrogato, nelle parti incompatibili con la disciplina introdotta dall'articolo 23 bis D.L. 112/2008. Sul punto, cfr Corte Costituzionale, sentenza n. 24 del 2011, con cui è stata dichiarata l'ammissibilità del quesito referendario

[12] Art. 9 della l. 12 novembre 2011, n. 183, art. 25 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 53 del D.L. 83/2012

[13] Gli enti locali avrebbero dovuto innanzitutto verificare <<la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica ... liberalizzando tutte le attività economiche, compatibilmente con le caratteristiche di universalità e accessibilità del servizio e limitando, negli altri casi, l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità>> (comma 1).

[14] All'esito della verifica, l'ente locale avrebbe dovuto: a) adottare uno *schema di delibera quadro*, adeguatamente illustrativa dell'istruttoria compiuta e delle ragioni sottese al mantenimento di diritti di esclusiva, con riferimento dei benefici arrecati alla comunità locale dal mantenimento di tali diritti (comma 2); b) inviare lo schema all'Autorità garante della concorrenza e del mercato[14] per un parere obbligatorio da rendere entro 60 giorni

(comma 3). La mancata adozione della *delibera quadro* avrebbe precluso all'ente la possibilità di attribuire diritti di esclusiva (comma 4).

[15] Inoltre, ha ribadito: la sottoposizione delle società in house al patto di stabilità interno (comma 14), l'obbligo per le società miste o in house del rispetto, per l'acquisto di beni o servizi, del codice dei contratti pubblici o, per la selezione del personale e il conferimento degli incarichi, dei principi di cui al D. lgs. 165/2001 (comma 17), le ipotesi di incompatibilità in capo ad amministratori, ex amministratori, dipendenti dell'ente affidante, loro coniugi, parenti ed affini (commi 19-27), la possibilità di affidare la gestione delle reti a soggetti privati (comma 28), l'obbligo per il gestore subentrante di corrispondere al gestore cessato il valore non ammortizzato dei beni strumentali necessari alla gestione del servizio, la cessazione, a certe scadenze, degli affidamenti non conformi alla nuova normativa (comma 32), il divieto per gli affidatari diretti di partecipare alle gare (comma 33).

[16] Una compiuta ricostruzione del "diritto all'acqua" e della rilevanza del sistema idrico integrato nelle vicende referendarie della primavera del 2011 si trova in S. STAIANO "Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione" in *Federalismi.it* n. 5/2011

[17] Corte Cost., n. 24/2011,

[18] Corte Cost. N. 325/2010

[19] Cfr art. 106 TFUE

[20] Avente, cioè, contestuale scopo di selezionare il *partner* privato e di attribuirgli specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio

[21] Cioè: capitale totalmente pubblico; controllo esercitato dall'aggiudicante sull'affidatario di contenuto analogo a quello esercitato dall'aggiudicante stesso sui propri uffici; svolgimento della parte più importante dell'attività dell'affidatario in favore dell'aggiudicante.

[22] Ad esempio, per vietare la gestione in economia del servizio, ovvero per prevedere una soglia massima di valore per l'affidamento in house ecc. Per paradosso, per dettare finanche una normativa identica a quella statale censurata.

[23] In generale, sul tema, A. CERRI "Corso di giustizia costituzionale", IV ed., Milano 2004, pag. 283. L'a. individua nell'interesse al ricorso quello a ricevere dalla decisione una *utilitas* pratica, in ciò differenziandolo dalla mera legittimazione ad agire in giudizio.

[24] Corte Cost., sentenza 408/2008 (<< Il parametro costituito dalla norma costituzionale sulla delega legislativa, e dalle norme interposte contenute nella legge di delega, può

infatti essere invocato dalle Regioni a fondamento di questioni di legittimità costituzionale sollevate in via principale solo in quanto la violazione denunciata ridondi in lesione dell'autonomia regionale>>). Inoltre, si rammentano, le sentenze 303/2003 e 503/2000 e, di recente, la n. 22/2012, con cui è stato ribadito che <<Questa Corte, con giurisprudenza costante, ha ritenuto ammissibili le questioni di legittimità costituzionale prospettate da una Regione, nell'ambito di un giudizio in via principale, in riferimento a parametri diversi da quelli, contenuti nel Titolo V della Parte seconda della Costituzione, riguardanti il riparto delle competenze tra lo Stato e le Regioni, quando sia possibile rilevare la ridondanza delle asserite violazioni su tale riparto e la ricorrente abbia indicato le specifiche competenze ritenute lese e le ragioni della lamentata lesione >>

[25] F. BENELLI, “*La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*” in *Le Regioni*, n. 2/3 2011, p. 255 e s. Sul risultato della ricerca, si esprime in maniera più *tranchant* R. BIN, ritenendo che <<E' noto a tutti come il catalogo delle materie contenuto nel novellato art. 117 Cost. abbia subito, a opera della giurisprudenza costituzionale, una rapida erosione che ne ha compromesso la capacità di predefinire con qualche certezza le attribuzioni legislative dello stato e delle Regioni>> in *Le Regioni* 2/2008, p. 398.

[26] G. SCACCIA, “*Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*” in *Diritto Pubblico*, n. 2/2004, p. 479

[27] Sul percorso seguito dalla Corte Costituzionale sul tema, ci si permette di rinviare a A. AVINO, cit.

[28] Corte Cost., sent. 20 novembre 2009, n. 307.

[29] Questo è un passaggio da tenere in evidenza, anche per escludere in radice possibili censure di contraddittorietà tra gli assunti della Corte Costituzionale. La materia della concorrenza è di esclusiva competenza del legislatore statale, che può esercitarla anche con norme “autoapplicative e di dettaglio” (Corte Cost., sentenza 325/2010), ma entro il limite della “ragionevolezza, sotto il profilo della proporzionalità e dell'adeguatezza (ex multis Corte Cost., sentenza 325/2010; 272/2004; 148/2009; 326/2008; 401/2007; 272/2004). Tuttavia, una volta che il legislatore statale ha determinato il livello di concorrenza che intende garantire, nelle materie di loro competenza (tra cui, rientra, quella dei servizi pubblici locali) le Regioni possono legiferare anche su punti che coinvolgono la regolamentazione dei livelli di concorrenza, ovviamente mai in contrasto con quanto stabilito al livello statale. Anche sul punto, però, occorre prestare particolare attenzione nel formulare dogmi del tipo che *ogni intervento normativo che riduce spazi di intervento limitativo pubblico automaticamente amplia la concorrenza*. Non si dimentichi, invero, che il mercato è caratterizzato dalla presenza di oligopoli, monopoli naturali, posizioni dominanti e che, quindi, l'intervento statale statuisce (o dovrebbe statuire) un equilibrio che tiene conto di quel particolare mercato (il cosiddetto *relevant market*) che, magari, verrebbe alterato da norme in apparenza pro concorrenziali, ma in effetti riduttive

della concorrenza. Ad esempio, in determinate circostanze, l'eliminazione della possibilità di gestione diretta da parte dell'Ente locale di un servizio pubblico a rilevanza economica potrebbe, in vero, favorire o rafforzare delle situazioni di oligopolio se non addirittura, di monopolio.

[30] La Corte Costituzionale, però, in qualche decisione – sentenza 331/2003 - parrebbe escludere l'esistenza in via dogmatica del principio della derogabilità *in melius* da parte del legislatore regionale, dovendosi sempre verificare se la normativa regionale non vada, piuttosto, ad incidere su un equilibrio tra interessi stabilito dal legislatore nazionale. Il concetto è stato ripreso in dottrina, F. BENELLI, cit. p. 269, per cui il legislatore nazionale dovrà, sempre ed in ogni caso, adeguarsi al <<bilanciamento degli interessi, indicato dalla stessa legge statale>>.

[31] La Corte, con la sentenza n. 199/2012, richiama il recente precedente costituito dalla Sentenza n. 142/2012

[32] Sul punto è concorde anche la sent. 24/2011

[33] A. BALDASSARRE, *Il referendum costituzionale*, in Quad. Cost., 1994, p. 258

[34] P. CIARLO, *Intento referendario, ammissibilità e comunicazione politica* in AA.VV. *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, p. 106

[35] G.M. SALERNO, cit., p. 217. Sulla questione è stato acutamente osservato da F. CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, Mi 1983, pag. 224. che <<la forza e la giustificazione della rappresentanza politica si fonda su una presunzione di corrispondenza fra la volontà del popolo-rappresentato e quella delle assemblee-rappresentanti, il referendum supera tale presunzione ed accerta in concreto, su una questione particolare, se la corrispondenza esista o no>> Per l'a. il referendum sarebbe una <<fonte atipica>> del diritto

[36] G. GALEOTTI, voce “ *Controlli costituzionali*” in Enciclopedia del Diritto, Mi. 1988, X, pag. 338

[37] G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore* in Giur. Cost., 1997 p. 74.

[38] F. CUOCOLO, cit. p. 225

[39] A. MANGIA, *Referendum*, Cedam, Padova, 1999, p. 317

[40] M. LUCIANI, *La formazione delle leggi. Il referendum abrogativo* in Commentario della Costituzione, fondato da G. Branca e continuato da A. Pizzorusso, Bologna 2005, , pag. 601

[41] Anche senza cimentarsi in ardue ricostruzioni filosofiche, ma basandosi sul semplice tenore dell'art. 75 Cost. che, testualmente, prevede che il referendum è indetto per <<deliberare l'abrogazione>> di una legge o di un atto avente valore di legge. Dal che discenderebbe come l'abrogazione sia <<il contenuto della manifestazione della volontà popolare>> ed è <<quel fenomeno che si produce in presenza della successione nel tempo di fonti del diritto>> e, quindi, in conclusione, <<non è possibile, pertanto, ravvisare una *vis abrogans* senza allo stesso tempo riconoscere la normatività dell'atto o fatto che la possiede>> M. LUCIANI, cit., pag. 606

[42] V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, Padova 1984, pag 96

[43] E' l'assunto del Crisafulli.

[44] Il principio generale è evidenziato da R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva* in Giur. Cost., 1994, pag. 2353 e ss.

[45] M. LUCIANI, cit. pag. 622. L'a., oltre a far notare come la tesi opposta sia carente di una chiara disposizione normativa a sostegno, fa notare i pericoli pratici scaturenti dal loro accoglimento e connessi al fatto che al popolo, contrariamente a quanto è previsto per il legislatore, è precluso l'esercizio dello *ius poenitendi*. Ed invero, se il legislatore ordinario, dopo aver abrogato una legge, può ripristinarla, riabrogarla ed, infine, reintrodurla (la schizofrenia del procedimento legislativo non è in vero infrequente nel nostro Parlamento), ciò non è ammesso al *corpo referendario*, non essendo previsto uno strumento *ad hoc*, cioè un *referendum* sull'esito del *referendum*. Cosa accade, quindi, se subito dopo l'abrogazione della legge accadano degli avvenimenti tali da rendere quantomeno opportuna, se non addirittura necessaria la sua reintroduzione? Parimenti, l'a. segnala un ulteriore problema derivante dalla tesi criticata, quello del limite temporale entro cui permane il divieto legislativo di reintrodurre la norma abrogata per via referendaria e ritiene insoddisfacenti le soluzioni proposte dalla dottrina. Più in particolare, ritiene essere affatto generico il limite dell'immediatezza o quello fondato sul principio del *rebus sic stantibus*; normativamente escluso, quantomeno in via implicita, quello fondato sul parallelismo con il quinquennio previsto dall'art. 38 della l. 352/1970; singolare, il limite della legislatura nel cui corso si sia tenuto il referendum.

[46] La posizione è stata fortemente criticata da M. LUCIANI, cit., pag. 662 che l'ha considerata <<creativa>> e mancante della <<benché minima argomentazione del limite che viene affermato, quasi fosse del tutto naturale e auto evidente>>.

[47] Corte Cost. sent. 468/1990.

[48] Corte Cost. sentt. 32 e 33/1993, che precisano come negli ulteriori spazi della materia, non toccati dal referendum, rimanga intatta la potestà legislativa.