

**IL “RIPRISTINO” DELLA NORMATIVA ABROGATA CON REFERENDUM BREVI NOTE A MARGINE
DELLA TRAVAGLIATA VICENDA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI**

SOMMARIO: 1. La continua evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali – 1.1. La legittimità costituzionale dell’impianto pro-concorrenziale dell’art. 23-bis – 1.2. L’abrogazione referendaria dell’art. 23-bis – 1.3. La sostanziale riproposizione del contenuto dell’art. 23-bis nell’art. 4 del decreto legge n. 138/2011 – 1.4. La sentenza n. 199/2012: l’illegittimità dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011 perché ripristina la normativa abrogata con *referendum* – 2. Il divieto di ripristino della normativa abrogata con *referendum* ed i suoi limiti – 3. Regioni e servizi pubblici locali dopo la sentenza n. 199/2012

1. La continua evoluzione della disciplina dei servizi pubblici locali

Come era stato previsto¹, la Corte costituzionale – con la sentenza n. 199/2012 – ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011 (convertito nella legge n. 148/2011), relativo ai servizi pubblici locali (in seguito, anche SPL) per violazione dell’art. 75 Cost.

La vicenda e, soprattutto, l’antefatto da cui è scaturita la sentenza n. 199/2012 sono noti anche ad una platea più ampia degli specialisti, considerato che all’origine della citata sentenza vi è il *referendum* del 12 e 13 giugno del 2011, che ha visto una partecipazione al voto tale da consentire il raggiungimento del *quorum* di validità per la prima volta dopo ben sei tornate referendarie (svoltesi dal 1997 al 2009) in cui tale *quorum* non era stato raggiunto.

Inoltre, già dal momento della raccolta delle firme per la presentazione della richiesta di *referendum* si è svolta una serrata campagna referendaria che ha assunto, almeno da marzo dello scorso anno, anche toni drammatici a causa del maremoto di *Fukushima* che – come si ricorderà – ha investito la centrale nucleare insediata nella località giapponese, giacché uno dei quesiti referendari riguardava la produzione di energia elettrica nucleare.

Tuttavia, buona parte della campagna referendaria (già – come si diceva – al momento della raccolta delle firme) si è incentrata sulla disciplina dei SPL di rilevanza economica che alcune richieste di *referendum* miravano ad abrogare.

Ed è proprio per questo che dobbiamo iniziare dalla disposizione che è stata abrogata dal *referendum*, potendoci permettere in questa sede di tralasciare la disciplina precedente sui SPL.

1.1. La legittimità costituzionale dell’impianto pro-concorrenziale dell’art. 23-bis

La disposizione sottoposta a *referendum* è l’art. 23-bis del d.l. n. 112/2008 (introdotto dalla legge di conversione n. 133/2008) e successivamente modificato. Senza voler entrare nel dettaglio della complessa²

¹ Cfr. M. RUOTOLO, *Non “ce la chiede l’Europa” e non “la vogliono i cittadini”. Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Costituzionalismo.it*, fasc. 2/2012 e, per certi versi, anche P. SABBIONI, *Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 18 ottobre 2011.

² R. CARANTA, *Il diritto dell’UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Le Regioni*, 2011, p. 1177 definisce l’art. 23-bis «invero molto pasticciato».

disciplina contenuta nel citato articolo e soffermandoci sul testo vigente al momento dello svolgimento del *referendum*, possiamo dire che lo stesso dettava la disciplina concernente l'affidamento e la gestione dei SPL di rilevanza economica, con un'impostazione pro-concorrenziale in esplicita «applicazione della disciplina comunitaria» (1° comma).

In particolare, per quanto a noi interessa, l'art. 23-*bis* stabiliva che il conferimento della gestione dei SPL «in via ordinaria» poteva avvenire secondo due modalità: a favore di imprenditori o società, individuati mediante procedure competitive oppure a società miste pubblico/privato, in cui il socio – che non poteva avere una partecipazione inferiore al 40% – doveva venire selezionato mediante «procedure competitive ad evidenza pubblica» (2° comma).

Se questa era la via ordinaria di conferimento della gestione, il 3° comma dello stesso articolo prevedeva una modalità «in deroga», mediante affidamento diretto a «società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale», a condizione che tale società avesse i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione c.d. «*in house*».

Tale affidamento «in deroga», poteva avvenire soltanto «per situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato».

Non solo, ma il successivo 4° comma stabiliva che, in questi casi, l'ente affidante doveva «dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo», che si intendeva favorevole nel caso di mancata pronuncia dell'Autorità entro sessanta giorni.

Come si vede, la disciplina prevista dall'art. 23-*bis* era tutta orientata a limitare l'affidamento *in house* a favore di un'apertura al mercato e, quindi, a criteri competitivi. Anzi, essa apparve subito ancor più rigorosa – in chiave pro-concorrenziale – degli stessi principi comunitari in materia, senza contare che, essendo una disposizione molto dettagliata, venne sospettata di ledere le competenze regionali in tema di «servizi pubblici locali», considerata materia innominata ex 4° comma dell'art. 117 Cost. già dalla sentenza della Corte costituzionale n. 272/2004³.

Invero, tale ultima sentenza non contiene un riconoscimento esplicito della natura *residuale* della competenza regionale in materia, ma questa si può desumere là dove la sentenza – con un *iter* argomentativo non nuovo e che riprenderà varie volte in seguito anche con riferimento a materie diverse dai SPL – assegna alla legislazione esclusiva dello Stato la definizione delle «modalità di gestione e l'affidamento dei servizi pubblici locali di «rilevanza economica»», in quanto rientrante nella competenza statale in materia di «tutela della concorrenza»; mentre sembra attribuire alla competenza residuale regionale tutti gli altri profili della disciplina attinente ai SPL che vanno «al di là della pur doverosa tutela degli aspetti concorrenziali inerenti alla gara»⁴. In ogni caso, la Corte avrà modo in seguito di affermare esplicitamente che la materia «servizi pubblici locali» rientra nella competenza residuale delle Regioni, come, per esempio, con la sentenza n. 307/2009, su cui torneremo più avanti.

Nonostante i dubbi sulla legittimità costituzionale dell'art. 23-*bis*, questo passa (quasi⁵) indenne il giudizio dinanzi alla Corte costituzionale, che con la corposa sentenza n. 325/2010, ribadisce quello che, nel frattempo, era diventato un suo orientamento consolidato⁶ e cioè che le «modalità dell'affidamento della

³ Anche se questa sentenza non giudicava, ovviamente, la legittimità dell'art. 23-*bis* (allora, non ancora in vigore), bensì la disciplina precedente.

⁴ Cfr. F. CASALOTTI, *Il riparto della potestà legislativa «alla prova» della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2005, p. 26 e ss.

⁵ Delle numerose questioni di legittimità relative all'art. 23-*bis* la Corte accoglie soltanto quella relativa ad una parte del 10° comma che prevedeva la potestà regolamentare dello Stato dovesse adottare dei regolamenti anche per disciplinare l'assoggettamento dei soggetti affidatari *in house* al patto di stabilità interno.

⁶ Su cui v. le osservazioni critiche di C. BUZZACCHI, *Servizi pubblici locali e tutela della concorrenza nel sindacato della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 2006, p. 797 e ss., spec. pp. 806-809 e, ancora prima, C. BUZZACCHI, *I servizi locali di interesse*

gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica» rientrano nella materia «tutela della concorrenza», di esclusiva spettanza statale. La Corte riconosce che l'art. 23-bis reca una «disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario», ma aggiunge che se questa disciplina più rigorosa non è «imposta» dall'ordinamento comunitario, tuttavia essa non «si pone in contrasto...con la citata normativa comunitaria». In sostanza, la disciplina comunitaria persegue sicuramente finalità concorrenziali, ma essa rappresenta solo «un minimo inderogabile per gli Stati membri», che gli stessi non possono intaccare, ma che possono innalzare.

1.2. L'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis

Salvato dalla Corte costituzionale, l'art. 23-bis sarà abrogato in seguito al *referendum* del giugno dello scorso anno. Per quello che si dirà in seguito conviene soffermarsi – seppur brevemente – sul giudizio di ammissibilità non solo del *referendum* sull'articolo in questione, ma anche su alcune delle altre richieste presentate.

Infatti, come si ricorderà, oltre a quella relativa all'art. 23-bis, sono state presentate altre tre richieste riguardanti nello specifico il servizio idrico. Di queste, soltanto una è stata giudicata ammissibile (con sentenza n. 26/2011), relativa alla tariffa del servizio idrico integrato. Viceversa, gli altri due quesiti referendari, che si proponevano di abrogare le norme concernenti l'affidamento e le forme di gestione del servizio idrico, sono state dichiarati inammissibili: una per «l'eterogeneità e la frammentarietà» delle disposizioni che si volevano abrogare (sentenza n. 27/2011) e l'altra perché l'eventuale abrogazione delle norme che si volevano sottoporre a *referendum* non avrebbe fatto «venire meno l'applicazione al solo servizio idrico delle forme di gestione fissate, anche per tale servizio, proprio dal detto art. 23-bis» (sentenza n. 25/2011).

È, questo, un passaggio importante perché la Corte chiarisce che, anche abrogando norme specifiche sul servizio idrico, la disciplina sull'affidamento della gestione di tale servizio è contenuta nell'art. 23-bis che si riferisce a tutti i SPL di rilevanza economica⁷ e, quindi, anche al servizio idrico.

D'altra parte, questo è espressamente sottolineato dalla sentenza n. 24/2011, con cui la Corte dichiara ammissibile la richiesta di *referendum* per l'abrogazione dell'intero art. 23-bis. Con questa sentenza, i Giudici di Palazzo della Consulta mostrano di cogliere l'intento dei promotori del *referendum* che è quello di abrogare l'art. 23-bis in quanto esso «limita i casi di affidamento diretto della gestione, consentendo la gestioni *in house*...solo ove ricorrano situazioni del tutto eccezionali». In sostanza, il *referendum* mira ad abrogare quell'approccio più rigorosamente pro-concorrenziale, già messo in luce dalla citata sentenza n. 325/2010. Proprio quest'ultima sentenza è espressamente richiamata dalla sentenza n. 24/2011 che chiarisce come l'eventuale abrogazione dell'art. 23-bis non comporterebbe la reviviscenza delle norme abrogate da questo articolo, bensì «l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di *referendum*)».

Ritenuta ammissibile la richiesta di *referendum*, lo stesso si svolge il 12 e 13 giugno dello scorso anno e – come è noto – la maggioranza è favorevole all'abrogazione dell'art. 23-bis, che ha effetto a decorrere dal 21 luglio 2011, cioè dal giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del d.P.R. n. 113/2011 con cui viene dichiarata l'abrogazione.

1.3. La sostanziale riproposizione del contenuto dell'art. 23-bis nell'art. 4 del decreto legge n. 138/2011

L'indicazione della data da cui decorre l'abrogazione non è ininfluente, perché meno di un mese dopo è adottato il citato d.l. 13 agosto 2011, n. 138, che, convertito nella legge n. 148/2011, subirà ulteriori

economico generale nella recente legislazione regionale, in *Le Regioni*, 2005, p. 769 e ss., spec. pp. 773-774. Critiche, in parte, simili sono avanzate, con riferimento alla sentenza n. 325/2010 anche da R. CARANTA, *op. cit.*, p. 1192.

⁷ Ad eccezione dei «settori esclusi» della distribuzione del gas; della distribuzione dell'energia elettrica; della gestione delle farmacie comunali e del trasporto ferroviario regionale.

modifiche. L'art. 4 di questo decreto reca – come recita l'intitolazione – le norme di «adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea».

In realtà, come è subito apparso chiaro alla dottrina⁸, il citato art. 4 ha sostanzialmente riproposto la disciplina dell'art. 23-*bis* e, in parte, anche del relativo Regolamento di attuazione (d.P.R. n. 168/2010), che, con l'abrogazione dell'art. 23-*bis*, aveva perso il suo fondamento.

L'approccio dell'art. 4 non è dissimile da quello dell'abrogato art. 23-*bis*, là dove prevede la liberalizzazione dei SPL, «limitando ...l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad una analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità» (1° comma).

Fedele a questa impostazione, l'art. 4 riprende – talvolta anche testualmente, come puntualmente evidenzia la sentenza n. 199/2012 – disposizioni dell'abrogato art. 23-*bis* e del suo Regolamento di attuazione.

Per quanto riguarda la gestione *in house*, che – come si è visto – rappresentava il “cuore” della richiesta referendaria, l'art. 4 non solo riproduce testualmente parte del citato comma 3 dell'art. 23-*bis*, ma addirittura sembra rendere ancora più arduo il ricorso a questo tipo di gestione.

Infatti, nel ribadire che tale gestione è comunque una «deroga» al modello ordinario, il comma 13 dell'art. 4 stabilisce che l'affidamento *in house* può avvenire «a favore di società a capitale interamente pubblico che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta “*in house*”» (riprendendo quasi integralmente la formula del 3° comma dell'art. 23-*bis*). La novità introdotta dall'art. 4 sembra rendere ancora più difficile rispetto all'art. 23-*bis* il ricorso a tale tipo di gestione, giacché si può affidare la gestione *in house* solo «se il valore economico del servizio oggetto dell'affidamento è pari o inferiore alla somma complessiva di 200.000 euro annui», là dove l'art. 23-*bis* richiedeva *soltanto* il verificarsi di «situazioni eccezionali». Anzi, nel testo originario dell'art. 4, la soglia era fissata a 900.000 euro, ma è stata ulteriormente abbassata a 200.000 euro.

Tra le differenze con l'art. 23-*bis* quella più rilevante o che, comunque, balza immediatamente all'occhio è contenuta nel comma 34 dell'art. 4, là dove, nel confermare i c.d. “settori esclusi” già previsti dall'art. 23-*bis* (quelli cioè a cui non si applica la norma), si stabilisce che dall'applicazione dell'art. 4 è escluso «il servizio idrico integrato», il che appare un po' paradossale.

Infatti, come si è visto, la Corte aveva dichiarato inammissibili (con le sentenze n. 25/2011 e n. 27/2011) due richieste di *referendum* che si proponevano di abrogare norme sull'affidamento e sulle modalità di gestione del servizio idrico e, quindi, su tali quesiti, relativi *specificamente* al servizio idrico, gli elettori non si sono pronunciati, mentre si sono pronunciati sull'intero art. 23-*bis* (determinandone l'abrogazione), che riguardava tutti i SPL di rilevanza economica e, quindi, *anche* il servizio idrico (come ha ben chiarito la sentenza n. 24/2011, esaminata sopra).

Insomma, l'intento dei promotori dei *referendum* sul servizio idrico (dichiarati inammissibili) è stato raggiunto non direttamente con i due quesiti specifici, bensì indirettamente con il quesito sull'intero art. 23-*bis*. Per meglio dire, il legislatore probabilmente ha pensato che escludendo il servizio idrico dall'applicazione dell'art. 4 (sostanzialmente conforme all'art. 23-*bis*) avrebbe soddisfatto la richiesta dei promotori del *referendum*.

Infatti, si ricorderà che gran parte della campagna referendaria è stata *monopolizzata* dal tema del servizio idrico⁹ (almeno fino al maremoto di *Fukushima*, che ha richiamato l'attenzione anche sul *referendum*

⁸ D. MASETTI, *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011*, in *GiustAmm.it*, 21.9.2011, ritiene che l'art. 4 citato nel testo contenga la «pressoché esatta riproduzione» del testo abrogato dal *referendum*; E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n.138/2011, convertito nella l. n.148/2011*, in *GiustAmm.it*, 27.9.2011, sempre a proposito dell'art. 4 parla di una vera «restaurazione» della disciplina contenuta nell'abrogato art. 23-*bis*, nonché P. SABBIONI, *op. cit.*

⁹ Basti pensare che la denominazione di uno dei promotori, anche del *referendum* sull'art. 23-*bis*, era “Comitato Referendario Siquapubblica”

sul nucleare), nonostante dei quattro quesiti referendari soltanto quello relativo alla tariffa riguardasse specificamente il servizio idrico.

Ed allora si può ritenere che il legislatore abbia pensato che, escludendo il “tema caldo” del servizio idrico, avrebbe reso più “digeribile” all’elettorato una sostanziale riproposizione della disciplina abrogata con *referendum*. Se ciò è comprensibile su un piano “politico”, non lo è sul piano giuridico, vista la chiarezza con cui la citata sentenza n. 24/2011 aveva illustrato la portata del *referendum* sull’art. 23-*bis*. Soprattutto se si pensa che l’art. 4 mirava ad *adeguare* la disciplina dei SPL «al referendum popolare»¹⁰.

Ancora più incomprensibile è la presa di posizione dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che, con la segnalazione sul disegno di legge di conversione del d.l. n. 138/2011¹¹, a proposito dell’art. 4 sostiene che esso «ripropone nei fini l’impianto preesistente la consultazione popolare dello scorso giugno, escludendone l’applicabilità al settore idrico, *per tenere conto dell’esito del referendum* [corsivo aggiunto]». È fin troppo facile ribattere che *per tenere conto* dell’esito referendario, l’art. 4 non avrebbe dovuto riproporre la normativa abrogata col *referendum* stesso, che riguardava – lo si ripete per l’ennesima volta – *tutti* i SPL, ad eccezione di quelli già esclusi dall’art. 23-*bis*.

1.4. La sentenza n. 199/2012: l’illegittimità dell’art. 4 del d.l. n. 138/2011 perché ripristina la normativa abrogata con referendum

Date queste premesse era finanche scontato che l’art. 4 venisse impugnato e, infatti, ben sei Regioni hanno presentato altrettanti Ricorsi¹² alla Corte costituzionale per sentire dichiarare l’illegittimità del citato articolo sotto diversi profili, tra i quali tutte le ricorrenti – ad eccezione della Regione Sardegna – hanno indicato anche la violazione dell’art. 75 Cost., nel senso che l’art. 4 ripristina la disciplina abrogata – poco prima – con *referendum*.

Ora, il fatto che le Regioni ricorrenti abbiano lamentato una violazione dell’art. 75 potrebbe costituire un problema, giacché, come è noto, nel giudizio in via principale le Regioni possono far valere soltanto violazioni di norme costituzionali attributive di competenza legislativa. Tuttavia, come è altrettanto noto, la Corte costituzionale ormai pacificamente ammette che, anche in via principale, le Regioni possono evocare la lesione di norme costituzionali diverse da quelle attributive di competenza legislativa (e, quindi, anche dell’art. 75 Cost.), a condizione che dimostrino che tale lesione ridondi in una vulnerazione delle loro attribuzioni costituzionali¹³.

Tale dimostrazione è stata fornita dai Ricorsi, i quali lamentavano che la violazione dell’art. 75 Cost. comportava una lesione della legislazione *residuale* regionale in materia di “servizi pubblici locali”, come ammette la stessa sentenza n. 199/2012, che anzi, accoglie la questione proprio per violazione dell’art. 75 Cost., restando assorbiti gli altri profili di legittimità dedotti dalle ricorrenti.

Per statuire questo, il Giudice delle leggi svolge un puntuale raffronto tra l’abrogato art. 23-*bis* (ed il suo Regolamento attuativo) e l’art. 4 impugnato, concludendo che il secondo non solo è contraddistinto «dalla medesima *ratio*» della normativa abrogata con *referendum*, ma che la disciplina in esso contenuta «è

¹⁰ Tanto è vero che il Ricorso della Regione Puglia – che è uno dei Ricorsi da cui, come vedremo, è scaturita la sentenza n. 199/2012 – definisce la rubrica dell’art. 4, (che, come si è visto nel testo, recita «adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell’Unione europea») «palesamente menzognera», sia sotto il profilo dell’adeguamento alla normativa comunitaria (perché più rigorosa di questa), sia sotto il profilo dell’adeguamento al *referendum*, perché l’art. 4 è sostanzialmente conforme all’abrogato art. 43-*bis*.

¹¹ AS864 del 26 agosto 2011, con cui, tra l’altro, l’Autorità ritiene che l’art. 4 «rilanci[...] meritoriamente il processo di liberalizzazione» dei SPL. Il che è indubbio e potrebbe pure essere condivisibile, ma non si può sostenere che questo sia conforme all’esito referendario, comunque, non lo è la sostanziale – e, talvolta, testuale – riproposizione della normativa abrogata con *referendum*.

¹² Si tratta dei Ricorsi della Regione Puglia n. 124, in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 50 del 7 novembre 2011; della Regione Lazio n. 134, in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 52 del 14 dicembre 2011; della Regione Marche n. 138, in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 53 del 21 dicembre 2011; della Regione Emilia-Romagna n. 144, in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 54 del 28 dicembre 2011; della Regione Umbria n. 147, in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 1 del 4 gennaio 2012; della Regione autonoma della Sardegna n. 160, in G.U.R.I. – Corte costituzionale, n. 4 del 25 gennaio 2012.

¹³ Senza pretesa di completezza. cfr. le sentenze n. 303/2003; n. 50/2005, n. 285/2005, n. 116/2006, n. 383/2006; n. 165/2007; n. 33/2011; n. 22/2012; n. 80/2012.

anche letteralmente riprodotto, 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 del 2010».

Insomma, secondo la sentenza n. 199/2012, l'art. 4, riproponendo sostanzialmente ed anche formalmente il contenuto dell'abrogato art. 23-*bis*, ha violato «il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost.», già affermato dalla Corte in altre sentenze precedenti citate dalla sentenza n. 199/2012.

Tuttavia, ci pare che quest'ultima sentenza sia più precisa dei precedenti pur dalla stessa citate, nel senso che, nel riconoscere l'esistenza del divieto di ripristino della normativa abrogata con *referendum*, prova ad indicare i limiti di questo divieto, là dove, invece, le sentenze richiamate non pare facciano altrettanto.

Insomma, ci si deve soffermare – seppur con la brevità consona a queste note – sul “divieto di ripristino”, che rappresenta un tema tradizionale del diritto costituzionale, per svolgere anche considerazioni che travalicano i confini della decisione n. 199/2012.

2. Il divieto di ripristino della normativa abrogata con *referendum* ed i suoi limiti

Benché più avanti si farà qualche cenno, non pare utile in questa sede ricostruire l'ampio dibattito sviluppatosi in dottrina sulla natura dell'istituto referendario¹⁴, ritenendo, invece, più funzionale allo scopo di queste note soffermarsi sulla natura del “divieto di ripristino”.

Effettivamente, l'esistenza di tale divieto è sempre stata affermata dalla giurisprudenza costituzionale. Proprio le decisioni espressamente richiamate dalla sentenza n. 199/2012 pongono il divieto di ripristino come un limite per il legislatore.

A cominciare dalla sentenza n. 468/1990, con cui la Corte statuisce che la «caducazione» referendaria di una norma «non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta a titolo transitorio». Per proseguire con due sentenze del 1992, dove i giudici costituzionali affermano che il legislatore può modificare la disciplina che residua dall'abrogazione referendaria solo «nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare» (sent. n. 32) e che lo stesso legislatore può intervenire nella stessa materia oggetto di *referendum* «senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata» (sent. n. 33). Per concludere con l'ordinanza n. 9/1997, dove la Corte richiama a se stessa la competenza di controllare la «osservanza – da parte del legislatore stesso – dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare».

Come si vede, queste decisioni affermano l'esistenza del limite per il legislatore del “divieto di ripristino”, ma non è possibile rintracciare un simile limite nel testo dell'art. 70 Cost.¹⁵, con riferimento alla funzione legislativa esercitata *pienamente* dalle Camere, né nell'art. 75 Cost., con riferimento ad una particolare forza passiva dell'esito referendario.

Infatti, il “ripristino” della normativa abrogata con *referendum* altro non sarebbe che esplicitazione di quella funzione legislativa che l'art. 70 Cost. delinea come «potenzialmente inesauribile», per usare le parole che Corte utilizza nel raffrontare – seppur per profili parzialmente diversi da quelli oggetto di queste note – la funzione legislativa col *referendum* (sentenza n. 68/1978).

Di conseguenza, parlare di generale ed assoluto “divieto di ripristino”, come fanno le decisioni sopra citate, equivale ad introdurre surrettiziamente un limite per il legislatore non contemplato *espressamente*

¹⁴ Per cui v. l'approfondita ricostruzione fatta da F. PIZZOLATO-V. SATTA, *Articolo 75* in R. BIFULCO-A. CELOTTO –M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, 2006, p. 1460 e ss., spec. pp. 1466-1473 ed anche, con riferimento alla sentenza n. 199/2012, E. FURNO, *Le tortuose vie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra legislatore, referendum e Corte costituzionale: «palla a centro?»*, in *GiustAmm.*, 16 ottobre 2012.

¹⁵ Né, per quanto riguarda i decreti legge ed i decreti legislativi, rispettivamente negli articoli 77 e 76 Cost., benché ci si renda conto che, data la particolarità di questi due provvedimenti, questa affermazione necessita di ulteriori approfondimenti che, però, ci porterebbero lontano dall'oggetto di questo scritto. Tanto più che in questa sede è sufficiente sottolineare che nei due articoli citati manca un esplicito limite di “divieto di ripristino”.

dalla Costituzione. Non si vuol negare – come vedremo tra breve – il divieto in questione, ma questo deve essere ben circoscritto con l'indicazione di limiti che trovino un sicuro fondamento costituzionale.

Invece, le decisioni sopra richiamate tratteggiano tale divieto in termini assoluti, come se questo non incontri limiti temporali né *materiali*. Tanto che, al cospetto delle più volte richiamate statuizioni giurisprudenziali, autorevole dottrina *sbotta*, rilevando che manca in quelle decisioni «la benché minima argomentazione del limite, che viene affermato quasi fosse del tutto naturale e autoevidente»¹⁶.

Tale dottrina, come è chiaro, si riferisce al «limite» posto al legislatore ed effettivamente la giurisprudenza citata non argomenta sul fondamento di tale limite, ma possiamo aggiungere che non accenna nemmeno ai limiti che il divieto di ripristino incontra, come se questo sia illimitato. Si vuol dire che i termini assoluti con cui la Corte ha tratteggiato il divieto di ripristino farebbero pensare ad un esito referendario rivestito di un connotato di intangibilità che, oltre a non essere riconosciuto ad alcun atto normativo e nemmeno alla stessa Costituzione, contrasterebbe con la continua evoluzione che caratterizza *naturalmente* il diritto.

Al di là di questo aspetto – che, comunque, non è poca cosa – quello che traspare dalla giurisprudenza citata è la delimitazione dei rapporti tra volontà referendaria e volontà legislativa (o, se si vuole, tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa) in termini conflittuali, là dove il loro contestuale riconoscimento costituzionale dovrebbe portare – nell'impianto democratico della nostra Costituzione – a ritenerli complementari¹⁷.

In questo senso, è vero che non si può dubitare del fatto che il *referendum* ha la natura di «atto-fonte dello stesso rango della legge ordinaria» (così Corte costituzionale, sentenza n. 29/1987), non foss'altro perché può abrogare la legge ordinaria. Ed è vero anche che esso – come vedremo – condivide con la fonte di origine rappresentativa la stessa radice costituzionale. Tuttavia, è altrettanto vero che esso non è totalmente equiparabile alla fonte che promana dal legislatore rappresentativo.

La stessa forza attiva del *referendum*, pur equipollente a quella della fonte del legislatore ordinario per quanto riguarda la sua *intensità*, ha un raggio d'azione più limitato di quello della fonte rappresentativa. Anche nei *referendum* c.d. «manipolativi», quelli cioè che, con perizia *chirurgica*, ritagliano una normativa di risulta immediatamente applicativa che, quindi, si presenta come una normativa «nuova», hanno una manovrabilità più limitata di quella riconosciuta al legislatore rappresentativo, perché comunque la nuova norma «creata» dalla manipolazione referendaria è quella (o una di quelle) che poteva risultare dalla normativa che si intendeva abrogare e cioè la *migliore* considerata la normativa data.

In sostanza, il *referendum* non riesce spogliarsi del tutto della sua natura sostanzialmente demolitoria, a fronte di una natura *propositiva* della fonte rappresentativa.

Nonostante queste differenze, *referendum* e fonte del legislatore rappresentativo sono accomunati dalla stessa radice costituzionale perché «ogni esito referendario scaturisce dall'esercizio di quel medesimo diritto di voto che, garantito dall'art. 48 cost., fornisce alle stesse camere il fondamento di legittimità di ogni decisione assunta». Insomma, *referendum* e legislazione sono procedimenti *normativi*, che, seppur diversi, sono espressione dello stesso diritto di voto, ed il loro rapporto – data anche la già evidenziata competenza limitata del primo – deve essere improntato al criterio della specialità¹⁸.

In quest'ottica, si comprende come non si possa porre al legislatore un vincolo di assoluto «divieto di ripristino» – che, oltre a non avere alcun fondamento costituzionale esplicito, collocherebbe l'esito

¹⁶ M. LUCIANI, *Articolo 75 – Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione*, fondato da G. BRANCA e continuato da A. PIZZORUSSO, Bologna-Roma, 2005, p. 662.

¹⁷ In questo senso, seppur con sfumature fra loro diverse, G. AZZARITI, *Referendum, leggi elettorali e Parlamento: la «forza» delle decisioni referendarie nei sistemi di democrazia rappresentativa*, in *Giur. cost.*, 1995, pp. 92-93 che mette in guardia dai rischi di una contrapposizione tra democrazia rappresentativa e democrazia diretta; A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, p. 255 e ss., che parla a questo proposito di una «contrapposizione fittizia» (p. 315); M. LUCIANI, *op. cit.*, p. 673; T.F. GIUPPONI, *Il «giudizio di legittimità» del referendum e i limiti al legislatore*, in R. PINARDI (a cura di) *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo*, Torino, 2007, p. 319.

¹⁸ A. MANGIA, *op. cit.*, la frase citata nel testo si trova a p. 275, mentre gli approfondimenti sul principio di specialità alle pp. 269-281.

referendario in una posizione di superiorità rispetto alla fonte legislativa –, ma non si può nemmeno consentire al legislatore di vanificare la volontà referendaria nel volgere di un mattino, il che viceversa equivarrebbe a considerare quest'ultima sempre recessiva rispetto alla fonte rappresentativa.

Si comprende, allora, che, poiché fonte referendaria e fonte rappresentativa scaturiscono dal medesimo diritto di voto ex art. 48 Cost., dovrebbe esser consentito alla seconda di intervenire sull'esito referendario solo quando in capo al sistema rappresentativo «sia intervenuta una nuova e più recente legittimazione dell'esercizio del diritto di voto;... cioè...[quando]... siano intervenute nuove e più recenti elezioni politiche»¹⁹.

Se questo è un primo limite al “divieto di ripristino”, un secondo può essere rintracciato nell'*oggettivo* mutamento della situazione di fatto esistente al momento del *referendum*. In sostanza, il sopraggiungere di fatti nuovi potrebbe legittimare un intervento legislativo volto a modificare l'esito referendario anche a breve distanza dalla sua espressione. Questo è un limite che trova naturale (ancorché non esclusiva) esplicazione in quelle materie dal contenuto tecnico e/o scientifico, allorché «una nuova “scoperta” può legittimare un intervento anche immediato del legislatore volto a ripristinare la disciplina abrogata dal popolo»²⁰.

I due limiti appena illustrati (nuove elezioni e *oggettivo* mutamento della situazione di fatto) circoscrivono il “divieto di ripristino” che le precedenti decisioni citate dalla sentenza n. 199/2012 sembravano assolutizzare.

Per questo la sentenza n. 199/2012 pare che – nonostante il richiamo ai quei precedenti – in realtà sia più precisa, provando ad abbozzare dei limiti al divieto in questione, quando riconosce che il ripristino si potrebbe «giustificare» in presenza di un «mutamento...del quadro politico...[e]...delle circostanze di fatto»

Si tratta di limiti che la dottrina – come si è visto – aveva già provato ad individuare e se è vero che questi limiti (come non ha mancato di rilevare la dottrina più attenta²¹) sono ancora genericamente delineati, rappresentano comunque un tentativo di circoscrivere il divieto di ripristino, altrimenti troppo ampio. Peraltro, sopra si è cercato di dare a questi limiti un contenuto più preciso e, quindi, non un generico “mutamento del quadro politico” bensì «una nuova e più recente legittimazione dell'esercizio del diritto di voto», così come non pare si possa dubitare del fatto che vada meglio specificato il contenuto del “mutamento delle circostanze di fatto”, che va agganciato a fatti *oggettivi*, ed anche in questo si è cercato di proporre qualche esempio.

Il che, ovviamente, non vuol dire che i limiti al “divieto di ripristino” siano ben definiti, ma la sentenza n. 199/2012 ha cominciato almeno a considerarli.

Va detto anche – ritornando, più nello specifico, ai SPL – che il legislatore (prima quello d'urgenza e poi anche quello parlamentare in sede di conversione) non rinuncia a dare l'impressione di voler forzare la mano sul “divieto di ripristino”.

Infatti, quando era ancora pendente il giudizio dinanzi alla Corte costituzionale da cui sarebbe scaturita la sentenza n. 199/2012, il Governo ha adottato il decreto sulla c.d. *spending review* (d.l. 6 luglio 2012, 95, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135), il cui art. 4, 8° comma ripropone quasi integralmente le limitazioni alla gestione *in house* previste dal 13° comma dell'art. 4 d.l. n. 138/2011 dichiarato illegittimo dalla sentenza n. 199/2012. Infatti la norma del decreto sulla *spending review* stabilisce che «a decorrere dal 1° gennaio 2014 l'affidamento diretto può avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico,

¹⁹ Ancora A. MANGIA, *op. cit.*, p. 317. P. SABBIONI, *op. cit.*, p. 12 ritiene «convincente» questa ricostruzione. Ma pure G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 95 individua (anche) nelle nuove elezioni un limite al “divieto di ripristino”, sebbene considera queste indicazioni «non risolutive» (nota 31).

²⁰ Così M. RUOTOLO, *op. cit.*, senza numeri di pagina (ma 6° pagina), ma prima anche R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 2359 fa riferimento al «sostanziale mutamento delle condizioni presenti al momento dell'espressione della volontà popolare», come limite al “divieto di ripristino” ed anche G. AZZARITI, *op. cit.*, p. 95 si riferisce «al mutare delle circostanze di fatto» benché – come per le nuove elezioni – ritiene questo un argomento non risolutivo (sempre nota 31).

²¹ In particolare sul limite del “mutamento del quadro politico” e, quindi, della *durata* del vincolo per il legislatore di ripristinare la normativa abrogata con *referendum* v. M. DELLA MORTE, *Abrogazione referendaria e vincoli al legislatore nella sentenza 199 del 2012*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 26 settembre 2012.

nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione in house e a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore a 200.000 euro annui».

In sostanza, in pendenza del giudizio e, cioè, prima che la sentenza n. 199/2012 fosse depositata (il 20 luglio) e pochi giorni dopo l'udienza pubblica (svoltasi il 19 giugno), il legislatore, sembra quasi premunirsi dal possibile accoglimento della questione (come poi avverrà), riproducendo le stesse limitazioni alla gestione *in house* previste dalla norma impugnata e poi dichiarata illegittima.

A dire il vero, benché la norma del decreto sulla *spending review* sia testualmente identica a quella contenuta nell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 dichiarato illegittimo, il contesto in cui è inserita è diverso da quello dell'articolo dichiarato illegittimo. Quest'ultimo, infatti, si proponeva di disciplinare i SPL dopo il *referendum*, mentre l'art. 4 del decreto sulla *spending review* mira a privatizzare e mettere in liquidazione le società pubbliche. Sicché si può ritenere anche che le "nuove" limitazioni alla gestione *in house* si riferiscano soltanto a queste società²².

In ogni caso, già quattro Regioni hanno proposto ricorso per l'illegittimità di questa norma della *spending review* e due di questi ricorsi hanno invocato come parametro costituzionale violato proprio l'art. 75 Cost. Possiamo solo immaginare le argomentazioni di queste ricorrenti perché, nel momento in cui scriviamo, i ricorsi non sono ancora stati pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale²³.

3. Regioni e servizi pubblici locali dopo la sentenza n. 199/2012

A questo punto giova soffermarsi sui riflessi della sentenza n. 199/2012 (e sul "divieto di ripristino" enunciato) sulle Regioni. Per meglio dire, le questioni che brevemente si intendono affrontare sono due: una di ordine più generale che si può sintetizzare nel quesito se il "divieto di ripristino" (con i limiti evidenziati prima) vincola o meno anche il legislatore regionale ed una questione di ordine, per così dire, particolare volta ad indagare le competenze regionali in materia di SPL dopo il *vuoto* lasciato dalla sentenza n. 199/2012.

Per quanto riguarda la prima questione si può notare che il *referendum* è una fonte "statale", nel senso che incide su una fonte dello Stato, pertanto la questione rientra nell'alveo dell'ordinario riparto delle competenze legislative.

Infatti, se la legge statale abrogata dal *referendum* disciplinava una materia non assegnata alla competenza legislativa dello Stato, allora era illegittima per violazione del riparto delle competenze legislative e l'abrogazione referendaria ha, di fatto, solo anticipato il responso della Corte costituzionale. Pertanto, in questo caso non si può parlare di un "divieto di ripristino" in capo al legislatore regionale perché questo non aveva mai perso la sua competenza e potrà quindi disciplinare la materia, entro i tradizionali limiti della potestà legislativa regionale.

Ma anche nel caso in cui l'abrogazione referendaria colpisse una legge statale in materia di legislazione dello Stato non si potrebbe parlare di "divieto di ripristino" sul legislatore regionale che non ha mai avuto la competenza a disciplinare quella determinata materia.

Possiamo ricavare una conferma a questa impostazione dalla recente sentenza della Corte costituzionale n. 62/2012 relativa all'Acquedotto Pugliese. In sostanza, una legge regionale della Puglia, entrata in vigore pochi giorni dopo la consultazione referendaria del giugno dell'anno scorso, aveva previsto l'affidamento diretto del servizio idrico integrato ad un'azienda pubblica regionale.

²² V. LEPORE, *La normativa sui servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012*, in *Amministrazione In Cammino*, sembra ritenere che la disposizione del decreto sulla *spending review* sia «riproduttiva» della norma dichiarata illegittima dalla sentenza n. 199/2012 e, quindi, si pone il problema se possa «essere considerata abrogata in maniera implicita».

²³ La notizia di questi Ricorsi è tratta dal sito della Corte costituzionale (www.cortecostituzionale.it). I Ricorsi sono: il n.145/2012 proposto dalla Regione Lazio; il n. 153/2012 proposto dalla Regione Campania; il n. 159/2012 proposto dalla Regione autonoma Friuli Venezia-Giulia ed il n. 160/2012 proposto dalla Regione autonoma Sardegna. I ricorsi che evocano la violazione dell'art. 75 Cost. sono quelli della Campania e della Sardegna

La Corte ha accolto la questione sollevata dallo Stato, basandosi esclusivamente sul riparto delle competenze legislative. In sostanza, il Giudice delle leggi ha ribadito la sua costante giurisprudenza secondo cui l'affidamento della gestione dei SPL (e, quindi, anche del servizio idrico integrato) attiene alla materia statale "tutela della concorrenza", mentre il servizio idrico integrato viene ricompreso nella materia – anch'essa statale – "tutela dell'ambiente", pertanto dichiara l'illegittimità costituzionale della norma pugliese che era intervenuta in queste due materie riservate alla legislazione esclusiva dello Stato.

È vero che la norma pugliese andava nella direzione dell'esito referendario (sicché non si può parlare di "ripristino" della normativa abrogata con *referendum*) ed è altrettanto vero che – seppur la sentenza fa riferimento al *referendum* del giugno 2011 – la legge pugliese è coeva al *referendum*. Tuttavia, è innegabile che la Corte non si ponga il problema del rapporto tra esito referendario e legislazione regionale e risolva la questione attenendosi alle norme costituzionali che sovrintendono al riparto delle competenze legislative.

Per quanto riguarda la seconda questione che abbiamo posto e, cioè, quali siano i margini di azione dei legislatori regionali in materia di SPL dopo il vuoto lasciato dalla sentenza n. 199/2012, possiamo partire proprio da questa sentenza.

Tale decisione, infatti, ha riconosciuto che dopo l'abrogazione referendario dell'art. 23-bis, le competenze regionali e locali in materia di SPL «si sono rimesse», in quanto la disciplina applicabile è quella comunitaria «più "favorevole" per le Regioni e per gli enti locali».

Analogo discorso si può fare adesso dopo la dichiarata illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 e, quindi, le Regioni possono *riappropriarsi* della loro legislazione residuale in materia di SPL esercitabile entro i limiti della disciplina comunitaria per i profili attinenti alla tutela della concorrenza.

Come abbiamo visto, secondo la costante giurisprudenza costituzionale, la materia dei SPL è di competenza residuale delle Regioni, salvo che i profili relativi all'affidamento che rientra nella materia "tutela della concorrenza" di esclusiva spettanza statale.

Al di là delle critiche espresse in dottrina su questo filone giurisprudenziale che amplia eccessivamente la nozione di "tutela della concorrenza"²⁴, è stato anche sostenuto che, poiché la scelta – nel campo dei SPL – tra autoproduzione ed esternalizzazione «è una chiara scelta politica, come del resto ha dimostrato il *referendum*,; in un sistema rispettoso delle autonomie, non c'è nessuna ragione per ritenere che tale scelta vada effettuata una volta per tutte a livello centrale, ben potendo l'indirizzo politico diversificarsi a livello regionale»²⁵.

A prescindere da questa condivisibile opinione, resta il fatto che per il momento – nel vuoto lasciato dalla sentenza n. 199/2012 – le Regioni possono disciplinare i SPL entro i limiti stabiliti dalla disciplina comunitaria²⁶. In seguito, se il legislatore statale disciplinerà quei profili attinenti alla materia di "tutela della concorrenza, di sua competenza esclusiva, le Regioni potranno sempre prevedere una disciplina pro-concorrenziale più rigorosa di quella statale.

Infatti, è la stessa Corte costituzionale a statuire che le norme regionali finalizzate a tutelare la concorrenza se sono «più rigorose delle norme interposte statali, ...[e sono]... emanate nell'esercizio di una competenza residuale propria delle Regioni, quella relativa ai "servizi pubblici locali", non possono essere ritenute in contrasto con la Costituzione»²⁷.

²⁴ V. *supra* nota 6. Peraltro, secondo A. ARGENTATI, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere della AGCM sulle deliberazioni e la sentenza n. 199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in *Federalismi.it*, n. 18/2012, pp. 22-23 la sentenza n. 119/2012 è «rassicurante» nel momento in cui sembra porre un argine all'espansione della materia "tutela della concorrenza", giacché la sentenza n. 199/2012 – secondo l'A. – individua nel rispetto della volontà popolare un «limite ineludibile» alla competenza in questa materia.

²⁵ R. CARANTA, *op. cit.*, p. 1192.

²⁶ Salvo che non si interpreti la citata disposizione della *spending review* che limita la gestione *in house* nel senso di ripristinare i limiti che erano, per tutti i SPL di rilevanza economica, dall'art. 4 dichiarato illegittimo dalla sentenza n. 199/2012.

²⁷ F. MERLONI, *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le "funzioni fondamentali" degli enti locali*, in *Le Regioni*, 2010, p. 794 e ss., giudica questa posizione della Corte «lineare e coerente con la precedente giurisprudenza»

Insomma, in chiave pro-concorrenziale se – come abbiamo visto – il legislatore può innalzare il livello di tutela minimo previsto dalla disciplina comunitaria (cfr. la citata sentenza n. 325/2010), il legislatore regionale può fare altrettanto con il livello stabilito dal legislatore statale. Almeno, nelle materie di competenza residuale delle Regioni, interessate *trasversalmente* dalla materia statale “tutela della concorrenza”.