

## LE TORTUOSE VIE DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI DI RILEVANZA ECONOMICA TRA LEGISLATORE, REFERENDUM E CORTE COSTITUZIONALE:<<PALLA AL CENTRO?>>.

(Commento alla sentenza n.199/2012 della Corte costituzionale)

PROF. ERIK FURNO

1. Con la sentenza n.199 del 20 luglio 2012 la Corte costituzionale torna a pronunciarsi sulla controversa problematica dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, accogliendo il ricorso, proposto da alcune Regioni per violazione, tra l'altro, dell'art.75 della Costituzione, nei confronti dell'art.4 del decreto legge 13 agosto 2011, n.138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011, n.148<sup>1</sup>, norma formalmente intitolata <<Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea>><sup>2</sup>.

Tale normativa, che restringeva, <<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, relegandola a modello del tutto eccezionale e residuale, era stata adottata dal legislatore, nonostante che l'omologo precedente dell'art.23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n.112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n.133,<sup>3-4</sup> fosse stato oggetto di abrogazione a seguito del *referendum* popolare del 12-13 giugno 2011<sup>5-6</sup>.

La decisione che si commenta si segnala, più che per il definitivo(?) colpo assestato all'ultimo intervento di riordino del settore, proseguito con le modifiche apportate dalla legge 12 novembre

---

<sup>1</sup> L'art.4 del decreto legge n.138 del 2011 e succ. mod. racchiudeva una disciplina che marginalizzava l'affidamento *in house* per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, favorendo la massima liberalizzazione e limitando, in via generale, <<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>>(art.4, comma 1, come modificato dall'art.25, lett. b), n.1, del decreto legge 24 gennaio 2012, n.1).

<sup>2</sup> Rubrica così modificata dalla legge di conversione 14 settembre 2011, n.148.

<sup>3</sup> come modificato dall'art.30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n.99, e dall'art.15 del decreto legge 25 settembre 2009, n.135, convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n.166, e completato dal regolamento attuativo di cui al D.P.R. 7 settembre 2010, n.168.

<sup>4</sup> Il citato art.23 *bis*, che non si applicava ai soli settori esclusi quali la distribuzione del gas naturale, la distribuzione di energia elettrica, la gestione delle farmacie comunali ed il trasporto ferroviario regionale, conteneva misure di liberalizzazione dei servizi pubblici locali, concretizzate in una marginalizzazione del modello dell'*in house providing* e nell'introduzione di vincoli all'utilizzo delle società miste.

<sup>5</sup> L'effetto abrogativo si era realizzato con decorrenza dal 21 luglio 2011, a seguito della pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del D.P.R. 18 luglio 2011, n.113 (<<Abrogazione, a seguito di referendum popolare, dell'art.23 *bis* del decreto legge n.112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n.133 del 2008, e successive modificazioni, nel testo risultante a seguito della sentenza della Corte costituzionale n.325 del 2010, in materia di modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

<sup>6</sup> Sugli effetti del *referendum* sull'art.23 *bis* e sul D.P.R. 7 settembre 2010, n.168, recante il relativo regolamento di attuazione, I. RIZZO, *La disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum*, in *Urb. app.*, n.8, 2011, 899 ss.; F. CAPORALE, *Legislatore, Consulta, democrazia diretta: i nodi irrisolti dei servizi idrici*, in *Giorn. dir. amm.*, n.9, 2011, 1022 ss.; L. PERFETTI, *La disciplina dei servizi pubblici locali ad esito del referendum ed il piacere dell'autonomia locale*, ivi, 906 ss.; G. BASSI, *Quali scenari per i servizi pubblici locali di rilevanza economica dopo il referendum abrogativo*, in [www.appalti&contratti.it](http://www.appalti&contratti.it); D. MASETTI, *La nuova (?) disciplina dei servizi pubblici locali dopo il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); C. DE VINCENTI e A. VIGNERI, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Santarcangelo di Romagna 2011.

2011, n.183<sup>7</sup>, e, da ultimo, con le più recenti disposizioni di cui al decreto legge 24 gennaio 2012, n.1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n.27<sup>8</sup>, ed al decreto legge 22 giugno 2012, n.83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n.134<sup>9</sup>, da un lato, per la conferma della possibilità per le Regioni di promuovere una questione di legittimità costituzionale in via principale in relazione a parametri diversi da quelli che sovrintendono al riparto di attribuzioni, laddove la violazione denunciata sia potenzialmente idonea a determinare un *vulnus* delle attribuzioni costituzionali delle Regioni, e, dall'altro, per l'interpretazione data al divieto di ripristino, in via legislativa, della normativa abrogata in via referendaria.

**2.** *In primis*, la Corte ribadisce, in tema di ammissibilità, la sua pregressa giurisprudenza<sup>10</sup>, secondo cui l'illegittimità costituzionale della norma legislativa statale può "ridondare" in un effetto lesivo della sfera di attribuzioni che la Costituzione riconosce alle Regioni, ancorché tale lesione si realizzi solo in modo indiretto e non sia determinata da una violazione delle norme costituzionali che regolano il riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni<sup>11</sup>. Il tutto a condizione che le Regioni motivino sufficientemente in ordine ai profili di una "possibile ridondanza" delle censure sul riparto di competenze ed assolvano puntualmente l'onere di indicare la specifica competenza violata e le ragioni di tale lesione.

Nella specie, infatti, tutte le Regioni ricorrenti avevano dedotto che il legislatore statale, reintroducendo la medesima disciplina già oggetto dell'abrogazione referendaria, con rinnovata limitazione degli ambiti di competenza legislativa residuale delle stesse Regioni e regolamentare degli enti locali, aveva determinato, in una alla violazione dell'art.75 della Costituzione, una potenziale lesione delle rispettive sfere di autonomia, destinate, invece, a riaspandersi nel settore

---

<sup>7</sup> Art.9, comma 2, lett. n), della legge 12 novembre 2011, n.183, recante <<Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato(Legge di stabilità 2012)>>.

<sup>8</sup> Art.25 del decreto legge 24 gennaio 2012, n.1, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n.27, recante <<Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività>>.

<sup>9</sup> Art.53, comma 1, lett. b), del decreto legge 22 giugno 2012, n.83, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n.134, recante <<Misure urgenti per la crescita del Paese>>.

<sup>10</sup> Corte cost. n.303/2003,4/2004, 196/2004 e 287/2004,50/2005 e

383/2005,116/2006,401/2007,216/2008,341/2009,52/2010,40/2010 e 156/2010,33/2011, 22/2012 e 80/2012.

Osservano, però, A. PERTICI ed E. ROSSI, *Il giudizio di costituzionalità delle leggi*, in *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale(2008-2010)*, a cura di R. ROMBOLI, Torino 2011, 119 ss., specie 151 ss., come non sia facilmente individuabile il confine tra ammissibilità e inammissibilità del ricorso regionale fondato su parametri costituzionali diversi da quelli contenuti nel titolo V della Costituzione, non essendo la giurisprudenza costituzionale sempre univoca al riguardo.

<sup>11</sup> In dottrina M. CECCHETTI, *La <<lesione indiretta>> delle attribuzioni costituzionali delle Regioni e l'irrisolta questione della loro legittimazione al ricorso nel giudizio di costituzionalità in via principale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.15, 2011, 6 ss.

Per tale dottrina si ha lesione seppure *indiretta* delle competenze regionali nell'ipotesi in cui il legislatore statale eserciti incontestatamente la propria potestà legislativa esclusiva nelle materie c.d. trasversali (come, nella specie, la tutela della concorrenza), in modo tale da vincolare, limitare o comunque condizionare dall'interno l'esercizio delle potestà normative costituzionalmente spettanti alle Regioni, senza che la disciplina denunciata risulti in contrasto con le norme costituzionali attinenti al riparto di attribuzioni. Secondo l'Autore, che richiama a sua volta C. PADULA, *L'asimmetria nel giudizio in via principale. La posizione dello Stato e delle Regioni davanti alla Corte costituzionale*, Padova 2005, 308-309, <<Tale lesione consiste nel condizionamento che deriva alle Regioni dai principi incostituzionali>> oppure dalla disciplina statale "trasversale" - <<dei quali dovrebbero comunque subire i contenuti, addivenendo a statuizioni legislative ed amministrative a loro volta di conseguenza illegittime>>.

dei servizi pubblici locali a seguito del voto popolare ed alla conseguente applicazione della più "favorevole" disciplina comunitaria.

Non è casuale, quindi, che la Corte, dopo aver superato positivamente lo stretto scrutinio di ammissibilità delle censure regionali, pervenga, poi, nel merito, alla declaratoria di illegittimità della impugnata norma in ragione della sola violazione dell'art.75 Cost. e non per la violazione delle norme costituzionali concernenti il riparto delle competenze, come peraltro prospettato dalle stesse Regioni ricorrenti. Infatti, l'art.4 del decreto legge n.138 del 2011, che, riproducendo l'omologo art.23 *bis*, rappresentava il cuore della riforma dei servizi pubblici locali<sup>12</sup>, è stato riconosciuto illegittimo per violazione dell'art.75 Cost., costituendo esso un vincolo imposto alle Regioni ad adottare discipline a loro volta illegittime in quanto necessariamente partecipati del medesimo vizio.

**3.** *In secundis*, i giudici costituzionali affrontano la controversa problematica dei rapporti tra *referendum* ed interventi legislativi successivi, specificando i limiti imposti al legislatore dal divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata a mezzo di *referendum*, così come in precedenza prefigurato dalla stessa giurisprudenza costituzionale<sup>13</sup>.

Sull'interpretazione di tale giurisprudenza, peraltro non sempre chiara ed univoca<sup>14</sup>, e sui vincoli, di natura giuridica e/o politica<sup>15</sup>, derivanti al legislatore dall'abrogazione referendaria, la dottrina si

---

<sup>12</sup> Così C. D'ARIES e A. NONINI, *La gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali*, in *Dir. e pratica amm.*, n.3, 2012,5.

<sup>13</sup> Sul divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare, Corte cost.22 ottobre 1990, n.468, in *Giur. cost.*,1990, 2795 ss.;4 febbraio 1993, n.32 e 33, in *Giur. cost.*,1993, 219 e 240, e l'ordinanza 14 gennaio 1997, n.9, in *Giur. cost.*,1997,35 ss., con note di R. PINARDI, *Riflessioni a margine di un obiter dictum sulla costituzionalità delle leggi successive all'abrogazione referendaria*, ivi,48, P. VERONESI, *Voto referendario, ripristino della normativa abrogata e ruolo della Corte*, ivi,55, e G. FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, ivi, 62.

<sup>14</sup> Si passa dalla sentenza n.468/1990 (<<A differenza del legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, il *referendum* manifesta una volontà definitiva e irripetibile. La caducazione dell'art.56 del codice di procedura civile, (come) non potrebbe consentire al legislatore la scelta politica di far rivivere la normativa ivi contenuta a titolo transitorio>>, alla luce della <<peculiare natura del *referendum*, quale atto-fonte dell'ordinamento>>) attraverso le decise affermazioni di cui alle sentenze n.32 (<<Nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (sent. 468 del 1990), il legislatore potrà correggere, modificare o integrare la disciplina residua>>) e 33 del 1993 (<<il legislatore ordinario, (...) pur dopo l'accoglimento della proposta referendaria, conserva il potere d'intervenire nella materia oggetto di *referendum* senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata>>) alla più prudente prospettiva di un successivo controllo di costituzionalità (<<la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza (...) dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare>>).

<sup>15</sup> Il divieto di riproduzione dovrebbe riguardare la legge che ripeta la <<sostanza>> di quella abrogata, reintroducendo i principi ispiratori e i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, secondo quanto indicato da Corte cost. 16 maggio 1978, n.68. V. al riguardo G. GRECA, *L'oggetto del referendum abrogativo*, in *Foro amm.*, 1974, 480 e 483, che evidenzia come il parlamento possa deliberare solo una nuova legge, i cui principi e criteri direttivi (desumibili dal testo) siano diversi da quelli sottoposti a verifica popolare ed abrogati insieme al vecchio testo, e L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna 1996, 273 ss., che sottolinea la peculiare forza passiva del *referendum* ed il vincolo preclusivo che ne deriva. *Contra* R. PINARDI, *L'esito del referendum abrogativo e le richieste di referendum costituzionale tra limiti di natura giuridica e dinamica politico-istituzionale*; G.U. RESCIGNO, *Intervento*, e V. ONIDA, *Riflessioni conclusive*, tutti 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, rispettivamente 373 ss., 380-381

è radicalmente divisa, essendo sorte vivaci discussioni non solo sui rapporti, nella gerarchia delle fonti, tra legge e *referendum*, ma anche in ordine alla determinazione della forza passiva dello stesso *referendum* quale strumento di democrazia diretta, in contrapposizione alla legge quale espressione della democrazia rappresentativa<sup>16</sup>.

In disparte l'inclusione dell'istituto referendario tra gli atti di controllo<sup>17</sup> o tra le fonti del diritto<sup>18</sup>, il punto focale della *querelle* è se il *referendum* sia espressione di una volontà prevalente su quella rappresentativa, possedendo <<quel *quid* in più>> rispetto alle altre fonti primarie quale manifestazione diretta della volontà popolare<sup>19</sup> e, quindi, un <<plusvalore democratico>><sup>20</sup>, tale da attribuirgli una forza passiva rinforzata<sup>21</sup> o la capacità di conformare la legislazione successiva alla volontà referendaria<sup>22</sup>, oppure costituisca una volontà <<dimidiata>> e, come tale, da inserire con cautela nel sistema costituzionale<sup>23</sup>.

---

e394, nonché A. PIZZORUSSO, *Referendum: effetto abrogativo ed effetto d'indirizzo*, in *Corr. giur.*, 1993, 509 ss., che ritengono invece trattarsi di un vincolo di natura politica e non giuridica.

<sup>16</sup> Sul <<c.d. parallelismo fra legge e *referendum* abrogativo, per cui a quest'ultimo devesi riconoscere lo stesso "rango della legge ordinaria">> P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum: un nuovo atto (Osservazioni sparse su taluni problemi relativi all'uso dei criteri di ammissibilità delle richieste referendarie nelle sentenze del 1993, con particolare riguardo al controllo sulla <<razionale formulazione>> del quesito abrogativo)*, in *Giur. cost.*, 1993, 2259 ss., specie 2278; A. PACE, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, *Le conseguenze giuridiche dei tre referendum sul nucleare*, in *Giur. cost.*, 1987, 3092 ss.; M. RAVERAIRA, *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare*, Milano 1983, 75 ss.; E. DE MARCO, *Contributo allo studio del referendum nel diritto pubblico italiano*, Padova 1974, 241 ss. Distingue, invece, tra <<l'atto conclusivo del procedimento referendario>> che <<corrisponde alla dichiarazione della volontà maggioritaria dei componenti del corpo votante>> e gli effetti giuridici che da questa scaturiscono G. M. SALERNO, *Il referendum*, Padova 1992, 78 ss.

<sup>17</sup> S. GALEOTTI, *Controlli costituzionali*, in *Enc. dir.*, X, Milano 1962, 337; C. CHIOLA, *Il referendum come atto legislativo: conflitto tra richieste e limiti*, in *Pol. dir.*, 1987, 335; S. P. PANUNZIO, *Esperienze e prospettive del referendum abrogativo*, in AA.VV., *Attualità ed attuazione della Costituzione*, Bari 1979, 73.

<sup>18</sup> A. M. SANDULLI, *Fonti del diritto*, in *Nss. Dig. it.*, VII, Torino 1961, 524 ss., specie 529; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale. II. 1. L'ordinamento costituzionale italiano*, VI ed., Padova 1993, 114 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale. 1. Il sistema delle fonti del diritto*, Torino 1988, 188; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, V ed., Milano 2008, 486. La qualificazione del *referendum* come <<atto- fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria>> è stata accolta dalla Corte costituzionale a partire dalla sentenza 3 febbraio 1987, n. 29.

<sup>19</sup> I. NICOTRA, *Le zone d'ombra nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, 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*, cit., 229 ss., part. 247.

<sup>20</sup> Secondo la felice espressione ripresa da E. W. BOCKENFORDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, 234, che, però, critica la tesi di una pretesa maggiore democraticità degli istituti di democrazia diretta. Contesta la sussistenza di un <<plusvalore referendario>> anche G. M. SALERNO, *Alcune considerazioni in tema di effetti consequenziali del referendum <<di principio>> in materia elettorale*, in *Giur. it.*, 1996, 285-288 ss., secondo cui il vincolo negativo prodotto dal *referendum* di principio <<varrebbe sino all'intervento espressamente "reattivo" del legislatore e fatto salvo (...) il ricorso ad un nuovo *referendum* popolare incidente sul medesimo principio>> (ivi, 311).

<sup>21</sup> A. BALDASSARRE, *Il <<referendum costituzionale>>*, in *Quad. cost.*, 1994, 235 ss., specie 247, seppur in relazione al *referendum* costituzionale, nonché *Id.*, *Referendum e legislazione*, in M. LUCIANI e M. VOLPI (a cura di), *Referendum*, Roma-Bari 1992, 35 ss.

<sup>22</sup> Secondo M. SICLARI, *Le norme interposte nel giudizio di costituzionalità*, Padova 1992, 106, il *referendum* abrogativo sarebbe produttivo di norme interposte aventi un <<valore costituzionale>> e, come tali, utilizzabili quale parametro nei giudizi della Corte costituzionale nei confronti delle leggi ripristinatorie di quanto già abrogato in via referendaria.

<sup>23</sup> F. PIZZOLATO e V. SATTA, *Art. 75*, in *Comm. Cost.*, a cura di R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI, vol. II, Torino 2006, 1460 ss., part. 1467.

A fondamento del divieto di ripristino della normativa abrogata in via referendaria la dottrina è solita richiamare gli artt.1, comma 2, e 75 della Costituzione, da cui ricava il primato della volontà referendaria sulla volontà parlamentare<sup>24</sup>, con conseguente attribuzione di maggiore forza di resistenza passiva al *referendum*<sup>25</sup>.

Di contro, non manca chi nega in radice non solo la pretesa supremazia del voto referendario sulla legge ordinaria ed i conseguenti vincoli per il legislatore rappresentativo, ma anche la sussistenza di un divieto di ripristino, che non troverebbe fondamento <<né nella teoria del modello di democrazia rappresentativo-partecipativa, né nell'intenzione dei costituenti, né nel testo della Costituzione, né nella logica del sistema delle fonti>><sup>26</sup>.

Con la sentenza in esame i giudici costituzionali, richiamando espressamente, in conformità della pregressa giurisprudenza, la possibilità di sindacare, in sede di giudizio principale di legittimità costituzionale, l'osservanza da parte del legislatore dei limiti derivanti dal divieto di ripristino della normativa abrogata, confermano l'esistenza di un vincolo *ex referendo*, dichiarando per la prima volta l'illegittimità di una legge ripristinatoria<sup>27</sup>.

Difatti, la Corte, seppur in modo sbrigativo, riconosce e giustifica l'esistenza di un vincolo derivante dall'abrogazione referendaria, <<alla luce di una interpretazione unitaria della trama costituzionale ed in una prospettiva di integrazione degli strumenti di democrazia diretta nel

---

<sup>24</sup> E. TOSATO, *Sovranità del popolo e sovranità dello Stato*, in *Studi in onore di G. M. De Francesco*, II, Milano 1957, 26; V. CRISAFULLI, *La sovranità popolare nella Costituzione italiana (note preliminari)*, ora in *Stato. Popolo. Governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano 1985, 107 e 133; F. CUOCOLO, *Note introduttive sul referendum*, in AA.VV., *Studi per il XX Anniversario dell'Assemblea costituente*, VI, Firenze 1969, 166 ss.; F. MODUGNO, *Abrogazione*, in *Enc. giur.*, I, Roma, 1988, 7; S.P. PANUNZIO, *Chi è il <<custode>> del risultato abrogativo del referendum?*, in *Giur. cost.*, 1997, 1993 ss., specie 1996 ss.

<sup>25</sup> Secondo F. MODUGNO e P. CARNEVALE, *Divagazioni in tema di referendum abrogativo e di giudizio di ammissibilità delle proposte di abrogazione popolare a diciotto anni dalla sent. n.16 del 1978*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Milano 1998, 53, l'atto-referendum abrogativo, <<una volta entrato in vigore parrebbe assumere quodammodo una forza passiva superlegislativa, seppur limitatamente alla predetta ipotesi di "riproduzione">> .

<sup>26</sup> M. LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA e A. PIZZORUSSO, vol.1- *La formazione delle leggi*, Bologna - Roma 2005, 599 ss., part.680, nonché A. DI GIOVINE, *Democrazia diretta e sistema politico*, Padova 2001, 167.

<sup>27</sup> Con la sentenza n.468 del 1990 la Corte costituzionale, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art.19, comma 2, della legge 13 aprile 1988, n.117, riproduttiva della responsabilità civile dei magistrati nella parte in cui essa non prevedeva la propria applicazione retroattiva per il periodo a cavallo tra l'abrogazione referendaria e la sua entrata in vigore, si era limitata ad affermare, da un lato, che l'abrogazione di una disposizione mediante *referendum* non consente <<all'interprete l'operazione logica di una sua ultra-attività>> e, dall'altro, che tale abrogazione non consente al legislatore la <<scelta politica di far rivivere>> la normativa abrogata, neanche <<a titolo transitorio>> . In realtà, la Corte con tale decisione aveva inteso sanzionare l'opzione ermeneutica del giudice *a quo* di applicare *medio tempore* la disciplina abrogata in via referendaria in modo da saldare tale disciplina con quella nuova. Al riguardo A. PACE, *Intervento*, in AA.VV., *Problemi costituzionali del referendum contro la caccia*, Milano 1981, 60, e R. PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. cost.*, 1994, 2342 ss., ritengono illegittimo il ripristino ove il legislatore pretenda di reiterare, con efficacia *ex tunc*, le norme abrogate, in modo da sostituirsi all'esito referendario. Sostengono invece che la Corte abbia inteso precludere al legislatore la riproduzione della normativa abrogata non solo *ex tunc*, ma anche *pro futuro* B. CARAVITA, *I referendum del 1993 tra crisi del sistema politico e suggestioni di riforma*, in *Giur. it.*, 1993, 561 ss., specie 572, e P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum: un nuovo atto (Osservazioni sparse su taluni problemi relativi all'uso dei criteri di ammissibilità delle richieste referendarie nelle sentenze del 1993, con particolare riguardo al controllo sulla <<razionale formulazione>> del quesito abrogativo)*, in *Giur. cost.*, 1993, 2259 ss., specie 2276 ss.

sistema di democrazia rappresentativa>><sup>28</sup>, mostrando così di condividere la pari ordinazione gerarchica tra *referendum* e legge<sup>29</sup> e l'assenza di ogni contrapposizione tra decisione popolare <<diretta>> e rappresentanza politica indiretta.<sup>30</sup>

L'approdo della Corte al giudizio di illegittimità è, però, dal punto di vista motivazionale, piuttosto sintetico, se non conciso, se si considera che la Costituzione nulla dice sul "seguito" legislativo del voto popolare<sup>31</sup> e che l'art.38 della legge di attuazione 25 maggio 1970, n.352, che vieta per cinque anni la riproponibilità delle richieste referendarie già respinte dal voto popolare, non può trovare applicazione in via analogica in quanto fattispecie del tutto diversa e, come tale, non paragonabile<sup>32</sup>.

In coerente sviluppo con quanto sancito dall'ordinanza n.9 del 1997, la Consulta riconosce, per il legislatore, il divieto di riprodurre le disposizioni abrogate, per non vanificare, eludendola, la volontà referendaria<sup>33</sup>, pena la violazione dell'art.75 della Costituzione.

La Corte sembra, quindi, raccogliere gli spunti suggeriti dalla dottrina<sup>34</sup>, che, fondando sugli artt.1 comma 2 e 75 della Costituzione un limite negativo, ritiene che la legge ordinaria non possa riprodurre le disposizioni già abrogate dal *referendum*, per non incorrere nel vizio di legittimità

---

<sup>28</sup> Punto 5.2.2. del *Cons. dir.*

<sup>29</sup> Così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, 854, nota 2; G. AZZARITI, *Referendum, leggi elettorali e Parlamento: la <<forza>> delle decisioni referendarie nei sistemi di democrazia rappresentativa*, in *Giur. cost.*, 1995, 88 ss.; V. ANGIOLINI, *Referendum, potere costituente e revisione costituzionale*, in *Jus*, 1996, n.3, 328.

<sup>30</sup> In senso conforme, M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., 31 ss. e 673 ss., nonché *Id.*, *Giuristi e referendum*, in *Dir. soc.*, 1978, 114 ss., e A. MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, 255 ss., nonché *Id.*, *Referendum <<manipolativo>> e vincolo al legislatore*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 449 ss. Sostengono una concezione integrativa e non conflittuale tra volontà parlamentare e volontà popolare anche T. E. FROSINI, *Forme di governo e partecipazione popolare*, II ed., Torino 2006, 50 ss., A. BALDASSARRE, *Il referendum abrogativo dopo la sentenza di ammissibilità*, in *Dem. e dir.*, n.1, 1978, 81 ss., e A. CARIOLA, *Referendum abrogativo e giudizio costituzionale*, Milano 1994. Più di recente, L. GENINATTI SATE', *Sulla (ri)produzione legislativa di norme abrogate mediante referendum*, in *Giur. cost.*, 2011, 3831 ss., part. 3838, osserva che <<Il problema si sposta dunque dall'alternativa fra supremazia della legge o della volontà popolare alle garanzie del corretto esercizio della funzione legislativa, soggetto all'onere di rispettare l'esito del *referendum* abrogativo come fonte di correzione e di completamento della legislazione>>.

<sup>31</sup> E. MALFATTI, S. PANIZZA e R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, III ed., Torino 2011, 290-292.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> In passato è già accaduto che la legislazione successiva al *referendum* sia apparsa in contrasto con il voto popolare. Si pensi, oltre alla legge sulla responsabilità civile dei magistrati di cui alla cit. sentenza n.468/1990 ed alla legge 2 gennaio 1997, n.2, sulla contribuzione volontaria ai partiti politici di cui all'ordinanza n.9/1997, alle note vicende del <<Ministero dell'agricoltura e delle foreste>>, che, abolito dal voto referendario del 18 aprile 1993, è stato sostanzialmente ricostituito con la legge 4 dicembre 1993, n.491, con il mutato nome di <<Ministero delle risorse agricole, alimentari e forestali>>, ed a quelle del Ministero del turismo e dello spettacolo, anch'esso abolito con lo stesso *referendum* del 18 aprile 1993, le cui funzioni sono state in gran parte attribuite alla Presidenza del Consiglio dei Ministri dalla legge 30 maggio 1995, n.203. V. , al riguardo, lo *Studio per la riforma del Ministero del turismo e spettacolo. Ricerca diretta da S. CASSESE e coordinata da G. DELLA CANANEA e G. VESPERINI*, Roma 1993, ove si sottolineava la necessità di non smantellare gli apparati centrali dello Stato a seguito dell'esito referendario (52-53 e 92 ss.).

<sup>34</sup> F. MODUGNO, *Richiesta di <<referendum>> abrogativo di <<leggi cornice>>*, in *Dir. soc.*, 1980, 189 ss., specie 215 ss.; M. RAVERAIRA, *Problemi di costituzionalità dell'abrogazione popolare*, cit., 77; G. AZZARITI, *Referendum*, cit., 95; S. P. PANUNZIO, *Chi è il <<custode>>...?*, cit., 1998; M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino 1997, 494 ss., specie 512.

costituzionale per violazione di tale combinato disposto, tramite l'assunzione della norma abrogativa referendaria quale <<norma interposta>><sup>35-36</sup>.

Infatti, il vincolo referendario, di natura giuridica e non soltanto politica<sup>37</sup>, si manifesta solo *in negativo*<sup>38</sup>, conservando comunque il legislatore, pur dopo l'esito positivo del *referendum*, <<il potere di intervenire nella materia oggetto di referendum senza limiti particolari che non siano quelli connessi al divieto di far rivivere la normativa abrogata>><sup>39</sup>.

In tal modo la Corte, nel bilanciare la permanente ed inesauribile potestà legislativa delle Camere con la garanzia dell'istituto del *referendum* abrogativo, ha inteso comunque riconoscere un doppio effetto alla volontà popolare abrogatrice, statuendo, da un lato, la cessazione di efficacia della norma abrogata e, dall'altro, il divieto di ripristino di tale norma<sup>40</sup>, da valere almeno fino a quando non <<si sia determinato, successivamente all'abrogazione, (alc)un mutamento (né) del quadro politico, (né) (oppure) delle circostanze di fatto>><sup>41</sup>.

Quel che resta vago nel *dictum* giudiziale della Corte è non solo la durata temporale del vincolo preclusivo, essendovi accordo in dottrina soltanto sull'impossibilità di cristallizzare *sine die* gli esiti referendari<sup>42</sup>, per non determinare un congelamento legislativo<sup>43</sup>, ma anche che cosa si intenda per mutamento del quadro politico e/o quali circostanze di fatto siano idonee a legittimare il legislatore a riprodurre la norma abrogata.

La dottrina al riguardo ha assunto le posizioni più diverse e variegate, traendone conseguenze a volte perfino opposte: vi è chi, ad esempio, si rifà ad un generico criterio temporale<sup>44</sup> o chi ritiene

---

<sup>35</sup> V., al riguardo, M. SICLARI, *Le <<norme interposte>> nel giudizio di costituzionalità*, cit., 105 ss.

<sup>36</sup> Per A. PACE, F. A. ROVERSI-MONACO e F. G. SCOCA, *Le conseguenze giuridiche*, cit., 3093, resta indiscutibile che <<qualora l'analogia con le disposizioni abrogate sia solamente marginale -nel senso cioè che le nuove disposizioni vengono ad inserirsi in un contesto normativo più ampio (con nuove giustificazioni e nuove finalità ovvero in relazione ad un mutato assetto di competenze e di procedure) -non potrebbero in nessun caso invocarsi limiti alla <<inesauribile>> potestà legislativa delle Camere>>.

<sup>37</sup> P. CARETTI e U. DE SIERVO, *Diritto costituzionale e pubblico*, Torino, 2012, 157. *Contra* R. PINARDI, *Brevi note*, cit., 2360 ss., T.F. GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" del referendum e i limiti al legislatore*, in AA.VV., *Le zone d'ombra della giustizia costituzionale*, cit., 307 ss., part. 325, e G. M. SALERNO, *Referendum abrogativo e partecipazione popolare*, in *Il Filangieri*, 2006, 102.

<sup>38</sup> In senso conforme G. AZZARITI, *Referendum*, cit., 90; M. VOLPI, *Referendum nel diritto costituzionale*, cit., 512; G. G. FLORIDIA, *Partita a tre. La disciplina elettorale tra Corte, referendum e legislatore*, in *Giur. cost.*, 1995, 114 ss.

<sup>39</sup> Punto 5.2.2. del *Cons. dir.*, che richiama le precedenti sentenze n.33 e 32 del 1993.

<sup>40</sup> G. FERRI, *Il divieto di ripristino*, cit., 66.

<sup>41</sup> Punto 5.2.2. del *Cons. dir.*

<sup>42</sup> G. G. FLORIDIA, *op. ult. cit.*, 112; P. CARNEVALE, *La Corte e il referendum*, cit., 2279; A. GIORGIS, *Leggi elettorali, referendum parziale e giudizio di ammissibilità*, in *Giur. it.*, 1993, 2204 ss., part. 2212.

<sup>43</sup> S. BARTOLE, *Dalla elaboratezza dei quesiti ai referendum manipolativi, e ritorno*, in AA.VV., *Il giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, cit., 95 ss., specie 101 ss.

<sup>44</sup> D. NOCILLA, *Popolo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XXXIV, Milano, 1985, 371, nota 186, secondo cui, se una legge riproduttiva delle norme abrogate con *referendum* viene emanata a breve distanza da quest'ultimo, il Capo dello Stato potrebbe procedere allo scioglimento delle Camere. Analogamente F. MODUGNO, *Abrogazione*, cit., 7, ed A. CARIOLA, *Il potere referendario in una democrazia incompiuta*, in AA.VV., *Elettori legislatori? Il problema dell'ammissibilità del quesito referendario elettorale*, a cura di R. BIN, Torino 1999, 62.

illecita la legge ripristinatoria che intervenga a situazione normativa immutata<sup>45</sup>, dovendo valere il vincolo referendario solo *rebus sic stantibus*<sup>46</sup>, chi, ancora, ritiene necessario il sopravvenire di una situazione politicamente nuova, derivante, come tale, dal rinnovo delle Camere, o, comunque, <<di una volontà diversa da quella dalla quale è derivata l'abrogazione>><sup>47</sup>, se non addirittura risultante da <<una nuova consultazione popolare dalla quale emerga con chiarezza un mutato avviso dell'elettorato>><sup>48</sup>, chi<sup>49</sup>, infine, si richiama alla nozione di abrogazione sufficiente a far dichiarare la cessazione delle operazioni referendarie ex art.39 della legge di attuazione n.352 del 1970, così come integrata dalla sentenza n.68 del 16 maggio 1978<sup>50</sup>.

Nella specie, i giudici costituzionali, nell'evidenziare il <<brevissimo lasso di tempo intercorso fra la pubblicazione dell'esito della consultazione referendaria e l'adozione della nuova normativa(23 giorni)>>, non essendosi peraltro <<verificato nessun mutamento idoneo a legittimare la reintroduzione della disciplina abrogata>><sup>51</sup>, sembrano trarre dall'elemento temporale e dalla carenza di ogni sopravvenuto mutamento solo ulteriori spunti per rafforzare il loro *decisum*.

In effetti, il divieto di riproduzione della normativa abrogata viene ancorato dalla Corte ad un criterio meno formale, secondo una nozione <<sostanziale>> già accolta dalla sentenza n.68 del 1978 in sede di interpretazione dell'art.39 della legge n.352 del 1970<sup>52</sup>, avendo l'art.4 della legge n.148 del 2011 introdotto una nuova disciplina della materia oggetto di *referendum* <<senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina normativa preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti>><sup>53</sup>: il tutto <<in palese contrasto>><sup>54</sup> con l'intento perseguito dagli elettori mediante il *referendum* abrogativo<sup>55</sup>.

Non a caso, quindi, attenta dottrina aveva sostenuto in via analogica che, come il legislatore, con il suo intervento preventivo al *referendum*, incontrava i limiti di cui all'art.39 l. n.352 del 1970, così un intervento del legislatore successivo alla votazione referendaria non poteva reintrodurre surrettiziamente la normativa abrogata tramite l'adozione di una nuova legge, che ricalcasse <<i

---

<sup>45</sup> A. RUGGERI, *Fonti, norme, criteri ordinatori. Lezioni*, Torino 1999, 103 ss., nonché A. RUGGERI e A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, IV ed., Torino 2009, 293.

<sup>46</sup> S. GALEOTTI, *Controlli costituzionali*, cit., 337.

<sup>47</sup> C. MORTATI, *Istituzioni*, cit., 854, nota 2; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 275; A. MANGIA, *Referendum*, cit., 317; A. MANZELLA, *Il Parlamento*, III ed., Bologna 2003, 102, secondo cui <<solo un "altro" parlamento avrebbe titolo per ripristinare la legge abrogata con referendum>>.

<sup>48</sup> M. SICLARI, *Le <<norme interposte>> nel giudizio di costituzionalità*, cit., 105 ss., nota 32.

<sup>49</sup> V. al riguardo A. BARBERA e A. MORRONE, *La Repubblica dei referendum*, Bologna 2003, 144, nonché P. VERONESI, *Voto referendario*, cit., 56 ss..

<sup>50</sup> In *Giur. cost.*, 1978, 580 ss., con note di V. CRISAFULLI, *A prima lettura*, di C. CHIOLA, *Il "trasferimento" del referendum: lo spunto per un'ipotesi evolutiva*, e di C. MEZZANOTTE, *Procedimento di referendum e innovazioni legislative sopravvenute*, rispettivamente 580 ss., 717 ss. e 729 ss.

<sup>51</sup> Punto 5.2.2. del *Cons. dir.*

<sup>52</sup> Anche M. LUCIANI, *Art. 75*, cit., ritiene che il divieto di riproduzione riguardi solo la legge che ripeta la <<sostanza>> di quella abrogata, restando ininfluente in ogni caso l'intento dei promotori del *referendum*.

<sup>53</sup> Punto 5.2.2. del *Cons. dir.*

<sup>54</sup> *Ivi*.

<sup>55</sup> V. BALDINI, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli 1996, 155 ss., nonché S. P. PANUNZIO, *Chi è il <<custode>>...?*, cit., 1996, richiamano <<il fine (ulteriore rispetto alla pura e semplice abrogazione) intrinseco al quesito ed all'atto abrogativo, ovvero (a) i principi ispiratori della volontà referendaria, vincolanti il legislatore>> (*ult. op. cit.*).



principi ispiratori>> oppure riproponesse <<i contenuti normativi essenziali>> della vecchia disciplina<sup>56</sup>:e ciò per non incorrere in una censura di incostituzionalità della legge sopravveniente.

4. Nel merito,il percorso logico-motivazionale dei giudici costituzionali, muovendo da tali presupposti, non poteva che concludersi con la declaratoria di illegittimità costituzionale, per contrasto con l'art.75 Cost., dell'art.4 del decreto legge 13 agosto 2011, n.138, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 settembre 2011,n.148<sup>57</sup>.

Con tale norma,infatti, il legislatore aveva ripristinato,ad esclusione del servizio idrico integrato, la normativa abrogata dal *referendum*,introducendo una disciplina che ne riproduceva non solo i principi ispiratori (privatizzazione dei servizi pubblici locali ed opzione pro concorrenziale più restrittiva rispetto a quella comunitaria), ma ne riprendeva finanche le modalità attuative(scadenza degli affidamenti,gara a data certa per la gestione dei servizi pubblici locali), ripetendo, a volte in forma pressoché testuale, il

---

<sup>56</sup> Così R. PINARDI,*Brevi note*,cit., 2355;F. MODUGNO, *Richiesta di <<referendum>> abrogativo di <<leggi cornice>>*,in *Dir. soc.*, 1980, 189 ss., part. 217-218,secondo cui <<la sostanza del quesito è insomma rappresentato dal significato complessivo della normativa su cui verte la richiesta e non dalla vigenza puntualmente individuata di atti e di disposizioni>>; v. altresì *Id.*,*Abrogazione*,cit.,7;P. CARNEVALE,*La Corte e il referendum*,cit., 2276 ss.;G. RAZZANO,*L'esito referendario ed il vincolo per il legislatore*,in F. MODUGNO(a cura di),*Trasformazioni della funzione legislativa*,vol. I, Milano 1999,167. Isolata la posizione di E. BETTINELLI,*Referendum abrogativo e riserva di sovranità:a proposito dell'art.39 della l.25 maggio 1970, n.352*,in *Scritti in onore di C. Mortati*,Milano 1977, III,spec.132 ss.,secondo cui, a partire dall'accertamento di regolarità della Cassazione, la richiesta referendaria provocherebbe l'effetto di impedire alle Camere di deliberare in qualsiasi modo l'abrogazione dell'atto legislativo sottoposto al giudizio popolare.

<sup>57</sup> Per i commenti su tale normativa, *ex multis*, , A. LUCARELLI, *Primissime considerazioni a margine degli artt.4 e 5 decreto legge n.138 del 13 agosto 2011 e relativo impatto sui servizi pubblici locali*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) ;G. CARUSO, *Sui servizi pubblici locali scatta la liberalizzazione*, in *Guida al dir.*, n.35, 2011, 36 ss.; G. GUZZO, *I spl di rilevanza economica dopo il restyling del d.l. n.138/2011:"nuove" regole e vecchie questioni*, in [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it); C. RAPICAVOLI, *L'affidamento dei servizi pubblici locali. La manovra estiva -decreto legge 13 agosto 2011, n.138*,ivi; F. SCURA, *La "nuova" disciplina dei servizi pubblici locali nella "manovra di Ferragosto"*, in [www.dirittodeiservizipubblici.it](http://www.dirittodeiservizipubblici.it); M. Lombardo, *La governance delle società a controllo pubblico:riflessioni a margine della nuova disciplina normativa dei servizi pubblici locali*,ivi; S. STAIANO, *I servizi pubblici locali nel decreto legge n.138 del 2011 .Esigenze di stabile regolazione e conflitto ideologico immaginario*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it) .;C. VIVANI,*La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica:si definisce il quadro della riforma del governo Monti*, in *Urb. e app.*,n.5,2012, nonché *Id.*,*La nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica:la concorrenza tra liberalizzazioni e diritti di esclusiva*, ivi,n.1, 2012, 39 ss.;C. VOLPE,*Appalti pubblici e servizi pubblici. Dall'art.23 bis al decreto legge manovra di agosto 2011 attraverso il referendum:l'attuale quadro normativo*,in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) ,10,2011;G. PIPERATA,*Il cammino lento e incerto dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*,in *Munus*,2011, 33 ss.

contenuto dispositivo meno favorevole delle norme di cui all'art.23 *bis* del decreto legge n.112 del 2008 e succ. mod. e del relativo regolamento ex D.P.R.7 settembre 2010,n.168<sup>58</sup>.

Se la *ratio* dell'art.23 *bis* era identificabile nel *favor* verso lo strumento della gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali e nei limiti posti all'affidamento *in house*, l'intento referendario era stato proprio quello di <<escludere l'applicazione delle norme, contenute nell'art.23 *bis*, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica(ivi compreso il servizio idrico)>><sup>59</sup>,onde consentire l'applicazione diretta della disciplina comunitaria:il tutto così come precisato dalla sentenza della stessa Corte n.24 del 26 gennaio 2011.

In altri termini, l'art.23 *bis* costituiva una disposizione che << un intervento normativo successivo all'abrogazione in via referendaria >> <sup>60</sup>non poteva riprodurre senza la previa verifica della sua compatibilità con quanto emerso dalla volontà popolare<sup>61</sup> e che, invece, era stata sostanzialmente "restaurata" e reimposta dall'art.4 del decreto legge 13 agosto 2011, n.138,confermando un sistema che promuoveva la concorrenza ed obbligava a ridurre il monopolio pubblico,senza tenere in alcun conto l'esito referendario e l'impianto comunitario.

La norma censurata, quindi, escludendo in concreto la gestione *in house*<sup>62</sup>,consentita invece a livello comunitario nel rispetto dei soli requisiti comunitari del capitale interamente pubblico, del controllo analogo e dell'attività prevalente<sup>63</sup>, vanificava l'intento, sotteso al quesito referendario, di far rivivere la

---

<sup>58</sup> I primi sette commi dell'art.4 del decreto legge n.138 del 2011 coincidono con l'art.2 del D.P.R. n.168 del 2010 recante il regolamento attuativo dell'art.23*bis*, i commi 8 e 9 dell'art.4 coincidono con l'art.3, comma 2, dello stesso regolamento, mentre i commi 11 e 12 dell'art.4 riproducono letteralmente gli artt.3 e 4 del regolamento.

<sup>59</sup> Punto 5.2 del *Cons. dir.* della sentenza 26 gennaio 2011, n.24, in *Giur. cost.*,2011,247 ss., con nota di A. LUCARELLI,*I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico europeo dell'economia*,che ha dichiarato ammissibile il quesito referendario volto all'abrogazione dell'art.23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n.112, e succ. mod. n.24 del 2011.

<sup>60</sup> Così si legge nel ricorso della Regione Puglia, a pag.17.

<sup>61</sup> D'altronde, la stessa Commissione Affari Costituzionali del Senato, chiamata a pronunciarsi in data 24 agosto 2011 sul testo del disegno di legge della c.d. manovra aggiuntiva, aveva espresso un parere non ostativo <<a condizione che, salvo contrasto insanabile con norme costituzionali, siano in ogni caso riformulate le seguenti disposizioni:(...) l'articolo 4, che introduce disposizioni volte a liberalizzare i servizi pubblici locali di rilevanza economica, al fine di creare le condizioni per l'apertura al mercato:appare necessaria, al fine di evitare possibili censure di incostituzionalità e perché sia assicurato il pieno rispetto della volontà popolare, un'attenta verifica della compatibilità di tale nuova disciplina con gli effetti abrogativi prodotti da due di quattro referendum popolari del 12 e 13 giugno 2011 relativi, rispettivamente, alle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e alla determinazione della tariffa del servizio idrico integrato in base all'adeguata remunerazione del capitale investito>>.

<sup>62</sup> V.,ad esempio,l'art.4, comma 13, del decreto legge n.138 del 2011, come modificato dall'art.9, comma 2,lett. d),legge 12 novembre 2011, n.183, e, successivamente, dall'art.25, comma 1, lett .b),n.5, del decreto legge 24 gennaio 2012,n.1,convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n.27,che prevedeva per gli affidamenti diretti una soglia massima di euro 200.000,00 annui,vietando il frazionamento del medesimo servizio. Nella sentenza in esame la Corte costituzionale fa riferimento anche alla previsione della prevalenza della normativa in questione sulle discipline di settore(art.4, comma 34, decreto legge n.138), al parere obbligatorio dell'AGCM "*in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva*" ad un singolo operatore scelto a seguito di gara(art.4, comma 3), al potere sostitutivo del governo in caso di inottemperanza alle disposizioni in oggetto ai sensi dell'art.120 Cost. e dell'art.8 della legge 5 giugno 2003, n.131(art.4, comma 32-*bis*).

<sup>63</sup> La giurisprudenza comunitaria, in assenza di uno specifico quadro normativo, ha svolto opera di supplenza,definendo le modalità consentite per l'affidamento diretto dei servizi pubblici locali *in house providing*, in deroga, cioè, alle gare con procedure ad evidenza pubblica. Trattasi, quindi, di un istituto di origine pretoria, introdotto dalla Corte di giustizia europea per consentire tale forma di gestione laddove manchi una sostanziale terzietà tra la P.A. e il soggetto affidatario, e, come tale, istituto soggetto ad una stratificazione del *case by case*, necessariamente ondivaga e frammentaria. A partire da Corte giust.18 novembre 1999, causa C-107/1998, nota come

meno restrittiva disciplina comunitaria, in modo da rendere perfettamente equivalenti le diverse modalità di affidamento dei servizi pubblici locali (gara, società mista, *in house providing*) in ossequio alle stesse indicazioni comunitarie.

Con il rilievo assorbente che l'art.4 scrutinato non solo riproduceva formalmente numerose disposizioni dell'omologo art.23 *bis*, ma mutuava anche la medesima *ratio* della normativa abrogata tramite il referendum, accentuando, anzi, <<la drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti diretti dei servizi pubblici locali che la consultazione referendaria aveva inteso escludere>><sup>64</sup>.

Peraltro, la dottrina<sup>65</sup> aveva da tempo segnalato che la norma scrutinata riproduceva finanche una disposizione, quale, ad esempio, il comma 14 dell'art.4 del decreto legge n.138 del 2011, che ripeteva il

---

l'eccezione *Teckal*, reperibile come le successive in [www.eur-lex.europa.eu](http://www.eur-lex.europa.eu), la Corte del Lussemburgo ha fissato i requisiti minimi dell'*in house providing* nella partecipazione pubblica totalitaria, nel controllo analogo e nella prevalenza dell'attività dell'affidatario con l'ente (o gli enti) di controllo.

V. altresì Corte giust. 11 gennaio 2005, causa -26/2003 (*Stadt Halle*), ove si esclude la derogabilità dell'evidenza pubblica per la ricorrenza del fenomeno dell'*in house* quando nella società affidataria vi sia la partecipazione di un soggetto privato; 21 luglio 2005, causa C-231/2003 (*Coname*), che esclude la sussistenza del controllo analogo laddove l'ente affidante disponga nella società affidataria di una partecipazione di assoluta minoranza; 13 ottobre 2005, causa C-458/2003 (*Parking Brixen*), che esclude il controllo analogo in relazione ad una società interamente pubblica, il cui consiglio di amministrazione disponeva di un rilevante margine di autonomia, tale da sottrarsi ad ogni influenza determinante degli obiettivi strategici e delle decisioni importanti; 10 novembre 2005, causa C-29/2004 (*Mödling*), che esclude l'affidamento diretto *in house*, allorché lo statuto renda possibile la cessione di quote del capitale sociale a privati nel corso della gestione del servizio; 11 maggio 2006, causa C-340/2004 (*Carbotermo*), che giustifica la deroga alle regole europee dell'evidenza pubblica solo in presenza di controlli più penetranti rispetto a quelli previsti dal codice civile; 13 novembre 2008, causa C-324/2007 (*Coditel Brabant*), che rinviene il requisito del controllo analogo anche nell'ipotesi in cui il concessionario di pubblici servizi sia costituito da una cooperativa intercomunale, i cui soci siano i comuni concedenti, purché le decisioni siano assunte da organi statutari composti esclusivamente dai rappresentanti degli stessi comuni. V., però, nel senso di una maggiore flessibilità della nozione, Corte giust. 17 luglio 2008, causa C-371/2005 (*Commissione c/Repubblica italiana*), che ritiene sussistere il requisito del controllo analogo, anche se, al momento della stipula della convenzione, al capitale della società *in house* partecipavano due organismi di diritto privato, seppur costituenti imprese comunali, nonché Corte giust. 9 giugno 2009, causa C-480/2006 (*Commissione c/Repubblica federale di Germania*), che ha ammesso l'affidamento diretto di contratti relativi alla gestione dei rifiuti anche in caso di accordi non istituzionali, ma meramente contrattuali tra enti locali, e quindi in assenza di un rigoroso controllo analogo. Con tale decisione la Corte del Lussemburgo ha affermato che le autorità pubbliche possono adempiere i loro compiti senza essere obbligate a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi: e ciò anche in collaborazione con altre autorità pubbliche.

V., infine, Corte giust. 10 settembre 2009, causa C-573/2007 (*Sea s.r.l.*), con nota di C. VOLPE, *La Corte di giustizia continua la rifinitura dell'in house providing. Ma il diritto interno va in controtendenza*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), e di M. GIORGIO, *L'in house pluripartecipato: nuovo modello societario o apparato amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1269 ss.. Per una sintesi della giurisprudenza v. D. U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2007, 50 ss., ove evidenzia gli abusi dell'*in house* e, se si vuole, E. FURNO, *Modelli di gestione e soggetti strumentali dei comuni*, in *Governo e gestione dei rifiuti. Idee, percorsi, proposte* (a cura di A. LUCARELLI e A. PIEROBON), Napoli 2009, 114 ss.

<sup>64</sup> Punto 5.2.1 del *Cons. dir.*

<sup>65</sup> I. RIZZO, *I servizi pubblici dopo il D.L. 138/2011*, in *Urb. e app.*, n.12, 2011, 1398 ss., part. 1400; M. RUOTOLO, *Non "ce la chiede l'Europa" e non "la vogliono i cittadini". Brevi note sulla privatizzazione dei servizi pubblici locali*, in [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), n.2, 2012, e, se si vuole, 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 *Rass. dir. pubbl. eur.*, n.1, 2012, part. par.6, nonché, sul successivo decreto sulle liberalizzazioni, *Id.*, *Il decreto liberalizzazioni ed i nuovi vincoli per le autonomie territoriali: le aziende speciali ed il patto di stabilità*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n.2, 2012. Anche M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n.3, 2012, prefigurava la questione della compatibilità costituzionale di una scelta in contrasto con la volontà referendaria abrogativa delle disposizioni pro-concorrenziali contenute nell'art.23 *bis* e nel relativo regolamento di attuazione, non ritenendo possibile

comma 10, lettera a), dell'art.23 *bis* del decreto legge n.112 del 2008, già dichiarato illegittimo con la sentenza n.325 del 17 novembre 2010 dalla stessa Corte<sup>66</sup>,che aveva ritenuto incostituzionale l'assoggettamento al patto di stabilità interno in quanto attinente alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente e non esclusiva dello Stato<sup>67</sup>.

Né a salvare la norma scrutinata dalle censure di incostituzionalità potevano valere <<le poche novità introdotte dall'art.4>>, le quali, anzi, accentuavano la drastica riduzione(*rectius*,l'impossibilità in concreto se non per i c.d. servizi innominati) delle ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali, prevedendo vincoli ancora più stringenti, e/o la sottrazione, dall'ambito di applicazione della stessa disposizione, del servizio idrico integrato,trattandosi per la restante parte di sostanziale(e non solo formale)riproduzione della disciplina già abrogata in via referendaria.

Tenuto,infatti, conto che l'intento abrogativo referendario riguardava"pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica"<sup>68</sup>, l'esclusione del solo servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali non risultava evidentemente soddisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare.

Da ciò la consequenziale declaratoria di illegittimità costituzionale dell'intera norma!

In conclusione, anche a non voler ritenere il ricorso al mercato e la gestione diretta modelli organizzativi dei servizi pubblici locali aventi pari dignità, così come affermato dalla giurisprudenza costituzionale e comunitaria<sup>69</sup>, non si può non osservare come le continue e reiterate modifiche delle normative da parte del legislatore, da un lato, e l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria sull'affidamento *in house*, unita

---

<<giustificare con l'emergenza, la riproduzione e l'aggravio di misure già rifiutate dal corpo elettorale e già valutate "non comunitariamente necessarie" dalla Corte costituzionale.

<sup>66</sup> Con la nota sentenza 17 novembre 2010, n.325, la Corte costituzionale ha accolto le censure regionali avverso l'art.23 *bis* del d.l. n.112 del 2008 e succ. mod. *in parte qua*, atteso che l'assoggettamento al patto di stabilità , attenendo alla materia del coordinamento della finanza pubblica, di competenza legislativa concorrente, non consente l'esercizio di potestà regolamentare statale. V. la sentenza n.325 del 2010 in *Giur. cost.*,2010,4501 ss., con note di A. LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali:linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, e di P. SABBIONI,*La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SIEG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*,ivi , rispettivamente 4645 e 4654.

<sup>67</sup> Conformi Corte cost. n.284/2009,n.239/07 e n.267/06.

<sup>68</sup> Punto 5.2.1 del *Cons. dir.*, che richiama la sentenza n.24 del 2011.

<sup>69</sup> L'affidamento *in house* è stato definito da Corte cost. 26 gennaio 2011, n.24, come <<una peculiare forma di gestione diretta del servizio da parte dell'ente pubblico,affidata senza gara pubblica>>(punto n.4.1 della motivazione). V. anche Corte giust. 22 dicembre 2010, causa C-215/2009( *Mehilainen Oy c/Oulun Kaupunki* ),secondo cui <<un'autorità pubblica può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti senza essere obbligata a far ricorso ad enti esterni(...), può farlo altresì in collaborazione con altre autorità pubbliche(...)(cioè)è libera di esercitare in proprio un'attività economica o di affidarla a terzi, ad esempio, ad entità a capitale misto costituite nell'ambito di un partenariato pubblico -privato>>(punto 31).

alle prese di posizione della Corte costituzionale, abbiano reso il quadro dei servizi pubblici locali sempre più incerto ed instabile, secondo una felice ed ormai ventennale definizione di Fabio Merusi<sup>70</sup>.

Resta sullo sfondo il dato che <<in uno Stato di diritto la soluzione dei problemi non passa mai per la violazione delle regole e della volontà espressa dagli elettori>><sup>71</sup>, così come condivisibilmente sottolineato dalla sentenza in esame. Infatti, al di là del tentativo del legislatore di comprimere oltre misura l'istituto dell'*in house providing*<sup>72</sup>, occorre ricordare come tale modello gestionale, in uno alla concessione a terzi ed al partenariato pubblico-privato<sup>73</sup>, conservi tuttora integra la sua validità, ferma restando la necessità per le pubbliche amministrazioni di optare per il modello (ritenuto) più idoneo e confacente alle pubbliche esigenze.

La riscrittura delle regole torna ora di nuovo al legislatore, che, nel colmare il vuoto lasciato dalla Corte costituzionale, dovrà tenere conto dei nuovi scenari, per riconsiderare i servizi pubblici locali in un'ottica più equilibrata<sup>74</sup> e rispettosa della volontà popolare, senza forzare oltre modo la via delle intraprese liberalizzazioni, onde ridare certezza e chiarezza ad una materia da oltre dieci anni<sup>75</sup> tormentata e controversa<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> F. MERUSI, *Servizi pubblici instabili*, Bologna 1990, 37 ss..

<sup>71</sup> H. BONURA, *I servizi pubblici locali e le forme di gestione alla luce dell'esito referendario*, in *Id.*, *I servizi pubblici locali nell'era delle liberalizzazioni, tra regime delle attività e forme di gestione*, Torino, 2011, 287 ss., specie 303.

<sup>72</sup> A. ARGENTATI, *La riforma dei servizi pubblici locali, il parere dell'AGCM sulle delibere-quadro e la sentenza n.199/2012 della Corte costituzionale: tanto rumore per nulla?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 26 settembre 2012, coglie in un *obiter dictum* della sentenza n.199 del 2012 un giudizio negativo della Corte sulla difformità della disciplina nazionale dell'*in house* <<rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria che consente, anche se non impone (sentenza n.325 del 2010), la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale, allorché l'applicazione delle regole di concorrenza ostacoli, in diritto o in fatto, la "speciale missione" dell'ente pubblico (art.106 TFUE)>>(v. punto 5.2.1 del *Cons. dir.*).

<sup>73</sup> Su cui, da ultimo, F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino 2011, a cui sia consentito rinviare per ulteriori riferimenti.

<sup>74</sup> G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giorn. dir. amm.*, n.1, 2012, 23 ss., specie 27, ove, in attesa della decisione della Consulta, prefigurava, nell'ipotesi di declaratoria di incostituzionalità dell'art.4 del decreto legge n.138 del 2011, la ricerca da parte del legislatore di nuovi equilibri tra concorrenza e monopolio, tra pubblico e privato.

<sup>75</sup> A partire, quanto meno, dall'art.35 della legge 28 dicembre 2001, n.448, che, abrogando l'art.112, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n.267, non considera più il servizio pubblico quale attività economica sottratta al mercato e supera il precedente regime di riserva. Al riguardo G. DI GASPARE, *Servizi pubblici locali in trasformazione*, II ed., Milano 2010, 54 ss. Per G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova 2001, 237 ss., l'inizio della trasformazione del regime tradizionale dei servizi pubblici coincide con l'inizio degli anni novanta, a partire dalla legge n.142 del 1990, il cui art.22, comma 3, poi trasfuso nell'art.113, comma 5, del testo unico n.267 del 2000, prevedeva cinque diverse forme di gestione dei servizi pubblici locali (diretta in economia, concessione a terzi, azienda speciale, l'istituzione e la società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente partecipazione pubblica locale).

<sup>76</sup> Da ultimo, occorre, però, segnalare che l'art.4, comma 8, del decreto legge 6 luglio 2012, n.95 (il c.d. decreto sulla *spending review*), convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n.135, sancisce che dal primo gennaio 2014 l'affidamento diretto possa avvenire solo a favore di società a capitale interamente pubblico, nel rispetto dei requisiti richiesti dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitaria per la gestione *in house*, a condizione che il valore economico del servizio o dei beni oggetto dell'affidamento sia complessivamente pari o inferiore ad euro 200.000,00 annui, fatti salvi gli affidamenti in essere fino alla scadenza naturale e comunque fino al 31 dicembre 2014. Sarebbe, quindi, che la declaratoria di illegittimità costituzionale della riforma dei servizi pubblici locali a seguito della sentenza commentata abbia spinto il legislatore a trovare una soluzione di carattere generale, stabilendo laconicamente il divieto di affidamento diretto se non alle sopraindicate condizioni (v. C. D'ARIES, *In house al canto del cigno*, in *Italia oggi*, 24 agosto 2012). V. altresì le critiche di A. LUCARELLI, *Brevi note in merito alla sentenza della Corte costituzionale n.199/2012*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 25 settembre 2012.

