

Il ripristino della disciplina abrogata con referendum: il caso dei servizi pubblici locali di rilevanza economica

di Paolo Sabbioni*
(18 ottobre 2011)

1. Stabilizzazione finanziaria e liberalizzazioni: di nuovo residuale la gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, fatto salvo il solo servizio idrico. Il decreto legge n. 138 dello scorso 13 agosto, di adozione di ulteriori misure urgenti per far fronte alle conseguenze sui mercati finanziari del nostro debito pubblico e dei rischi connessi alla correlativa solvibilità, come modificato dalla legge di conversione n. 148 del 14 settembre, all'art. 4 ha dettato disposizioni rubricate come "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea". In realtà si tratta di disposizioni che riproducono in larga misura quelle già contenute nell'art. 23-bis del d.l. 112 del 2008 e s.m.i.¹, che sono state oggetto del referendum ex art. 75 Cost. celebrato lo scorso mese di giugno ed il cui esito abrogativo è stato dichiarato con il d.P.R. n. 113 del 18 luglio. Si ricorderà che il citato art. 23-bis conteneva misure di liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, con esclusione soltanto dei servizi dell'energia elettrica e del gas (la cui disciplina di derivazione comunitaria è comunque improntata a concorrenza), nonché delle farmacie comunali e del trasporto ferroviario regionale. Le misure di liberalizzazione si sostanziavano nella marginalizzazione del modello dell'*housing providing*² e

¹ Convertito dalla l. n. 133 del 2008, poi modificato dall'art. 30, comma 26 della l. n. 99/2009 e dall'art. 15 del d.l. n. 166 del 2009, convertito con modificazioni dalla l. n. 166 del 2010 e successivamente fatto oggetto della sentenza della Corte cost. n. 325 del 2010.

² Sul modello dell'*housing providing* esiste ormai una vasta letteratura, della quale si segnalano, in particolare: SCOTTI, *Organizzazione pubblica e mercato: società miste, in house providing e partenariato pubblico privato*, in *Dir. amm.*, 2005, 915 ss.; CAVALLO PERIN, CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 ss.; GALETTA, *Forme di*

nell'introduzione di vincoli all'utilizzo delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. La marginalizzazione del modello dell'*housing providing* era ottenuta ammettendone l'utilizzo 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", la congruità della cui valutazione era sottoposta al parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato³, salvo che per i servizi pubblici locali di dimensioni modeste, che il regolamento approvato con d.P.R. n. 168 del 2010 ha fissato in un valore economico inferiore ai 200.000 euro annui. Per le società miste era invece stabilita al 40% la partecipazione minima al capitale sociale dei privati, scelti comunque mediante gara diretta ad attestarne anche le capacità operative⁴. Sempre nella prospettiva della liberalizzazione dei

gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 2007, 17 ss.; PALOTTA, *Servizi pubblici locali: affidamenti in house e società miste nella più recente giurisprudenza*, ead. loc., 2008, 191 ss.; PRETO, BALDINATO, *Il concetto di in house providing: recenti evoluzioni sul piano comunitario e prospettive nel diritto nazionale italiano*, in *Contr. e impr./Europa*, 2009, 345 ss.

³ Un esame dei pareri dell'AGCM al riguardo rende evidente come l'Autorità abbia sempre preteso la dimostrazione puntuale della sussistenza delle condizioni che non permettono un efficace e utile ricorso al mercato per l'affidamento del servizio, non essendo ritenute sufficienti le motivazioni impiegate sulla bontà dell'offerta rispetto a quelle praticate in altri territori (parere del 14.05.09 alla Comunità Montana di Longarone Cadore Zoldo; parere dell'1.07.09 ai Comuni di Brembate, Ponte San Pietro e Presezzo; parere del 9.07.09 al Comune di Arconate; parere del 22.07.09 al Comune di Calcio; parere del 29.07.09 al Comune di Montichiari; pareri del 3.09.09 ai Comuni di Canale Monterano e Montecompatri), o sull'assenza di operatori che offrano di gestire il servizio nella sua interezza (parere al Comune di Luzzi del 28.05.09). In tutti i casi citati, l'AGCM si è pertanto espressa con parere negativo sull'affidamento diretto, pur lasciando impregiudicata la possibilità per i Comuni richiedenti di dimostrare, con indagini puntuali, l'incidenza delle condizioni peculiari che non avrebbero permesso un efficace e utile ricorso al mercato.

⁴ Si tratta di una specificazione che trae origine da una disputa giurisprudenziale tra chi riteneva che la gara per la scelta del socio privato fosse sufficiente ai fini dell'affidamento diretto del servizio alla società mista (e che quindi la gara per la scelta del socio privato sostituisse quella per l'affidamento del servizio) e chi invece sosteneva la necessità di una duplice gara, per la scelta del socio privato e per l'affidamento del servizio (cfr., in tal senso, Cons. Giust. Amm. 27.10.2006, n. 589). La questione, che è stata presa in esame anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 1 del 3 marzo 2008), aveva condotto la sez. II del Consiglio di Stato, in sede consultiva, ad esprimere un parere (18.04.07, n. 456) di orientamento

servizi pubblici locali di rilevanza economica, l'art. 23-bis disponeva l'incompatibilità tra l'essere beneficiari di affidamenti diretti e la gestione diretta o indiretta di altri servizi o in ambiti territoriali diversi. L'art. 23-bis rinviava poi ad apposito regolamento l'adozione di ulteriori misure di riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, quali la previsione della separazione tra le funzioni di regolazione e quelle di gestione di detti servizi, la riduzione delle ipotesi di loro gestione in regime di esclusiva (in vista di una concorrenza nel mercato e non soltanto per il mercato), l'applicabilità del codice dei contratti per l'acquisto di beni e servizi e della disciplina per il reclutamento del personale alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche da parte delle società miste e *in house*. Portata al vaglio della Corte costituzionale, la citata disciplina di liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non è stata ritenuta imposta dall'Unione europea, dove sono pure ammesse le gestioni pubbliche dirette e l'*housing providing*, ma comunque legittima poiché sarebbe in facoltà dello Stato di disporre discipline ancora più improntate a concorrenza⁵. L'art. 4 del d.l. 138 del 13 agosto

intermedio tra i due innanzi citati, secondo cui la scelta del socio privato operativo (e non finanziario) deve essere effettuata mediante una gara che abbia ad oggetto non solo la qualità di socio, ma anche l'attribuzione dei compiti operativi. Tale orientamento è risultato poi seguito anche dalla CGCE, la quale, con la sentenza 15.10.2009, Acoset S.p.A. c. Conferenza ATO Idrico Ragusa, causa C-196/08, ha affermato che "gli artt. 43 CE, 49 CE e 86 CE non ostano all'affidamento diretto di un servizio pubblico che preveda l'esecuzione preventiva di determinati lavori, come quello di cui trattasi nella causa principale, a una società a capitale misto, pubblico e privato, costituita specificamente al fine della fornitura di detto servizio e con oggetto sociale esclusivo, nella quale il socio privato sia selezionato mediante una procedura ad evidenza pubblica, previa verifica dei requisiti finanziari, tecnici, operativi e di gestione riferiti al servizio da svolgere e delle caratteristiche dell'offerta in considerazione delle prestazioni da fornire, a condizione che detta procedura di gara rispetti i principi di libera concorrenza, di trasparenza e di parità di trattamento imposti dal Trattato per le concessioni". Ciò significa che la gara deve specificare anche l'apporto operativo che il socio privato deve offrire per la gestione del servizio e il limite di tempo del partenariato pubblico privato, alla scadenza del quale si dovrà procedere con una nuova gara.

⁵ Corte costituzionale, 17 novembre 2010, n. 325, in *Giur. Cost.* 2010 con note di LUCARELLI, *La Corte costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giur. Cost.*, 2010, 4645 ss.; e di SABBIONI, *La Corte equipara SPL di rilevanza economica e SEIG, ma ammette soltanto tutele più rigorose della concorrenza*, *ivi*, 4654 ss.

scorso riproduce in larga misura la disciplina contenuta nell'art. 23-bis e nel d.P.R. n. 168 del 2010. Uguale ed anzi più dettagliato e rigoroso è l'obbligo fatto agli enti locali di verificare la realizzabilità della gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, evitando dunque l'attribuzione di diritti esclusivi. Analogo è il regime conseguente alla valutazione circa la necessità di attribuire diritti esclusivi: la gestione del servizio deve essere affidata mediante gara, salvo gli affidamenti diretti alle società *in house*, ammessi solo se il valore economico del servizio è inferiore a 900.000 euro annui, e gli affidamenti alle società miste il cui socio privato, scelto mediante gara diretta ad attestarne anche le capacità operative, detenga almeno il 40% del capitale sociale. E' ben vero che l'art. 23-bis consentiva gli affidamenti *in house* soltanto in presenza di situazioni eccezionali che non permettevano il ricorso alla concorrenza per il mercato, secondo una valutazione da sottoporre all'AGCM, mentre l'art. 4 del d.l. n. 138 ammette comunque sempre gli affidamenti diretti a società *in house* quando siano pari o inferiori ai 900.000 euro annui. Tuttavia si tratta pur sempre di disciplina che, al pari di quella contenuta nell'art. 23-bis, mira a marginalizzare *l'housing providing*, imponendo un tetto particolarmente esiguo (della cui entità non esiste peraltro ragione alcuna) agli affidamenti diretti in favore di società *in house*. Uguali o del tutto analoghe sono poi le disposizioni circa l'incompatibilità tra gli affidamenti diretti e la gestione di altri servizi o in ambiti territoriali diversi, come pure quelle, per l'innanzi contenute nel d.P.R. n. 168 del 2010, circa l'incompatibilità tra le funzioni di regolazione e quelle di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, nonché l'applicabilità del codice dei contratti per l'acquisto di beni e servizi e della disciplina per il reclutamento del personale alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche da parte delle società miste e *in house*. Limitate e del tutto marginali rispetto al quadro innanzi evidenziato sono state le modificazioni apportate dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, di conversione del d.l. n. 138, che quindi ha confermato il ripristino della disciplina di liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, fatto salvo il solo servizio idrico.

2. La nuova disciplina contraddice il risultato del referendum abrogativo appena celebrato. Come detto la nuova disciplina relativa alla gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica appare ripristinatoria – senz’altro sotto il profilo sostanziale, ma in gran parte anche sotto il profilo formale – della disciplina fatta oggetto di referendum abrogativo. Eppure la rubrica dell’art. 4 del d.l. n. 138 espressamente reca “Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare” (oltre che “alla normativa dell’Unione europea”). Con ciò il Governo ha sicuramente inteso riferirsi all’esclusione dell’applicabilità della disciplina di liberalizzazione al servizio idrico integrato, a cui si applicano soltanto le disposizioni di cui ai c. 19-27 (sulla distinzione tra compiti regolazione e di gestione), ma non anche quelle che marginalizzano le gestioni *in house* o impongono il limite minimo del 40% alle partecipazioni dei privati alle società miste. E l’esclusione del servizio idrico dalla disciplina di liberalizzazione dei servizi pubblici locali muove dal presupposto che il referendum abrogativo abbia avuto ad oggetto esclusivamente l’obbligatorietà della gestione privata del servizio idrico, ciò che in effetti nella propaganda referendaria ha costituito lo slogan per attrarre al voto – e ad un voto favorevole al quesito referendario – gli elettori. Del resto così si è espressa anche l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che nella segnalazione del 26 agosto scorso, avente ad oggetto il disegno di legge di conversione del d.l. n. 138, ha affermato che l’art. 4 del d.l. “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*”. Sennonché dalla sentenza della Corte costituzionale 26 gennaio 2011, n. 24, che ha dichiarato ammissibile il referendum abrogativo avente ad oggetto l’art. 23-bis, risulta pacificamente che il quesito referendario non mirava soltanto all’abrogazione della disciplina di liberalizzazione della gestione del servizio idrico, bensì di tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica a cui l’art. 23-bis si riferiva. Se, infatti, già l’Ufficio centrale aveva attribuito al quesito come titolo “Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione”, la citata sentenza della Corte costituzionale, a sua volta, ha affermato che il quesito riguardava “la disciplina generale delle

modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tra i quali rientra il servizio idrico integrato”, cioè l’intero art. 23-bis (punto 4.1 delle considerazioni in diritto). Anzi, a fronte dell’argomento sostenuto dalla difesa della Presidenza del Consiglio, secondo cui il quesito referendario esteso all’intero art. 23-bis ne rivelava la disomogeneità perché avente ad oggetto “l’affidamento di svariati e complessi servizi, rispetto a ciascuno dei quali ‘ben diversa potrebbe essere (ed è) la sensibilità popolare (e quindi la sua risposta al referendum)”, la citata sentenza della Corte costituzionale ha invece opposto che “L’astratta riconducibilità alla previsione dell’art. 23-bis di un’indefinita pluralità di servizi pubblici locali di rilevanza economica non è di ostacolo” alla conclusione circa l’omogeneità del quesito referendario, “perché non esclude la sottolineata unitarietà di disciplina e, quindi, la complessiva coerenza della richiesta referendaria” (punto 5.1 delle considerazioni in diritto). La conferma circa il fatto che il referendum abbia avuto ad oggetto i servizi pubblici locali di rilevanza economica e non il solo servizio idrico è data, indirettamente, anche dalla sentenza n. 27/2011 della Corte costituzionale, che ha invece dichiarato inammissibile la proposta di referendum diretto all’abrogazione della disciplina di liberalizzazione del solo servizio idrico, sia pure perseguito per il tramite di una proposta abrogativa di parziali disposizioni e come tali giudicate eterogenee e frammentarie⁶; ma altresì e direttamente dalla medesima sentenza n. 24, che ha precisato di ritenere impossibile la formulazione di “un quesito diretto ad abrogare la normativa dell’art. 23-bis solo per alcuni settori di servizi pubblici e non per altri”, dal momento che “avendo l’istituto referendario di cui all’art. 75 Cost. un’efficacia meramente ablativa (e non propositiva o additiva), il quesito non avrebbe mai potuto avere l’obiettivo di abrogare il suddetto articolo solo ‘nella parte in cui’ si applica ad uno o ad alcuni determinati settori di servizi pubblici locali”. Non vi è pertanto dubbio che il quesito referendario dichiarato ammissibile dalla sentenza n. 24 del 2011 avesse portata più ampia dell’abrogazione della disciplina di liberalizzazione del solo servizio idrico. Del resto, anche la verifica, operata dalla Corte costituzionale, circa la disciplina applicabile in

⁶ Al riguardo mi permetto di rinviare alla mia nota alla sentenza della Corte cost. n. 27/2011, *Il referendum abrogativo parziale: quasi una missione impossibile*, di prossima pubblicazione in *Giur. Cost.*

caso di positivo esito della consultazione referendaria, onde escludere un inconciliabile contrasto della normativa di risulta con l'ordinamento dell'Unione europea o con la Costituzione, ha condotto ad asserire che l'abrogazione dell'art. 23-bis, pur non determinando la reviviscenza della previgente disciplina (art. 113 TUEL), tuttavia avrebbe comportato "l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (...) relativa alle regole di concorrenziali minime in tema di gara di evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica" (e non, si noti, della gestione del solo servizio idrico).

3. Ma è ammesso il ripristino della disciplina abrogata con referendum? L'art. 4 del d.l. n. 138 del 13 agosto scorso pone dunque il classico caso di scuola, se il legislatore possa ripristinare la disciplina fatta oggetto di referendum abrogativo risultato avere esito positivo, dal momento che, come si è dimostrato, sicuramente tale disciplina ripropone da un punto di vista sostanziale e per molti aspetti anche formale l'art. 23-bis dichiarato abrogato dall'esito referendario. Per molto tempo la dottrina largamente prevalente era orientata a considerare vincolante il risultato del referendum abrogativo per il legislatore, ritenendo che quest'ultimo non potesse ripristinare la disciplina fatta oggetto e abrogata per effetto del referendum ex art. 75 Cost.⁷ Questa tesi era suffragata anche da alcune pronunce della Corte costituzionale, nelle quali troviamo affermato che "A differenza del legislatore che può correggere o addirittura disvolere quanto ha in precedenza statuito, il referendum manifesta una volontà definitiva e irripetibile", con la conseguenza che l'abrogazione referendaria determina l'impossibilità per il legislatore di ripristinare la norma abrogata anche soltanto in via transitoria⁸, mentre è consentito al legislatore soltanto di "correggere, modificare o integrare la disciplina" di risulta dopo celebrato con esito positivo il referendum abrogativo, ma "Nei limiti del divieto di formale o sostanziale

⁷ Cfr., ad es., BALLADORE PALLIERI, *La volontà popolare nei conflitti tra Stato e Regione*, in *Jus*, 1951, 83; MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX ed., Padova, 1976, II, 854; MODUGNO, *L'ammissibilità del referendum tra sovranità popolare e autonomia regionale*, in *Scritti in onore di E. Tosato*, Milano, 1982, II, 894 s.; MANZELLA, *Il Parlamento*, 2^a ed., Bologna, 1991, 77.

⁸ Sentenza 9-22 ottobre 1990, n. 468.

ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare”⁹, violando il quale la legge che ripristinasse la disciplina abrogata dal referendum si esporrebbe “all’ordinario sindacato di legittimità costituzionale” e quindi al “controllo di questa Corte in ordine all’osservanza – da parte del legislatore stesso – dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare”¹⁰. Semmai sussistevano diversità di opinioni in ordine agli argomenti a supporto della tesi condivisa, in quanto il divieto di ripristino della disciplina abrogata veniva giustificato o con una riconosciuta superiorità, un plusvalore democratico della volontà espressa dal corpo elettorale e quindi della manifestazione immediata e diretta della sovranità rispetto all’esercizio della democrazia rappresentativa¹¹, oppure mediante il riconoscimento nel referendum dell’esercizio di una funzione di controllo popolare sull’esercizio della funzione legislativa¹². E se quest’ultima tesi, evidenziando la diversità di funzione del referendum rispetto all’attività legislativa, comporta la sottrazione del referendum dal novero delle fonti del diritto¹³, la prima tesi comunque attribuisce carattere speciale al referendum tra le fonti del diritto, in quanto atto normativo non pienamente equiparato

⁹ Sentenza 16 gennaio-4 febbraio 1993, n. 32 e, in termini analoghi, la sentenza n. 33 in uguale data, secondo cui il legislatore “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”.

¹⁰ Ordinanza 9-14 gennaio 1997, n. 9, che ha invece escluso la legittimazione del comitato promotore del referendum a sollevare conflitto di attribuzione in caso di ripristino legislativo della normativa abrogata con il referendum.

¹¹ Ancora di recente, la forza passiva rinforzata del referendum è stata ricollegata non ad una superiorità gerarchica del referendum rispetto alle altre fonti primarie, ma a “quel *quid* che il *referendum* possiede rispetto alle altre fonti primarie”, in quanto manifestazione diretta della sovranità popolare da NICOTRA, *Le zone d’ombra nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, in 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, 247.

¹² Così CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, XI ed., Milano, 2000, 279; più di recente PIZZOLATO, SATTA, *Art. 75*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, Torino, 2006, II, 1467 s.

¹³ Infatti chi ha optato per la “valenza spiccatamente sanzionatoria nei confronti dell’organo rappresentativo” dell’“abrogazione conseguente a decisioni popolari”, afferma coerentemente che “il limite dell’irrevocabilità dell’effetto abrogativo del referendum risulta rafforzato in una visione non normativa del referendum” (CHIOLA, *Itinerario con i promotori lungo il referendum*, in LUCIANI, VOLPI, *Referendum*, Roma, 1992, 131 s.).

alla legge ordinaria, dal momento che, a tacer d'altro, la forza passiva del referendum è considerata peculiare, in ragione appunto del vincolo preclusivo che se ne produce¹⁴. Resta peraltro irrisolto e comunque controverso il problema della durata degli effetti del vincolo a carico del legislatore, che non appare ragionevole possa considerarsi illimitata, ma neppure può esser equiparata al termine di cinque anni stabilito dall'art. 38 della legge n. 352 del 1970 per la riproposizione del quesito referendario su cui si sia registrato un esito negativo, contrario all'abrogazione, in quanto fattispecie diversa. Inoltre la concreta esperienza (e, in particolare, l'abuso dell'istituto negli anni 80 e 90, attivato anche su questioni minori) ha condotto a porre in dubbio, almeno sotto il profilo fattuale, la spesso declamata superiorità dell'esercizio diretto della democrazia mediante referendum, in quanto si è constatato come, ad esempio: la promozione dei referendum costituisca un modo alternativo al confronto parlamentare per l'affermazione delle posizioni politiche di alcuni partiti; i quesiti referendari lascino il più delle volte necessariamente aperta la possibilità di diversificate soluzioni alternative da parte del legislatore, chiamato quindi a definire una nuova disciplina dopo l'esito demolitorio del referendum abrogativo; gli stessi complessi criteri di ammissibilità del referendum abrogativo elaborati dalla Corte costituzionale obblighino alla proposizione di quesiti referendari impossibilitati ad operare ritagli puntuali e pienamente espressivi di un reale vincolo d'indirizzo per il legislatore; la scelta secca per il sì o il no all'abrogazione impedisca di affrontare in modo adeguatamente articolato le questioni complesse che il più delle volte sono implicate nel quesito referendario¹⁵. Dunque la prassi ha

¹⁴ PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 273.

¹⁵ Questi ed altri rilievi critici circa l'attitudine del referendum abrogativo a consentire la compiuta espressione della volontà del corpo elettorale e più in generale a costituire un esercizio di sovranità di valore superiore rispetto a quella connessa agli istituti della democrazia rappresentativa sono stati mossi spesso dalla dottrina; cfr. ad es. gli interventi del dibattito conclusivo al convegno su "Referendum: problemi teorici ed esperienze costituzionali", tenutosi a Perugia il 25-27 ottobre 1990 e raccolti nel volume *Referendum*, a cura di LUCIANI e VOLPI, cit., 189 ss.; nonché PINARDI, *Brevi note in tema di rapporti tra referendum abrogativo e legislazione successiva*, in *Giur. Cost.*, 1994, 2343 ss., ove è evidenziato come l'iniziativa referendaria sia esercitata da *elites* di cittadini, sia supportata dai partiti politici e conduca ad un esito decisionale eccessivamente rigido, inadeguato a tener conto della volontà delle

sicuramente mostrato come il referendum abrogativo non consenta effettivamente un'univoca e chiara manifestazione di volontà da parte del corpo elettorale e come la democrazia diretta esercitata tramite questo istituto e la democrazia rappresentativa esercitata nello svolgimento della funzione legislativa debbano necessariamente interloquire, come due elementi di un confronto paritario. Si è così affermata, in tempi più recenti, la tesi, sostenuta da una autorevole dottrina¹⁶, che, partendo dalla pariordinazione di democrazia diretta e rappresentativa e dalla riconducibilità del referendum abrogativo alle fonti primarie, sostiene non sussistere alcuna valida ragione atta a giustificare un presunto vincolo giuridico di preclusione per il legislatore ordinario a ripristinare la disciplina abrogata con referendum: "così come non esistono 'luoghi' o 'sedi' in cui la sovranità popolare possa insediarsi definitivamente ed esaurirsi, così non vi sono 'atti' nei quali e grazie ai quali ciò è possibile. La parola referendaria, quindi, non è mai necessariamente l'ultima, né ha senso contrapporla alla parola delle istituzioni rappresentative"¹⁷. Pertanto il referendum ex art. 75, pur avendo come effetto l'abrogazione delle disposizioni oggetto del quesito referendario, non comporterebbe anche un divieto di ripristino a carico del legislatore, almeno sotto il profilo giuridico, e di un tale vincolo si potrebbe parlare soltanto sotto il profilo dell'efficacia politica dell'esito referendario. Questa tesi, che pure ha individuato importanti brecce nell'apparente monolite delle opinioni precedentemente espresse dalla dottrina¹⁸, ha poi raccolto significative adesioni¹⁹. E tuttavia si tratta di una tesi che non

minoranze.

¹⁶ LUCIANI, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione* di Branca, Bologna, 2005, 661 ss.

¹⁷ *Ibidem*, 673.

¹⁸ *Ibidem*, 664, n. 5, ove sono citati studi nei quali era già avanzata la tesi della pariordinazione tra referendum e fonti primarie, premessa delle conclusioni a cui è giunto l'A. e tra i quali va segnalato, in modo particolare, per la vicinanza con le argomentazioni dell'A., FERRI, *Il divieto di ripristino della normativa abrogata dal referendum e la discrezionalità del legislatore*, in *Giur. Cost.*, 1997, 62 ss.

¹⁹ Cfr., ad es. BIN, PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2009, 151, ove è evidenziata la difficoltà di configurare un "vincolo giuridico derivante dall'esito favorevole del referendum", "Pur essendo chiaro che un referendum che ha ricevuto il consenso della maggioranza del corpo elettorale esercita un peso politico di assoluta rilevanza"; nonché GIUPPONI, *Il 'giudizio di legittimità' sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, in *Forum di quaderni costituzionali*.

soddisfa pienamente, se si pensa che a fronte dell'inesauribilità del potere legislativo esercitato dagli organi rappresentativi, l'iniziativa referendaria risulta puntuale ed episodica, soggetta com'è ad un procedimento defatigante che trova esito positivo soltanto se, superati i controlli prescritti, risulti verificato il doppio *quorum* che certifica una mobilitazione generale del corpo elettorale. Ebbene, sostenere che l'iniziativa dei promotori, la sottoscrizione popolare, il controllo della Corte di Cassazione, il giudizio di ammissibilità, l'indizione presidenziale, il voto popolare possano poi essere immediatamente smentiti dal legislatore appare francamente sproporzionato. E se nel caso dell'art. 4 del d.l. n. 138 dell'agosto scorso il ripristino della disciplina abrogata mediante referendum è passato quasi inosservato e non ha comunque sollevato significativi dibattiti probabilmente ciò è dovuto al fatto che si tratta di un tema "minore" - la liberalizzazione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica diversi dal servizio idrico - che durante la campagna referendaria non ha neppure ricevuto grandi attenzioni. Ben diverso sarebbe stato se, nonostante l'esito referendario, fosse stata ripristinata la disciplina di privatizzazione della gestione del servizio idrico oppure di quella che avrebbe permesso al governo di rilanciare l'energia nucleare nel Paese. Inoltre, la tesi della pariordinazione tra referendum abrogativo e le altre fonti primarie, se portata alle sue conseguenze più estreme, prova perfino troppo, nel senso che finisce per mostrare i limiti dei presupposti su cui poggia. E' infatti stato affermato che se nessun vincolo giuridico sembra possa ritenersi sussistere nei confronti del legislatore in caso di esito favorevole del referendum, ma soltanto un vincolo di carattere politico, ebbene tale forza squisitamente politica del risultato referendario sarebbe ancora più evidente nel caso di esito negativo del referendum, perché in tal caso la volontà popolare, contraria al quesito referendario, confermerebbe la volontà del legislatore, saldandosi con essa, come è avvenuto con i referendum sul divorzio e sull'aborto²⁰. Tuttavia l'esito del referendum contrario all'abrogazione produce una sicura conseguenza di rilievo giuridico: il quesito referendario non può essere riproposto se non dopo trascorsi cinque anni. Ed è proprio

²⁰ GIUPPONI, *Il "giudizio di legittimità" sull'esito referendario e i limiti al legislatore*, cit., 5.

a tale riguardo che la tesi della pariordinazione tra referendum e fonti primarie mostra una crepa: la legge che resiste all'iniziativa referendaria, oltre a non essere abrogata, acquista una forza passiva peculiare rispetto al referendum, che non può più essere proposto su tale legge per almeno cinque anni, mentre, per contro, l'esito referendario favorevole all'abrogazione determinerebbe un effetto giuridico – l'abrogazione, appunto – che potrebbe durare lo spazio di un mattino (e così è stato con riguardo ai servizi pubblici locali di rilevanza economica diversi dal servizio idrico), non godendo di alcuna forza passiva peculiare rispetto alle leggi e alle fonti equiparate. Più convincente appare invece la tesi che risolve il problema non sulla base della maggiore o pari forza delle fonti, bensì del conflitto tra determinazioni normative che hanno la medesima legittimazione: "L'esito referendario (...) dovrà ritenersi intangibile per il parlamento non nel senso che alla legge sia precluso intervenire nella materia oggetto di consultazione per un difetto di competenza, ma soltanto che ad essa sia precluso vanificare l'esito del referendum, almeno fino a quando in capo al sistema rappresentativo non sia intervenuta una nuova e più recente legittimazione dell'esercizio del diritto di voto; fino a quando, cioè, non siano intervenute nuove e più recenti elezioni politiche"²¹. In altri termini, l'esito favorevole del referendum, in quanto specifico veto popolare nei confronti del legislatore, interverrebbe come limite puntuale anche rispetto al libero mandato parlamentare, la cui fonte risiede nell'elezione a membro del Parlamento e che dunque tornerebbe a riespandersi pienamente con la nuova legittimazione connessa al voto popolare.

²¹ MANGIA, *Referendum*, Padova, 1999, 317; conclusioni analoghe già di PALADIN, *Diritto costituzionale*, Padova, 1991, 209, secondo cui "è difficilmente pensabile che l'abrogazione referendaria di una certa legge non produca alcuna conseguenza a carico dell'ordinaria potestà legislativa delle Camere: è poco verosimile, cioè, che sia legittimo reintrodurre nell'ordinamento, subito dopo il voto popolare, la stessa legge che gli elettori abbiano inteso togliere di mezzo; e sembra preferibile pensare che un siffatto esercizio della legislazione sia precluso a propria volta, fino a quando le Camere del Parlamento non vengano ricostituite dal corpo elettorale, così da generare una situazione politicamente e giuridicamente diversa da quella già in atto".

4. Né la nuova disciplina è imposta dall'ordinamento dell'Unione europea. Una tesi intermedia tra quelle della sussistenza e dell'inesistenza di un divieto di ripristino della disciplina abrogata mediante referendum è quella secondo cui il vincolo nei confronti del legislatore verrebbe meno esclusivamente "in considerazione del sopraggiungere di nuove condizioni oggettive concernenti la materia sottoposta a referendum", dal momento che "il sostanziale mutamento delle condizioni presenti al momento dell'espressione della volontà popolare fa venir meno lo stesso presupposto (...) per poter parlare di un qualsivoglia 'limite' al pieno esplicarsi della potestà legislativa"²². Tuttavia non pare proprio che la sostanziale riproposizione dell'art. 23-bis abrogato con referendum da parte dell'art. 4 del d.l. n. 138 sia stata dettata da sopravvenute condizioni oggettive che ne hanno reso necessario il ripristino. Vero è che si sono verificate effettive cause di straordinaria necessità e urgenza che hanno determinato il governo ad assumere la responsabilità dell'adozione del d.l. n. 138 – le pesanti ripercussioni sul mercato dei titoli azionari e dei titoli rappresentativi del debito pubblico derivanti dalla sfiducia circa il nostro debito sovrano, per le sue dimensioni e in presenza di fattori che determinano una diminuzione dell'affidabilità dello Stato debitore e della sua capacità di onorare gli impegni nei confronti di chi ha acquistato tali titoli²³. Così come le misure adottate non potevano essere soltanto quelle restrittive dirette al contenimento dei costi e rivolte all'aumento delle entrate, ma dovevano anche mirare ad una espansione del prodotto interno lordo, quale presupposto indispensabile di una cura non regressiva dei conti pubblici – giacché anzi il d.l. n. 138 è stato criticato proprio per non avere puntato adeguatamente a stimolare la crescita. E' tuttavia dubbio e indimostrato che un reale stimolo alla crescita derivi dalla riproposizione di una disciplina

²² PINARDI, *Brevi note*, cit., 2358 s.

²³ Ma al riguardo non può essere annoverata tra le circostanze sopravvenute, tali da imporre il ripristino della disciplina abrogata mediante referendum, l'ormai famosa lettera del 5 agosto scorso inviata dal Governatore della BCE, Trichet, e dal suo successore designato, Draghi, al Governo italiano (pubblicata dal Corriere delle Sera il 29 settembre), in cui pure era indicata tra le misure da adottare la liberalizzazione dei servizi pubblici locali e dei servizi professionali, dal momento che tale documento non ha una rilevanza giuridica, ma soltanto una funzione di stimolo alla realizzazione di politiche, come del resto dimostra il fatto che il Governo non ha realizzato tutte le misure consigliate in detta lettera.

maggiormente proconcorrenziale in quanto marginalizzante il modello dell'*housing providing* e comportante l'obbligo per le società miste di avere almeno il 40% del capitale sociale in mano ai privati²⁴. In ogni caso, non vi è alcuna traccia di un'intima coerenza tra il ripristino della normativa abrogata mediante referendum e tali supposte finalità di stimolo alla crescita. Al punto che è la stessa AGCM, nella citata segnalazione del 26 agosto scorso, a sottolineare "l'opportunità di accompagnare il processo di riforma del settore dei servizi pubblici locali con misure di garanzia dell'efficienza e della qualità della gestione del servizio, e ciò indipendentemente dalla natura pubblica o privata del gestore". Il che equivale a negare che l'art. 4 del d.l. n. 138, limitandosi a stabilire una linea di progressiva marginalizzazione delle gestioni pubbliche, sia effettivamente diretto a garantire efficienza e qualità dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Del resto i contenuti dell'art. 4 neppure sono coerenti con la rubrica del medesimo articolo, che reca "Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'Unione europea". Infatti si è già mostrato che la disciplina dettata dall'art. 4 risulta sostanzialmente e in molte parti anche formalmente identica a quella abrogata dal referendum, fatto salvo esclusivamente il servizio idrico. Ma la riproposizione della riforma dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non poteva essere neppure diretta a dare applicazione alle norme e decisioni degli organi dell'Unione europea. Infatti con la sentenza n. 325 del 2010, la Corte costituzionale ha rigettato le questioni di legittimità costituzionale sollevate da diverse Regioni relativamente all'art. 23-bis del D.L. 25.06.08, n. 112, come successivamente modificato e integrato dall'art. 15 del D.L. 25.09.09, n. 135,

²⁴ Semmai il problema concerne la possibilità per gli enti pubblici di effettuare gli investimenti necessari per la più efficiente gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in una congiuntura di forte difficoltà economica e finanziaria degli enti territoriali, come argomenta, ad es., BASSANINI nella *Introduzione* allo studio di Astrid, *I servizi pubblici locali tra riforma e referendum*, Rimini, 2011, 9 ss.; tuttavia tali considerazioni possono ritenersi corrette in relazione al servizio idrico, per il quale l'obsolescenza delle reti imporrebbe effettivamente ingenti investimenti, anche al fine di contenere la dispersione delle risorse idriche, mentre appare molto meno pertinente in relazione agli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica, per i quali esistono esempi virtuosi di gestioni efficienti che riescono ad ampliare e ammodernare reti ed impianti autonomamente, senza pesare sugli enti territoriali.

recante appunto “Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica”. Nell’occasione la Corte costituzionale ha affermato che il legislatore statale ben può disporre una disciplina maggiormente concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica rispetto a quella applicata nell’ambito dell’Unione europea. E tale principio è stato affermato proprio in relazione al fatto che nell’ordinamento dell’Unione europea sono pacificamente ammessi l’autoproduzione dei servizi da parte delle amministrazioni pubbliche (cioè la nostra gestione in economia), così come l’affidamento diretto a società *in house*²⁵, nonché l’affidamento diretto a società miste, nelle quali il socio privato sia scelto mediante gara (attestante anche le capacità gestionali del socio privato), ma senza alcuna predeterminazione della partecipazione minima da attribuire al socio privato²⁶. Se dunque la Corte costituzionale ha dovuto giustificare la diversità della disciplina statale rispetto a quella dell’Unione europea in materia sulla base dell’assunto che il legislatore statale può disporre una disciplina maggiormente concorrenziale di quella dell’Unione europea, risulta palesemente fuorviante la rubrica dell’art. 4 del d.l. n. 138 del 2011, che, come già quella dell’art. 15 del d.l. n. 135 del 2009, invece fa specifico riferimento ad una supposta necessità di adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica all’ordinamento dell’Unione europea.

5. I limiti alla disciplina sostitutiva di quella oggetto di referendum abrogativo totale. Appurato dunque che il referendum abrogativo aveva ad oggetto non soltanto il servizio idrico, ma tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, con la conseguenza che l’art. 4 del d.l. 138 soltanto parzialmente risulta osservare l’esito referendario, occorre però domandarsi se il veto popolare espresso con la consultazione referendaria e il

²⁵ Nella giurisprudenza dell’Unione europea è con la sentenza 13 ottobre 2005, C-458/03, Parking Brixen (e con la sentenza 10 novembre 2005, C-29/04, Modling), che l’esenzione dalle procedure dirette a garantire applicazione ai principi di uguaglianza, non discriminazione e trasparenza in virtù della relazione sussistente tra l’amministrazione e la società soggetta al suo “controllo analogo” è stata estesa “alle disposizioni del Trattato e ai principi che si rapportano a concessioni di pubblici servizi”.

²⁶ Cfr. la già citata sentenza della CGCE, 15.10.2009, Acoset S.p.A. c. Conferenza ATO Idrico Ragusa, causa C-196/08

vincolo conseguente per il legislatore abbia investito l'intera disciplina contenuta nell'art. 23-bis, di modo che la stessa non sia più riproponibile in alcuna sua parte, compresa quella di rinvio alla fonte regolamentare per i profili attinenti l'incompatibilità tra regolazione e gestione del servizio, le norme applicabili per il reclutamento del personale e l'acquisizione di beni e servizi, ecc. In altri termini si pone il problema di comprendere se l'esito favorevole ad un referendum abrogativo totale impedisca poi e in che termini la disciplina della stessa materia e l'eventuale riproposizione di norme inevitabilmente colpite per effetto di un quesito referendario avente ad oggetto una disciplina generale e non soltanto alcune sue parti. Ma a ben vedere la questione si pone in termini analoghi quando l'intervento legislativo preceda la consultazione referendaria e sia diretto a dare soddisfazione all'intento dei promotori del referendum, così da impedire il voto popolare, ai sensi dell'art. 39 della l. n. 352 del 1970, secondo cui l'Ufficio centrale per il referendum dichiara che non hanno più corso le operazioni referendarie tutte le volte in cui "prima della data dello svolgimento del *referendum*, la legge o l'atto avente forza di legge, o le singole disposizioni di essi cui il *referendum* si riferisce, siano stati abrogati". Anche in tal caso, infatti, si pone il problema di comprendere se la sostituzione di una disciplina a quella oggetto di referendum totale, e non la mera abrogazione di quest'ultima, possa considerarsi conforme all'esigenza sottesa all'iniziativa referendaria, così come il divieto di ripristino è diretto a garantire che non sia falsificato dal legislatore l'esito referendario. Come è noto, la Corte costituzionale con la sentenza n. 68 del 16 maggio 1978 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 39 della legge 25 maggio 1970, n. 352, limitatamente alla parte in cui non prevede che se l'abrogazione degli atti o delle singole disposizioni cui si riferisce il referendum venga accompagnata da altra disciplina della stessa materia, senza modificare né i principi ispiratori della complessiva disciplina preesistente né i contenuti normativi essenziali dei singoli precetti, il referendum si effettui sulle nuove disposizioni legislative. Ciò in quanto "il tema del quesito sottoposto agli elettori non è tanto formato (...) dalla serie delle singole disposizioni da abrogare, quanto dal comune principio che se ne ricava". Conseguentemente, in presenza di una disciplina legislativa

sostitutiva di quella fatta oggetto del quesito referendario, la verifica circa il carattere satisfattivo della richiesta referendaria da parte della riforma legislativa “non può limitarsi alle affinità od alle divergenze riscontrabili fra le singole previsioni della precedente e della nuova legislazione”, ma si deve “estendere ai raffronti fra i principi cui s’informino nel loro complesso l’una o l’altra disciplina; sicché il mutamento dei principi stessi può dare adito al blocco delle relative operazioni referendarie, quand’anche sopravvivano - entro il nuovo ordinamento dell’intera materia - contenuti normativi già presenti nell’ordinamento precedente; mentre la modificazione di singole previsioni legislative giustifica l’interruzione del procedimento nella parte concernente le previsioni medesime, solo quando si possa riscontrare che i loro principi informatori non sono più riconducibili a quelli della complessiva disciplina originaria”. Del resto, lo stesso criterio è utilizzato al fine di verificare l’omogeneità di ogni quesito referendario diretto all’abrogazione totale di un’intera disciplina, nel senso che laddove il quesito referendario mira all’abrogazione totale di un atto legislativo, la carenza di omogeneità del quesito referendario può essere affermata allorché “l’area normativa è talmente ampia da comprendere una pluralità di principi ispiratori difficilmente riconducibili ad unità”, mancando quindi una *ratio legis* comune²⁷. Con riguardo al quesito referendario avente ad oggetto l’art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e le sue successive modifiche e integrazioni, è stata la stessa Corte costituzionale, nella sentenza n. 24 del 2011 che ne ha dichiarato l’ammissibilità, ad individuare i principi informatori del quesito referendario, in quanto avente ad oggetto l’intero art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008. In particolare, nell’occasione la Corte costituzionale ha individuato la *ratio* dell’insieme di disposizioni oggetto di referendum nell’obiettivo di “favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica”, a tal fine limitando i casi di affidamento diretto della gestione e consentendo la gestione *in house* “solo ove ricorrano situazioni del tutto eccezionali, che «non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato»”. Pertanto, secondo la Corte costituzionale “l’abrogazione richiesta” ha riguardato “una

²⁷ Cfr. al riguardo PUGIOTTO, *E’ ancora ammissibile un referendum abrogativo totale?*, in *Quad. cost.*, 2005, 557.

normativa generale, prevalente su quelle di settore (...), che è diretta sostanzialmente a restringere, rispetto alle regole concorrenziali minime comunitarie, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, di gestione *in house* dei servizi pubblici locali di rilevanza economica". L'aver ripristinato, mediante l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, una disciplina di sostanziale marginalizzazione degli affidamenti diretti a società *in house* e di imposizione di un livello minimo di partecipazione dei soci privati alle società miste, pari al 40%, costituisce dunque un'oggettiva violazione della *ratio* del referendum conclusosi con esito favorevole. Il legislatore avrebbe invece potuto ripristinare la disciplina venuta meno per effetto del referendum abrogativo, ma non espressiva del fine a cui era tesa l'iniziativa referendaria; tale era, ad esempio, quella contenuta nel regolamento approvato con d.P.R. n. 168 del 2010 e relativa alla separazione tra le attività di regolazione e di gestione. Pertanto non è criticabile il ripristino, ad opera dell'art. 4 del d.l. n. 138, della disciplina relativa alle incompatibilità che trovano presupposto nell'esigenza di tenere distinte le attività di regolazione e di gestione; lo stesso va detto in relazione all'applicabilità alle società *in house* e alle società miste del codice dei contratti per l'acquisto di beni e servizi e della disciplina per il reclutamento del personale alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Anzi, il legislatore, come ha introdotto più pesanti vincoli all'utilizzo dell'*housing providing* al fine di evitare che costituisca strumento elusivo degli obblighi imposti dall'ordinamento agli enti locali, disponendo, ad es., l'estensione del patto di stabilità riguardante gli enti locali alle società *in house*, del pari avrebbe anche potuto introdurre ulteriori e più stringenti criteri in base ai quali verificare, ad es., l'efficiente gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e l'efficiente gestione delle società in mano pubblica. In tali casi infatti non sarebbe stato colpito direttamente l'intento unitario dei promotori come oggettivato nel quesito referendario, cioè la *ratio* del referendum. Il che dimostra come effettivamente il legislatore goda di strumenti che gli consentono di ottenere, sia pure per vie diverse, risultati analoghi a quelli di un ripristino della disciplina abrogata dal referendum. Eppure ciò non può intendersi come la dimostrazione di una qualche validità della tesi dell'efficacia meramente politica dell'esito referendario in relazione alla possibilità, o meno, che il legislatore ripristini la disciplina

abrogata con referendum. In realtà accanto all'effetto giuridico certo dell'abrogazione della disciplina oggetto del referendum in caso di suo esito positivo, la giurisprudenza costituzionale continua ad offrire argomenti a sostegno del divieto di ripristino della disciplina abrogata espressiva dell'intento unitario dell'iniziativa referendaria come oggettivata nel quesito dichiarato ammissibile. E questo orientamento appare il solo in grado di evitare che un legislatore incurante dell'esito referendario scoraggi definitivamente l'impiego dell'istituto, a cui dopo molti anni gli elettori hanno mostrato, nello scorso giugno, di dare ancora credito²⁸.

* Professore associato di istituzioni di diritto pubblico dell'Università Cattolica

²⁸ Per una ricostruzione delle vicende che hanno concorso a determinare l'esito favorevole dei referendum tenutisi il 12-13 giugno 2011, cfr. GAZZARETTI, *Quorum, onere partecipativo e vicende del referendum abrogativo*, in Forum dei Quaderni costituzionali.