

18 maggio 2011

I servizi pubblici locali a rilevanza economica tra la sentenza n. 325 del 2010 della Corte costituzionale e il referendum abrogativo

di Antonio Avino

Sommario: 1) L'art. 23 bis del D.L. 112/2008 e le censure sollevate davanti alla Corte Costituzionale; 2) Compatibilità dell'art. 23 bis con i principi e le norme comunitarie. 3) Ambito costituzionale della materia dei servizi pubblici locali a rilevanza economica e potestà legislativa esclusiva. 4) Competenza a determinare la rilevanza economica di un servizio pubblico locale 5) Competenza a dettare norme incidenti sul patrimonio degli Enti Locali e ad assoggettare al patto di stabilità interno i soggetti affidatari diretti 6) Il referendum abrogativo

1. L'art. 23 bis del D.L. 112/2008 e le censure sollevate davanti alla Corte Costituzionale.

Con questo scritto vogliamo evidenziare alcune tra le questioni di maggior interesse emerse dalla Sentenza della Corte Costituzionale del 17 novembre 2010, n. 325 in materia di Servizi Pubblici Locali aventi rilevanza economica, isolando un nucleo fondamentale di principi che manterranno la propria efficacia a prescindere dall'esito dell'imminente consultazione referendaria.

I Giudici Costituzionali sono stati chiamati a decidere dodici ricorsi, dieci dei quali proposti da Regioni (Emilia Romagna, Liguria, Piemonte, Toscana, Umbria e Marche) e volti a censurare l'art. 23 bis del D.L. 112/2008 – sia nella versione originaria, che in quella risultante dalla modifica operata dal D.L. 135/2009 -, e l'art. 15, comma 1 *ter*, del D.L. 135/2009[2].

L'art. 23 bis del D.L. 112/2008 ha proseguito nel percorso avviato negli anni '90, volto a eliminare, ove possibile, e, comunque, a comprimere, le ipotesi di soggetto pubblico imprenditore/erogatore diretto di servizi. Percorso che, nella materia che qui interessa[3], ha ricevuto un impulso formidabile dall'art 35 della legge 448/2001[4] che ha riscritto l'art. 113 del D. Lgs 18 agosto 2000 n. 267 (T.U. Enti Locali), circoscrivendo l'ambito di affidamento del servizio pubblico locale di rilevanza economica[5] alle sole società di

capitali individuate con gara, successivamente ampliato, con il D.L. 269/2003, alle società miste ed a quelle *in house*[6].

Con un'espressa intenzione pro-concorrenziale[7] è stato emanato l'art. 23 bis del D.L. 112/2008 che, nella versione originaria, prevedeva due ipotesi di conferimento: quella ordinaria [8] e quella derogatoria. Partizione mantenuta anche in seguito alle modifiche operate con il D.L. 135/09[9] che ha chiarito come l'affidamento ordinario possa avvenire, a certe condizioni[10], anche in favore di società miste e introdotto ulteriori condizioni per gli affidamenti *in house*[11].

Come in precedenza accaduto in consimili circostanze, la normativa è finita, su impulso delle Regioni, sotto la lente della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 325/2010, ha enunciato i principi che illustriamo di seguito[12].

2. Compatibilità dell'art. 23 bis con i principi e le norme comunitarie.

Come sopra evidenziato il legislatore, con l'art. 23 bis, ha inteso adeguare il nostro sistema a quello comunitario, favorendo la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi.

L'assunto è stato contestato da alcune Regioni che, viceversa, hanno lamentato l'incompatibilità tra le norme contenute nell'art. 23 bis[13] sia con la disciplina comunitaria dei servizi pubblici locali, che con le norme contenute nella Carta Europea dell'Autonomia Locale. Più nel dettaglio, esse lamentano la violazione dell'art. 117, comma I[14], Cost., ovvero la non necessità, a fini adeguativi, dell'intervento normativo[15]. Di avviso diverso la difesa erariale che, nel confutare gli assunti avversi, ha sostenuto non solo la piena compatibilità, ma l'imposizione comunitaria dell'art. 23 bis.

La Corte, ritenendo le norme censurate né necessarie[16] né incompatibili, ma solo “una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare il primo comma dell'art. 117 Cost.”, argomenta la propria decisione, operando una ricognizione del sistema comunitario dei servizi pubblici locali. Evidenzia che nel panorama giuridico comunitario non si rinviene l'uso del termine “Servizio Pubblico Locale di rilevanza economica”[17] bensì quello di Servizio di Interesse Economico Generale (SIEG), (artt. 14 e 106 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)), ma, sulla scorta dei precedenti giurisprudenziali comunitari[18] e propri[19] nonché delle Comunicazioni della Commissione [20], perviene alla conclusione che i due concetti abbiano “contenuto omologo”, facendo entrambi riferimento ad un servizio che:

- a. È reso mediante un'attività economica intesa come “qualsiasi attività che consista nell'offrire beni e servizi su un determinato mercato” anche solo potenziale[21].
- b. Fornisce prestazioni dirette a realizzare anche fini sociali nei confronti di

un'indifferenziata generalità di cittadini, a prescindere dalle loro particolari condizioni.

c. Allorquando affidato a terzi, questi dovranno essere individuati mediante una procedura ad evidenza pubblica.

Passando più direttamente al *thema decidendum*, la Corte rinviene dei punti di divergenza tra la disciplina comunitaria e quella introdotta dall'art. 23 bis e segnatamente:

a. In materia di gestione diretta del Servizio da parte dell'autorità pubblica, ammessa dall'Ordinamento Comunitario, ed esclusa *in toto* da quello nazionale[22].

b. Nella disciplina degli affidamenti a società miste: se regola comune ad entrambi gli ordinamenti è la necessaria individuazione del partner privato con le regola dell'evidenza pubblica, la normativa nazionale richiede anche l'attribuzione a questo di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio – *rectius*, deve trattarsi di socio industriale e non semplice socio finanziatore – e di una quota di partecipazione non inferiore al 40%.

c. Nella regolamentazione degli affidamenti *in house*, legittimi, per l'ordinamento comunitario, se sono compresenti le seguenti condizioni [23]: il capitale della società deve essere interamente pubblico; l'affidante deve esercitare sulla società i medesimi poteri di controllo che esercita sui propri Uffici (cd.controllo analogo); la società pubblica deve svolgere la parte più importante della propria attività in favore del soggetto affidatario. La normativa nazionale, viceversa, condiziona la legittimità della gestione *in house* alla compresenza delle seguenti ulteriori condizioni: sussistenza di 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; adeguata pubblicità della scelta; motivazione della scelta, sulla base di un'analisi del mercato; trasmissione di una relazione, contenente l'esito dell'analisi del mercato, all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato finalizzata all'ottenimento di un parere preventivo.

E', quindi, evidente come il legislatore italiano abbia escluso ogni ipotesi di gestione diretta del servizio pubblico locale a rilevanza economica; abbia, in caso di affidamento del servizio a società mista, reso obbligatoria l'attribuzione di poteri gestionali al socio privato nonché una soglia minima di partecipazione al capitale sociale[24]; e, infine, abbia ridotto drasticamente la possibilità di gestire *in house* il servizio.

Nonostante ciò, per la Corte, le previsioni normative impugnate non sarebbero in contrasto con l'Ordinamento Comunitario perché questo ha definito solo un livello minimo di regole pro-concorrenza senza impedire agli Stati Membri[25] di introdurre regole concorrenziali più rigorose[26]. E quindi, se la normativa comunitaria ritiene lecita la gestione diretta dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, lo Stato Italiano, “facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall'ordinamento comunitario al riguardo”, ne ha legittimamente escluso l'ammissibilità. Se la normativa comunitaria non richiede che al

partner privato della società mista vengano assegnati compiti operativi ed una misura minima di quote, lo Stato italiano, sempre “facendo uso della sfera di discrezionalità attribuitagli dall’ordinamento comunitario al riguardo”, ha legittimamente imposto ciò, ottenendo il risultato “di far espandere i casi in cui deve essere applicata la regola generale comunitaria di affidamento a terzi mediante gara ad evidenza pubblica”. E se le condizioni aggiuntive per l’affidamento *in house* non sono richieste dall’ordinamento comunitario, ciò non significa che siano vietate, ma solo che lo Stato Italiano, prevedendole, ha inteso approntare una “disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario” e, quindi, con questo pienamente compatibile.

Apparentemente di minore importanza la risoluzione da parte della Corte Costituzionale dell’asserito contrasto tra l’art. 23 bis e le norme contenute nella Carta Europea dell’Autonomia Locale[27], in vero di straordinaria attualità nella parte in cui circoscrive l’ambito delle funzioni essenziali degli enti locali.

Con l’adesione alla Carta, gli Stati si sono impegnati a conferire alle (proprie) Autorità Locali poteri di gestione e controllo di una parte sostanziale degli affari pubblici, nei limiti della legge e sotto la loro responsabilità. Si tratta di una esplicita applicazione del principio comunitario di sussidiarietà: gli affari pubblici devono essere gestiti al livello più vicino possibile al cittadino ed una gestione a livello superiore è resa necessaria solo se quello inferiore si rivela meno efficace.

Alcune Regioni hanno ritenuto l’art. 23 bis in contrasto con gli articoli 3, comma 1[28], 4, commi 2[29] e 4[30] della Carta, lamentando che il restringimento degli ambiti di operatività dell’affidamento *in house* del servizio idrico integrato (S.I.I.), da loro considerato funzione fondamentale dei Comuni, abbia leso la capacità di autodeterminazione e mutilato gli spazi di manovra amministrativa e gestionale delle Autonomie locali, viceversa garantiti dalla Carta succitata.

La Corte, contrariamente alle aspettative regionali, non ha aderito alla tesi delle ricorrenti, ritenendo prive di immediata precettività le richiamate norme della Carta Europea dell’Autonomia Locale e non annoverabile il S.I.I. tra le funzioni fondamentali degli Enti Locali[31].

3. Ambito costituzionale della materia dei servizi pubblici locali e modalità d’esercizio della potestà legislativa esclusiva.

Non poteva non essere riproposto alla Corte Costituzionale l’annoso tema della collocazione costituzionale della materia della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, sul quale, da sempre, si contendono il campo due avverse ed inconciliabili teorie: quella per cui la materia è suscumbibile nella tutela della concorrenza, ai sensi dell’articolo 117, comma 2, lett. e) della Costituzione devoluta, quindi, alla competenza legislativa esclusiva statale; e l’altra per cui la materia deve essere necessariamente ricondotta a quella dei servizi pubblici locali, quindi di esclusiva

competenza regionale, ovvero alla competenza regolamentare, ai sensi del sesto comma dell'articolo 117 della Costituzione, ovvero ancora tra le materie di competenza concorrente[32].

Il tema della concorrenza, in particolare delle forme di tutela e, quindi, dei presupposti e dei limiti dell'intervento normativo statale (*id est* della sua competenza esclusiva) è stato abbondantemente affrontato da diverse decisioni della Corte Costituzionale.

Con la Sentenza n. 14/2004, la Corte, trattando il tema degli aiuti di stato, ha gettato le fondamenta ed eretto i muri portanti, residuando ai successivi interventi il compito di dare delle semplici pennellate per migliorare l'estetica dell'edificio. Il Giudice Costituzionale, premettendo che i principi comunitari in materia di concorrenza non sono slegati dall'idea di sviluppo economico-sociale, ha evidenziato l'ampiezza, in ambito comunitario, degli interventi legislativi a tutela della concorrenza, non limitati alla fase sanzionatoria (norme *antitrust*), ma estesi alle “misure destinate a promuovere un mercato aperto ed in libera concorrenza[33]” (cosiddette norme per la promozione della concorrenza). Detta ampiezza, sempre per la Corte, caratterizza anche il nostro ordinamento e, quindi, la materia costituzionale della tutela della concorrenza, assegnata alla potestà esclusiva statale, ricomprende tutte le ipotesi in cui è in giuoco la tutela statica ovvero dinamica della concorrenza. Si tratta, però, di una competenza che “non presenta i caratteri di una materia di estensione certa, ma quelli di una funzione esercitabile sui più diversi oggetti”[34], quindi trasversale[35], che va ad intrecciarsi con una pluralità di altri interessi, la cui regolamentazione è talvolta riservata alla competenza esclusiva dello Stato, talaltra alla competenza concorrente e, talaltra ancora, alla competenza esclusiva delle Regioni. Da qui, onde evitare di “vanificare lo schema di riparto dell'art. 117 Cost.”, è imprescindibile “stabilire fino a qual punto la riserva allo Stato della predetta competenza trasversale sia in sintonia con l'ampliamento delle attribuzioni regionali, disposto dalla revisione del titolo V[36]”. Punto, dalla Corte individuato nelle esigenze di unificazione, in capo allo Stato, degli “strumenti di politica economica che attengono allo sviluppo dell'intero paese”, nel senso che “l'intervento statale si giustifica .. per la sua rilevanza macroeconomica”, la cui sussistenza è valutabile dalla Corte medesima sotto l'aspetto della “relazione ragionevole e proporzionata rispetto agli obiettivi attesi”[37].

Il tema è stato, qualche mese dopo, nuovamente affrontato dalla Corte e definito con la Sentenza 272/2004, con cui, nel ribadirsi l'orientamento espresso con la sentenza n. 14/2004, è stata espressamente esclusa ogni riferibilità della normativa sull'affidamento e gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica alla competenza legislativa statale in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ostando la rilevanza economica del servizio[38], ovvero in materia di funzioni fondamentali dei Comuni, Province e Città Metropolitane, posto che la “gestione dei predetti servizi non può certo considerarsi esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale”[39].

La Corte Costituzionale[40], con la sentenza n. 325/2010, ha ribadito che la disciplina

delle modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica debba essere ricondotta all'interno della materia della tutela della concorrenza e assegnata, perciò, alla competenza esclusiva dello Stato (art. 117, comma 2, lett. e) Cost.) in quanto l'oggetto e gli scopi che la caratterizzano sono rivolti, in via primaria, alla tutela ed alla promozione della concorrenza. Inoltre, richiamata la gamma degli interventi normativi a tutela della concorrenza, consistenti non solo in misure *antitrust* e di promozione del mercato, ma anche in "misure legislative che perseguono il fine di assicurare procedure concorsuali di garanzia mediante la strutturazione di tali procedure in modo da realizzare la più ampia apertura del mercato a tutti gli operatori economici"[41], proprio in quest'ultimo ambito ha collocato le norme di cui all'art. 23 bis del DL 112/08.

Alcune Regioni – sebbene in via subordinata – hanno censurato la modalità d'esercizio della competenza esclusiva statale sostenendo che, ammessa (e non concessa) l'inclusione della disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nell'ambito costituzionale della tutela della concorrenza, il legislatore nazionale non sarebbe stato comunque completamente libero nell'esercizio della potestà legislativa, ma assoggettato al rispetto del principio di ragionevolezza sotto il profilo della proporzionalità e dell'adequatezza. Rispetto mancante[42], in quanto le previsioni contenute nell'art. 23 bis sarebbero autoapplicative e di dettaglio e non lascerebbero alcuno spazio all'intervento dell'Ente Territoriale; introdurrebbero vincoli ulteriori rispetto a quelli disposti in ambito comunitario.

Entrambe le censure, per il Giudice Costituzionale, sono prive di pregio giuridico. Quanto alla prima, rammenta la Corte come sia oramai assodato che alla competenza esclusiva si associ il potere di definire, anche in estremo dettaglio, la regolamentazione della materia[43]. Quanto alla seconda censura, ribadisce la Corte che l'ordinamento comunitario ha previsto solamente un livello minimo indefettibile di tutela della concorrenza senza, con ciò, vietare agli Stati membri di introdurre, nei propri ordinamenti, norme più stringenti.

Anche la disciplina del periodo transitorio, prevista dal comma VIII dell'art. 23 bis, è stata censurata per violazione dei canoni di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, non apparendo alle ricorrenti ragionevole una puntuale articolazione temporale della disciplina transitoria valevole indistintamente per tutti i servizi pubblici locali e per tutte le diverse realtà territoriali. Anche in questo caso la Corte Costituzionale non ha rinvenuto i vizi lamentati e, confermando il proprio orientamento[44], ha rigettato le censure ritenendo che gli ampi margini temporali concessi dalla norma "assicurano una concreta possibilità di attenuare le conseguenze economiche negative della cessazione anticipata della gestione e, pertanto, escludono la possibilità di invocare quell'incolpevole affidamento del gestore nella durata naturale del contratto di servizio che, solo, potrebbe determinare una possibile irragionevolezza della norma".

4. Competenza a determinare la rilevanza economica di un servizio pubblico locale

Di assoluto rilievo, forse la madre di tutte le questioni, il tema della competenza ad indicare le condizioni per ritenere sussistente la rilevanza economica di un Servizio Pubblico Locale. Per le Regioni ricorrenti, nessun dubbio può sussistere sul fatto che la competenza risieda a livello locale[45] e, quindi, l'operatività dell'art. 23 bis sarebbe rimessa alle scelte legislative regionali o a quelle degli Enti affidatari.[46]

La Corte Costituzionale ha respinto la tesi con argomentazioni che involgono sia la natura del concetto di rilevanza economica che il fondamento costituzionale della sua previsione.

Per i giudici costituzionali sebbene né l'art. 23 bis né l'art. 113 D. lgs 267/2000 definiscano esplicitamente il concetto di "rilevanza economica" tuttavia, dall'analisi del primo, emergono spunti ricostruttivi interessanti laddove: a) individua la *ratio* dell'intervento normativo nella tutela della concorrenza, della libertà di stabilimento e della libertà di prestazione dei servizi per tutti gli operatori economici interessati; b) precisa che, la sussistenza delle particolari situazioni legittimanti l'affidamento (diretto) *in house* non priva il servizio della rilevanza economica che, quindi, tale è e tale rimane; c) la rilevanza economica nulla ha a che vedere con le soglie oltre le quali è necessaria la richiesta di parere preventivo dell'AGCM *id est*, sia sopra che sotto la soglia, la rilevanza rimane economica.

E' evidente per la Corte l'assoluta omologia tra il concetto interno di rilevanza economica e quello comunitario di interesse economico generale, inteso come "un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato, anche potenziale e, quindi, secondo un metodo economico finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi". E' evidente, conclude la Corte, come siamo in presenza di una nozione oggettiva di interesse/rilevanza economica la cui sussistenza è, pertanto, individuabile *ex ante*[47].

Stante la natura oggettiva della rilevanza economica di un servizio pubblico locale, è affatto pacifico, per la Corte, il fondamento costituzionale dell'art. 23 bis: se la rilevanza economica del servizio costituisce il discrimine per l'applicazione delle norme a tutela della concorrenza, ha cioè una funzione pro concorrenziale, medesima funzione dovrà essere riconosciuta alla norma che la prevede. Con ogni conseguenza in ordine alla competenza legislativa, che non potrà che essere, ai sensi dell'art. 117, lett. e) Cost., quella esclusiva statale.

Per la Corte, sono parimenti rivolte a finalità pro concorrenziali le previsioni dell'art. 23 bis che disciplinano la dimensione d'esercizio dei SS.PP.LL (comma 7)[48], che demandano ad un successivo regolamento di delegificazione sia il compito di prevedere l'assoggettamento delle società affidatarie *in house* e di quelle miste alle norme dell'evidenza pubblica per l'acquisto di beni e servizi e per l'assunzione di personale

(comma 10, lett. a)[49] che quello di imporre forme associate di gestione dei servizi pubblici locali (comma 10, lett. b)[50].

5. Competenza a dettare norme incidenti sul patrimonio degli Enti Locali e ad assoggettare al patto di stabilità interno i soggetti affidatari diretti

Assolutamente interessante (e suggestiva) la questione introdotta da diverse regioni ricorrenti relativa alla legittimità, da esse esclusa, di un intervento normativo statale che vada ad incidere, anche solo potenzialmente, sul patrimonio degli Enti territoriali.

L'art. 23 bis, comma 8 (come modificato dal D.L. 135/09), nel disciplinare la sorte degli affidamenti in corso d'esecuzione al momento della sua entrata in vigore e difforni rispetto al nuovo impianto normativo, individua dei limiti temporali massimi di operatività, superati i quali, (in ipotesi, anche anticipatamente rispetto alla scadenza naturale contrattualmente prevista) automaticamente verranno a cessare. Tuttavia, per le gestioni affidate *in house* nel rispetto dei principi comunitari, ma non conformi alla nuova disciplina, è ammessa la possibilità di mantenere in vita il rapporto a condizione che venga ceduta a terzi una non irrilevante partecipazione.

Per le ricorrenti la (di fatto) imposta cessione sarebbe costituzionalmente illegittima, per violazione degli articoli 117, commi I, II, IV[51], comma III[52], 118, commi I e II[53], 119[54] della Costituzione. Proprio all'assunta violazione dell'art. 119 Cost. da parte del comma 8 dell'art. 23 bis, la Corte dedica un autonomo capo della sentenza (il 17)[55].

La Corte, dopo aver dichiarato ammissibile solo la questione posta dalla Regione Emilia Romagna, la giudica infondata ritenendo l'autonomia patrimoniale delle Regioni e degli Enti Locali non assoluta ed incondizionata, ma determinata in conformità ai principi che il legislatore statale fissa nelle materie di sua competenza legislativa, fra cui va sicuramente ricompresa la materia della tutela della concorrenza.

Viceversa, il Giudice Costituzionale ha accolto le censure rivolte avverso il comma 10, lett. a) dell'art. 23 bis nella parte in cui ha demandato ad un Regolamento di delegificazione la previsione d'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno. Invero, la Corte Costituzionale, ribadendo un orientamento oramai pacifico[56], ha ritenuto il succitato intervento ricompreso nella materia del coordinamento della finanza pubblica e, perciò, di competenza legislativa concorrente.

6. Il referendum abrogativo

L'introduzione delle modifiche all'art. 23 bis è stata accompagnata da un coro di polemiche ed accuse. La privatizzazione della gestione dei servizi è stata interpretata come privatizzazione dell'oggetto del servizio, in modo particolare, dell'acqua. La Corte Costituzionale, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità di diverse richieste referendarie

rivolte, anche in maniera radicale, ad incidere sull'art. 23 bis, con la Sentenza n. 24 del 26.1.2011 ha ammesso la richiesta di referendum volto all'integrale abrogazione dell'art. 23 bis .

Interessante (e forse prematuro, vista la sorte delle consultazioni referendarie dell'ultimo decennio[57]) verificare cosa accadrà nel caso in cui, a seguito dello svolgimento del referendum, venisse abrogato l'art. 23 bis.

La Corte sul punto è chiara: “all'abrogazione dell'art. 23- bis, da un lato non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo...”[58]; “dall'altro, conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (...., meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”[59]: questi enunciati pongono sul medesimo piano la gestione diretta e l'affidamento diretto con l'affidamento a terzi[60] selezionati mediante gara ovvero a società miste con socio privato selezionato con gara a doppio oggetto.

Era questa l'intenzione dei proponenti[61]? Dalle memorie depositate nel corso del giudizio, emerge uno scopo limitato a far rivivere la normativa previgente, *id est* l'art. 113 del T.U. Enti Locali e, in particolare, a consentire (nuovamente) agli Enti Locali di gestire il servizio pubblico a rilevanza economica *in house* e con il solo rispetto dei principi di derivazione comunitaria.

Per ottenere questo risultato sarebbe stata sufficiente una formulazione dei quesiti tesa ad ottenere l'abrogazione solo parziale dell'art. 23 bis, anche se non sfugge come ciò avrebbe messo a repentaglio l'ammissibilità stessa del quesito[62], ben nota la ritrosia della Corte ad ammettere quesiti che, di fatto, si rivelano manipolativi o propositivi[63].

Di sicuro, l'abrogazione dell'art. 23 bis comporterà il venir meno anche di discipline che non sono state considerate nemmeno incidentalmente dai promotori. E così, perderanno efficacia le pesanti limitazioni alla capacità d'agire degli affidatari diretti, alle società da loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, disposto dal comma 9, senza la riviviscenza di analogo divieto (esteso alle ipotesi di collegamento) previsto dall'art. 113 del T.U. Enti Locali[64]. Così come, non sussisteranno più le limitazioni alla capacità d'agire dei gestori delle reti e degli impianti in caso di attività separata dall'erogazione del servizio. Parimenti, risulteranno abrogate le norme del Regolamento di delegificazione (DPR 168/2010) in materia di incompatibilità, introdotte per scongiurare possibili e deleteri conflitti d'interesse tra soggetto affidante e soggetto gestore[65].

Ovviamente, in caso di abrogazione referendaria dell'art. 23 bis, rimarrebbero validi ed operativi tutti i rapporti nel frattempo sorti e ad esso conformi. E ciò sia in ragione dell'irretroattività degli effetti dell'abrogazione referendaria. E sia perché, essendo le

modalità di affidamento previste dall'art. 23 bis più concorrenziali rispetto a quelle desumibili dai principi comunitari, sarebbero, con queste, pienamente compatibili.

I referendum sui servizi pubblici locali, *rebus sic stantibus*, si terranno e quindi, tra poco verificheremo se “dove non aveva inciso, se non marginalmente, il Giudizio di legittimità della Consulta, ... potrebbe riuscire la spinta referendaria”.[66]

[1] Si precisa che nel corso dell'articolo, le parole inserite tra virgolette senza indicazione in nota riportano il testo della sentenza in commento.

[2] Gli altri due ricorsi sono stati proposti dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso la legge della Regione Liguria 28 ottobre 2008, n. 39 e la legge della Regione Campania 21 gennaio 2010, n. 2.

[3] Per una precisa ricostruzione della normativa in materia M.A., SANDULLI *Il Servizio Idrico Integrato*, in *Federalismi.it*, n. 4/2011, p. 1

[4] Che avrebbe introdotto “profonde modifiche all'impostazione normativa risalente agli anni novanta” (Corte Costituzionale, sentenza 272/2006)

[5] L'aggettivo “economica” è, in questa sede, volutamente usato per fini di maggior comprensione, sebbene nel citato art. 35 la rilevanza veniva qualificata come “industriale”

[6] Interventi legislativi indotti, secondo i Giudici Costituzionali (Sentenza n. 272/2003), “in larga parte dai rilievi espressi dalla Commissione Europea sulla precedente normativa e dall'esigenza di trovare un esplicito fondamento nel novellato articolo 117 della Costituzione”

[7] Chiaro sul punto il comma 1 del citato art. 23 bis.

[8] Vale a dire “in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità” (art. 23 bis, comma 2, lett. a)

[9] convertito con l. 166/09

[10] Ossia “che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento” (art. 23 bis, comma 2, lett.b)

[11] Ammessi in “deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, 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.. a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta *in house* e, comunque, nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria in materia di controllo analogo sulla società e di prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con l'ente o gli enti pubblici che la controllano”. (art. 23 bis, comma 3). Continua la norma prevedendo che nei casi di cui al comma 3, l'ente affidante deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi del mercato e contestualmente trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione. Decorso il termine, il parere, se non reso, si intende espresso in senso favorevole. (art. 23 bis, comma 4)

[12] Le censure sottoposte alla Consulta sono state da questa raggruppate nei seguenti “nuclei tematici”: 1. Rapporto tra disposizioni censurate e disciplina comunitaria dei SPL.; 2. Individuazione della sfera di competenza costituzionale nella normativa sui SPL; 3. Potestà legislativa statale e rispetto del principio di ragionevolezza; 4. Competenza nella determinazione della rilevanza economica del SPL.; 5. Violazione dell'obbligo di motivazione degli atti amministrativi; 6. Irragionevole disparità di disciplina fra il servizio idrico integrato e gli altri SPL 7. Violazione dell'autonomia finanziaria delle Regioni

[13] sia nella versione originaria che in quella vigente

[14] Perché il diritto comunitario non consentirebbe al legislatore nazionale di estendere la tutela della concorrenza fino al punto da comprimere “il principio di libertà degli individui o di autonomia – del pari costituzionale – degli enti territoriali di mantenere la capacità di operare ogni qual volta fanno la scelta che ritengono opportuna: cioè se fruire dei vantaggi economici offerti dal mercato dei produttori, oppure se procedere a modellare una propria struttura capace di diversamente configurare l'offerta delle prestazioni di servizio pubblico” (Ricorso Regione Piemonte n. 77/2008. Concetto ribadito nell'ulteriore ricorso 16/2010). Identica la tesi sostenuta dalla Regione Toscana (ric. 10/2010)

[15] La Regione Liguria (ric. 12/2010) evidenzia come l'art. 15 del D.L. 135/2009, pur essendo titolato << Adeguamenti alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica >> non cita mai atti comunitari, perché non sarebbe, in verità, imposto da esigenze di adeguamento alla normativa comunitaria, ma semplicemente frutto di precise scelte esclusivamente interne

[16] La non necessità, sotto l'aspetto dell'adempimento degli obblighi comunitari, dell'art. 23 bis, è ribadito dalla stessa Corte con la sentenza 24/2011, con cui è stato ammesso il quesito referendario tendente all'abrogazione del predetto articolo. Ciò che, in caso

contrario, non avrebbe potuto fare.

[17] Il tema della ricostruzione del concetto di servizio pubblico locale è stato compiutamente affrontato da A. POLICE, << Sulla nozione di servizio pubblico locale >>, in I Servizi Pubblici Locali a cura di Stelio Mangiameli, Torino 2008, pag. 65 ss, il quale non ha mancato di evidenziare, quale premessa metodologica che “il legislatore (italiano) .. pur prevedendo la disciplina per il servizio pubblico locale, non ha mai offerto una definizione di tale nozione (e, neppure, di quella più generale di servizio pubblico) né ha fornito elementi formali o contenutistici per una sua qualificazione”

[18] In particolare la Sentenza della Corte di Giustizia UE, 18 giugno 1998, C.35/98, Commissione c. Italia, con cui è stato chiarito che in presenza di un'impresa, intesa come entità che svolge un'attività economica consistente, nell'offerta di beni e servizi in un determinato mercato, consegue l'applicazione delle norme pro-concorrenza. Sul tema, si rammentano inoltre: Corte di Giustizia del 16 giugno 1987, C-118/1985 Commissione/Italia; CGE 23 aprile 1991, causa C-41/90, Höfner e Elser, punto 21; 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione /Italia, punto 36; 21 settembre 1999, causa C-67/96, Albany, punto 77; 12 settembre 2000, cause riunite da C-180/98 a C-184/98, Pavlov e altri, punti 74-75; 10 gennaio 2006, causa C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze e altri, punti 107 - 108; 23 marzo 2006, causa C-237/04, Enirisorse, punti 27-28, 34; 1° luglio 2008, causa C-49/07; MOTOE, punto 43.

[19] In particolare la Sentenza n. 272/2004 con cui la Corte, mutuando la partizione operata dal *Libro Verde sui Servizi di Interesse Generale*, ha evidenziato come i servizi di interesse economico sono quelli per cui esiste un mercato concorrenziale.

[20] Di particolare rilievo, tra gli Atti richiamati dalla Corte Costituzionale, il *Libro Verde sui Servizi di Interesse Generale* del 21.5.2003. Il *Libro Verde* è un documento di riflessione su un tema specifico, pubblicato dalla Commissione. Sebbene privo di valore normativo, è diretto ad influenzare le scelte dei soggetti chiamati a regolamentare un determinato settore. Il Libro Verde sui Servizi di Interesse Generale è di importantissimo rilievo e di straordinaria attualità. Scritto in prossimità dell'allargamento degli stati membri, evento considerato dalla Commissione un vero e proprio “punto di svolta” della storia Europea, il libro muove dalla necessità di fornire elementi alla strategia di sviluppo avviata dagli Organi Comunitari, “basata sulle sinergie fra le riforme economiche e sociali, integrate dalle dimensioni della sostenibilità e dell'ambiente” ed al particolare ruolo che, in detto contesto, rivestono i Servizi di Interesse Generale che “costituiscono un tratto essenziale del modello europeo di società” avendo, quale funzione fondamentale, quella di “migliorare la qualità della vita di tutti i cittadini e.. superare l'emarginazione e l'isolamento sociale” tanto da essere definiti “elemento portante della cittadinanza europea”. Realtà, che comprende servizi sia di interesse economico – espressamente disciplinati - che non economico ed è “complessa ed in costante evoluzione” . La distinzione tra le due ipotesi non è meramente speculativa, ma eminentemente pratica posto che, se è vero che alcune disposizioni comunitarie (ad esempio, il principio di non

discriminazione e della libera circolazione delle persone, il principio della gara pubblica per procedere all'acquisto, da parte di soggetti pubblici, di beni e servizi) valgono per entrambi i tipi di servizio, alcuni principi, ad esempio “la libertà di fornire servizi, il diritto di stabilimento, le norme sulla concorrenza e sugli aiuti di stato, si applicano soltanto alle attività economiche” ossia quelle che implicano “l’offerta di beni e servizi su un dato mercato”

[21] In dottrina è stato sostenuto che “l’ambito delle attività economiche si presenta potenzialmente omnicomprendivo, cioè in grado di comprendere – sempre potenzialmente – la quasi totalità dei servizi ritenuti invece estranei alla nozione di servizio di interesse economico generale” F. DELLO SBARBA, *I Servizi Pubblici Locali, Modelli di Organizzazione e di Gestione*, Torino, 2009, pag. 48. A sostegno della propria tesi, l'autrice richiama il contenuto della segnalazione AGCM 9 febbraio 1999 e la Comunicazione della Commissione 26 aprile 2006, nella parte in cui si sostiene che “le prestazioni fornite solitamente contro retribuzione debbono essere considerate come attività economiche ai sensi del Trattato. Il Trattato non esige tuttavia che il servizio venga pagato direttamente da coloro che ne beneficiano. Ne consegue che la quasi totalità dei servizi prestati nel settore sociale deve essere ritenuta un’attività economica ai sensi degli artt. 43 e 49 del Trattato CE”. Sempre in un ottica liberale, l’a. segnala F. MERUSI, *La nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rassegna Parlamentare*, n. 1/2002.

[22] Il quale ammette solamente, ed in ipotesi eccezionali, gli affidamenti *in house*, ossia ad un soggetto formalmente distinto dall’Ente affidante. Sul punto si tornerà più avanti. E’, però, bene precisare, come d’altronde la Corte ben fa, che il divieto della gestione diretta non discende dall’art. 23 bis, ma è ad esso antecedente, ricavandosi dai diversi interventi legislativi sull’art. 113 D. Lgs 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali)

[23] Legittimità derivante dall’ “assenza di terzietà sostanziale dell’affidatario rispetto all’amministrazione aggiudicatrice” che si verifica quando “l’organismo *in house* si configura quale mero comparto produttivo interno della P.A.” cfr G. BASSI, *La Riforma dei servizi pubblici locali alla prova della Consulta: le nuove linee interpretative desumibili dalla Sentenza 3 novembre 2010, n. 325 in Appalti e Contratti*, 12/2010, pag- 9. *Affidamento in house definito dalla Corte Costituzionale (Sentenza 24/2011) come “una peculiare forma di gestione diretta del servizio da parte dell’ente pubblico” Il concetto è stato delineato, dalla giurisprudenza comunitaria, a partire dalla Sentenza della CGE 18.11.1999, C-107/98, nota come Sentenza Teckal. Per una chiara ricostruzione dello strumento dell’in house providing si veda F. DELLO SBARBA, cit. pag 106 ss; La compatibilità degli affidamenti in house con l’art. 23 bis D.L. 112/2008: il g.a. anticipa l’art. 15, D.L. 135/2009, in *Urbanistica ed Appalti*, 2/2010 pag. 234 ss. In giurisprudenza, da ultimo TAR Lazio, 2241/2011*

[24] Sulle condizioni comunitarie per l’affidamento diretto a società miste si veda G.F. NICODEMO, *Società miste: il giudice europeo detta le condizioni per l’affidamento diretto*, in *Urbanistica e Appalti*, 2/2010, pag. 158 ss, nonché la sentenza della CGE, 15

ottobre 2009, C-196/08, ivi commentata.

[25] Salvo il limite, evidenziato dalla Corte, dell'errore manifesto.

[26] Sulla vicenda dell'introduzione, da parte di leggi regionali, di limiti più rigorosi agli affidamenti *in house*, si veda Corte Costituzionale, Sentenza 20 novembre 2009, n. 307

[27] Resa esecutiva in Italia con la Legge 30 dicembre 1989, n. 439. Funzioni e scopi della Carta sono rinvenibili nel Preambolo, in cui si afferma “che le collettività locali costituiscono uno dei principali fondamenti di ogni regime democratico, che il diritto dei cittadini a partecipare alla gestione degli affari pubblici fa parte dei principi democratici comuni a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa, che è a livello locale che il predetto diritto può essere esercitato il più direttamente possibile, che l'esistenza di collettività locali investite di responsabilità effettive consente un'amministrazione efficace e vicina al cittadino, che la difesa ed il rafforzamento dell'autonomia locale nei vari Paesi europei rappresenta un importante contributo all'edificazione di un'Europa fondata sui principi della democrazia e del decentramento del potere, che tutto ciò presuppone l'esistenza di collettività locali dotate di organi decisionali democraticamente costituiti, che beneficino di una vasta autonomia per quanto riguarda le loro competenze, le modalità d'esercizio delle stesse, ed i mezzi necessari all'espletamento dei loro compiti istituzionali”

[28] Art. 3, comma I, Carta Europea dell'Autonomia Locale: “Per autonomia locale, s'intende il diritto e la capacità effettiva, per le collettività locali, di regolamentare ed amministrare nell'ambito della legge, sotto la loro responsabilità, e a favore delle popolazioni, una parte importante di affari pubblici”.

[29] Art. 4, comma 2, Carta cit.: “Le collettività locali hanno, nell'ambito della legge, ogni più ampia facoltà di prendere iniziative proprie per qualsiasi questione che non esuli dalla loro competenza o sia assegnata ad un'altra autorità”

[30] Art. 4, comma 4, Carta cit.: “Le competenze affidate alle collettività locali devono di regola essere complete ed integrali. Possono essere messe in causa o limitate da un'altra autorità, centrale o regionale, solamente nell'ambito della legge”

[31] Confermando, quindi, quanto già espresso con le Sentenze nn. 272/2004 e 307/2009

[32] Ad esempio, per la Regione Puglia (ric. 6/2010), la materia della gestione del servizio idrico integrato rientrerebbe nella materia della tutela della salute e dell'alimentazione, tipica ipotesi di competenza legislativa concorrente.

[33] Corte Cost., sent. 14/2004

[34] Corte Cost., sent. 14/2004

[35] Il tema della ripartizione per materie delle differenti competenze è stato oggetto di numerosi interventi. Tra gli altri, è stato fatto notare da Antonio D'Arena, *Materie legislative e tipologia delle competenze* in www.forumcostituzionale.it, che se “la legge costituzionale n. 3/2001, ha individuato l’oggetto delle competenze legislative ricorrendo alla collaudatissima tecnica dell’elencazione delle materie”, tuttavia, l’affermazione deve essere intesa in senso ampio e non letterale, visto che esistono “materie che sono tali solo apparentemente: individuando non l’oggetto della competenza, ma gli scopi che mediante essa vanno perseguiti. E, quindi, individuando competenze costruite finalisticamente: in funzione, cioè, del fine e non dell’ambito di incidenza” Sul punto, cfr Corte Costituzionale, sentenza n. 407/2002

[36] Corte Cost., sent. 14/2004

[37] Corte Cost., sent. 14/2004. La norma costituzionale è stata, pertanto, definita da F. Casalotti <<*La Corte Costituzionale ed i criteri di riparto delle competenze, con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V, parte II, della Costituzione: la Sentenza n. 272 e l’ordinanza 274 del 2004*>> in *Le Regioni*, 1/2005, p. 264 come “clausola di salvaguardia dell’unità del sistema”

[38] Ed anche perché le norme scrutinate non si riferivano ai livelli essenziali

[39] Corte Cost., sent. 272/2004. L’affermazione della Corte Costituzionale è stata criticata dalla dottrina, nella forma, a causa di un’asserita “stringatezza e apoditticità” e nella sostanza perché “da sempre il governo locale è stato definito prevalentemente come governo di servizi” F. Casalotti, cit., pag.265. La stessa autrice, p.273, s., critica anche la mancata inclusione della materia della regolamentazione della gestione e dell’affidamento dei servizi pubblici locali a rilevanza economica nella competenza in tema di “determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali”, visto che anche i servizi pubblici a rilevanza economica “si sostanziano in attività che sono direttamente correlate alle esigenze dei cittadini e dunque costituiscono strumenti di effettività e garanzia dei diritti civili e dei diritti sociali degli utenti”

[40] Anche alla luce degli ulteriori precedenti, in particolare, le sentenze nn. 314, 307, 304, 160/2009; 326/2008; 401/2007; 80 e 29/2006.

[41] Tripartizione ripresa, per confermarla, dalle sentenze Corte Cost. 232/ 2010 e 45/2010.

[42] Le ricorrenti si riferiscono, in particolare, alla parte dell’art. 23 bis che limita i casi in cui è consentito l’affidamento in house.

[43] Corte Cost, Sent. 232/2010: “questa Corte ha, altresì, chiarito che l’attribuzione delle misure [a tutela della concorrenza] alla competenza legislativa esclusiva dello Stato comporta sia l’inderogabilità delle disposizioni nelle quali si esprime, sia che queste

legittimamente incidono, nei limiti della loro specificità e dei contenuti normativi che di esse sono proprie, sulla totalità degli ambiti materiali entro i quali si applicano»; ed ha, nel contempo, sottolineato che, ricondotta una norma alla «tutela della concorrenza», «non si tratta quindi di valutare se essa sia o meno di estremo dettaglio, utilizzando principi e regole riferibili alla disciplina della competenza legislativa concorrente delle Regioni, ma occorre invece accertare se, alla stregua del succitato scrutinio, la disposizione sia strumentale ad eliminare limiti e barriere all'accesso al mercato ed alla libera esplicazione della capacità imprenditoriale» (sentenza n. 430 del 2007)''.

[44] Tra le altre, Sentenza 376/2008.

[45] Così sostiene la Regione Marche (ric. 15/2010) per cui, se si vuole dare un'interpretazione costituzionalmente orientata al comma 1 ter del D.L. 135/2009 si deve ammettere che le disposizioni ivi contenute potranno trovare applicazione solo ed esclusivamente qualora gli enti competenti abbiano scelto di organizzare il servizio in modo da conferirgli rilevanza economica. Quindi, lungi dal potersi attribuire natura ontologica al concetto di rilevanza economica, questa sarà solo una conseguenza della particolare modalità gestionale prescelta dall'ente, con conseguente esclusione di tale rilevanza per quei servizi per i quali l'amministrazione intende assicurare la copertura dei costi ricorrendo alla fiscalità generale ovvero applicando prezzi politici.

[46] E ciò, sulla scorta della Sentenza della Corte Costituzionale n. 272/2004 che ha escluso la competenza legislativa statale in materia di regolamentazione dei SPL privi di rilevanza economica.

[47] Sul punto concordano i Giudici Amministrativi "ai fini della qualificazione di un servizio pubblico locale sotto il profilo della rilevanza economica, non importa la valutazione fornita dalla p.a., ma occorre verificare in concreto se l'attività da espletare presenti o meno il connotato della "redditività", anche solo in via potenziale" soprattutto quanto "l'incapacità di essere condotto in modo economicamente proficuo derivi dalla determinazione contingente di praticare tariffe di particolare favore" perché "ciò corrisponde ad una scelta gestionale che può essere successivamente modificata in modo che l'esercizio dell'impianto sia fonte di profitto". (Consiglio di Stato, V, 27.8.2009 n. 5097)

[48] Per cui la finalità può essere raggiunta anche "attraverso il superamento della frammentazione delle gestioni"

[49] Con l'aggiunta che queste materie sono altresì riconducibili all'interno della regolamentazione dell'ordinamento civile dello stato.

[50] Anche questa volta giustificata con la considerazione che la finalità può essere raggiunta anche "attraverso il superamento della frammentazione delle gestioni"

[51] Si vedano, tra le altre, Regione Liguria, ricorso 12/2010, (per cui la violazione del comma IV dell'art. 117 Cost. verrebbe realizzata dal fatto che, evidenziando la norma censurata un disvalore per le gestioni in house, opererebbe una drastica compressione dell'autonomia legislativa regionale in materia di servizi pubblici locali ed organizzazione degli enti locali. Ed inoltre, dalla circostanza che, trattandosi di un trasferimento a privati di risorse costituite a spese della collettività, il processo dovrebbe poter essere valutato in termini di benefici di ritorno alla collettività medesima e, quindi, l'ammissibilità condizionata al fatto che l'ingresso del privato si concretizzi in una maggior efficienza della gestione del servizio privatizzato. Viceversa, a parere della ricorrente, le norme del superamento della gestione pubblica dei servizi pubblici locali sarebbero, in chiave meramente ideologica, "orientate a favorire un ingiustificabile processo di svendita (trattandosi di vendita obbligatoria e quindi fuori dalle condizioni di mercato) del patrimonio pubblico capitalizzato nel valore delle società pubbliche che hanno avuto in affidamento i servizi, senza alcuna valutazione delle conseguenze che questo processo avrebbe sulla qualità dei servizi") e Regione Toscana, Ricorso 10/2010, (per cui la lesione costituzionale sarebbe determinata dalla validità indifferenziata della norma, cioè per tutti i servizi e per tutte le realtà locali specifiche e perché questa ribadisce il disvalore del legislatore statale per le affidate gestioni in house nonostante la loro conformità alle regole dettate dall'ordinamento comunitario, senza lasciare margini di scelta agli enti territoriali).

[52] Tra le altre, Regione Puglia, ricorso 6/10, per cui ad originare la lesione sarebbe il fatto che la disposizione "parrebbe determinare la cessazione di tutti gli affidamenti attribuiti secondo la disciplina previgente ... ponendo nell'incertezza l'attuazione dei piani tariffari, travolgendo rapporti giuridici perfezionati ed in via di esecuzione che le parti vogliono vedere procedere secondo la loro scadenza naturale"

[53] Regione Liguria, ricorso 12/2010, "per violazione del principio di sussidiarietà e della titolarità comunale di funzioni proprie".

[54] Tra le altre, Regione Liguria, ricorso 12/2010, che evidenzia l'illegittimità sotto il rilievo dell'autonomia finanziaria degli enti locali, perché gli imporrebbe la cessione di rilevanti quote delle società possedute e Regione Emilia Romagna, ricorso 13/2010, che evidenzia come la norma de qua, imponendo, di fatto, alle Amministrazioni la cessione di quote "del proprio patrimonio societario, a prescindere dalla convenienza economica dell'operazione e, quindi, dalla considerazione, in concreto del tempo, delle modalità, della quantità, valutazioni indispensabili ad evitare che si produca una svendita coatta di capitali pubblici" si tradurrebbe in "un indebolimento finanziario della governance pubblica senza adeguata giustificazione e idonee contromisure, con evidente violazione della norma costituzionale sull'autonomia finanziaria di regioni e comuni che, per tali finalità costituzionalmente riconosciute, ha espressamente ad essi attribuito un proprio patrimonio, il quale non può essere inciso per finalità contrastanti con la sua stessa conservazione ed ottimale gestione" e, pertanto, in una violazione dell'art. 119, comma 6 della Costituzione per cui "i Comuni, le Province, le Città Metropolitane e le Regioni, hanno un proprio patrimonio, attribuito secondo i principi generali determinati dalla legge

dello Stato”.

[55] La Corte risolve le altre censure sollevate o richiamando quanto in precedenza affermato circa la competenza legislativa statale in tema di tutela della concorrenza e della sua estensione ovvero dichiarando inammissibili per genericità taluni quesiti.

[56] Sentenza Corte Costituzionale n. 284/09 : “Allo scopo di raggiungere gli obiettivi del Patto di stabilità interno, lo Stato fissa i principi fondamentali, nell'esercizio della potestà legislativa concorrente in materia di «armonizzazione dei bilanci pubblici e coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario» (art. 117, terzo comma, Cost.); tale competenza statale è richiamata dall'art. 119, secondo comma, Cost., che inquadra il potere degli enti territoriali di stabilire e applicare tributi ed entrate propri «in armonia con la Costituzione e secondo i principi di coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”. Si vedano, inoltre, Sentenze nn. 239/07; 267/06

[57] L'ultimo referendum abrogativo che ha raggiunto il quorum è stato quello che si è tenuto l'11 giugno 1995, avente ad oggetto l'abrogazione di parte della Legge Mammi.

[58] Corte Cost., sent. 24/2011. E' stato evidenziato, tra i vari, come la reviviscenza ha costituito “un tema affrontato e risolto in maniera non pacifica dalla dottrina e dalla giurisprudenza, anche costituzionale. La tesi dell'abrogazione, come fenomeno istantaneo ed irreversibile porta ad escludere qualsivoglia reviviscenza; all'opposto, la tesi dell'abrogazione come fenomeno dinamico, permanente e continuo, porta solo ad ammettere che l'effetto abrogativo va ricostruito continuamente. La reviviscenza, quando è ammissibile, non è dunque automatica, ma il risultato dell'interpretazione e, quindi, può essere solo una delle ipotesi ricostruttive possibili in concreto”. Quindi, “nel nostro ordinamento la ricostruzione degli effetti della declaratoria di illegittimità costituzionale costituisce un proprium della funzione giurisdizionale e una prerogativa dei giudici” A. Morrone, intervento nel Seminario di Astrid, *Questioni di ammissibilità dei referendum elettorali*. In giurisprudenza, contraria alla tesi della reviviscenza si veda Corte Cost., sentenza 40/1997, richiamata nella sentenza 24/2011.

[59] Corte Cost., sent. 24/2011. Il quesito, è stato ritenuto dalla Corte “autoapplicativo”, di tal che, al suo accoglimento residuerebbe “una normativa di risulta immediatamente operativa” A. Morrone, cit.

[60] Siano essi società ovvero persone fisiche. La previsione esclusivamente societaria, prevista dall'art. 113, comma 5, del T.U. Enti Locali era già stata fatta oggetto di censura da parte della Corte di Giustizia CE, sentenza 18.12.2007, n. 357

[61] Ovviamente, questa valutazione ha, semplicemente, natura non giuridica perché, come rammentato dalla stessa Corte Costituzionale con la sentenza 24/11, “la richiesta referendaria è atto privo di motivazione e, pertanto, l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori ..., ma

esclusivamente dalla finalità incorporata nel quesito ”

[62] E forse, bene hanno fatto, tenuto conto della sorte ottenuta dagli altri quesiti referendari dichiarati inammissibili per carenza dei requisiti di chiarezza ed univocità (sent. 27/2011, relativa alla richiesta di abrogazione dell’art. 23 bis, comma 10, lett. D), per inidoneità ed incoerenza rispetto al fine (sent. 25/2011, relativa alla richiesta di abrogazione dell’art. 150 del D. Lgs 152/2006)

[63] Quando, cioè, con il quesito “ non si propone tanto al corpo elettorale una sottrazione di contenuto normativo, ma si propone piuttosto una nuova norma direttamente costruita” Corte Cost. 36/97

[64] Sull’esatta portata della limitazione, Consiglio di Stato, Sez. V, 1 aprile 2011, n. 2012

[65] Non dovrebbero sussistere dubbi sul permanere della vigenza del comma 2 dell’art. 113 D. Lgs 267/2000 anche in ipotesi di abrogazione dell’art. 23 bis. In effetti, l’entrata in vigore di quest’ultimo disposto normativo, non dovrebbe aver determinato l’abrogazione del citato comma 2, tra l’altro nemmeno inserito tra le disposizioni abrogate dalla lettera a) del comma 1 dell’art. 12 del DPR 168/2010. Il tema non è di poco conto, rinvenendosi nel comma 2 citato il principio inderogabile della proprietà pubblica delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni destinate all’esercizio dei servizi pubblici locali.

[66] F. Moretti, *La riforma dei Servizi pubblici locali alla prova della spinta referendaria: aspetti di interesse e possibili effetti di un ritorno al passato*, in *Public Utilities*, 25 gennaio 2011, pag. 1