



C A M P A G N A R E F E R E N D A R I A

L'ACQUA NON SI VENDE



fuori l'acqua dal mercato, fuori i profitti dall'acqua

www.acquabenecomune.org

Gaetano Azzariti (ordinario di diritto costituzionale Università di Roma La Sapienza)

Gianni Ferrara (emerito di diritto costituzionale Università di Roma La Sapienza)

Alberto Lucarelli (ordinario di diritto pubblico Università di Napoli Federico II)

Ugo Mattei (ordinario di diritto civile Università di Torino)

Luca Nivarra (ordinario di diritto civile Università di Palermo)

Stefano Rodotà (emerito di diritto civile Università di Roma La Sapienza)

Invertire la rotta

Per un governo pubblico dell'acqua

Relazione introduttiva ai quesiti referendari

1. *Motivi di carattere generale alla base della scelta del ricorso all'istituto referendario ex art. 75*

Cost.

Il 19 novembre 2009, alla Camera dei deputati si approvava, con ricorso alla fiducia, il decreto Ronchi, che all'art. 15 avviava un processo di privatizzazione dei servizi pubblici locali, di dismissione della proprietà pubblica e delle relative infrastrutture, ovvero un percorso di smantellamento del ruolo del soggetto pubblico che non sembra avere eguali in Europa¹. A rendere ancor più grave, nel merito e nel metodo, l'approvazione del decreto Ronchi, vi è il fatto che esso sia stato approvato ignorando il consenso popolare che soltanto due anni fa si era raccolto intorno alla legge d'iniziativa popolare per l'acqua pubblica (raccolte oltre 400.000 firme), elaborata e promossa dal Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua ed oggi in

¹ A fine 2009 il processo di dismissione e svendita del patrimonio pubblico continuava, nascondendosi dietro lo schema di decreto-delegato relativo al federalismo demaniale.

discussione in Parlamento. Nel frattempo cinque regioni hanno impugnato il decreto Ronchi di fronte alla Corte costituzionale, lamentando la violazione di proprie competenze costituzionali esclusive.

Il decreto Ronchi, convertito in l. n. 166 del 2009, colloca tutti i servizi pubblici essenziali locali (non solo l'acqua) sul mercato, sottoponendoli alle regole della concorrenza e del profitto, espropriando il soggetto pubblico e quindi i cittadini dei propri beni faticosamente realizzati negli anni sulla base della fiscalità generale.

Un testo che non sembra considerare come negli ultimi anni la gestione privatistica dell'acqua abbia determinato significativi aumenti delle bollette e una riduzione drastica degli investimenti per la modernizzazione degli acquedotti, della rete fognaria, degli impianti di depurazione². Ciò nonostante, la nuova legislazione, imponendo la svendita forzata del patrimonio pubblico e l'ingresso sostanzialmente obbligatorio dei privati nella gestione dei servizi pubblici, renderà obbligatoria, anche per l'acqua, la privatizzazione, alimentando sacche di malaffare e fenomeni malavitosi. All'acqua verrà attribuito il valore di merce e sarà posta sul mercato come un qualsiasi bene a rilevanza economica³.

La malavita già da tempo ha compreso il grande *business* dei servizi pubblici locali, si pensi alla gestione dei rifiuti, e la grande possibilità di gestirli in regime di monopolio. La criminalità organizzata dispone di liquidità che, come è noto, ambisce ad essere "ripulita" attraverso attività d'impresa.

Per chi conquisterà fette di mercato, l'affare è garantito. Infatti, trattandosi di monopoli naturali, l'esito della legge sarà quello di passare da monopoli-oligopoli pubblici a monopoli-oligopoli privati, assoggettando il servizio non più alle clausole di certezza dei servizi delineati dall'Unione Europea, ma alla copertura dei costi ed al raggiungimento del massimo dei profitti nel minor tempo possibile.

Insomma il decreto Ronchi, al di là della retorica efficientista che lo accompagna, rappresenta un danno per l'ambiente, la salute e non da ultimo per l'occupazione.

Di tutto ciò non sembrano rendersi conto le posizioni espresse da Roberto Passino, attuale presidente del Co.N.Vi.R.I. (Commissione Nazionale di Vigilanza sulle Risorse Idriche) secondo le quali (Il Sole 24 ore di giovedì 19 novembre) poca conta se il gestore sia una S.p.A. controllata dal pubblico o dal privato, conta che tutte le leggi confermino da anni l'acqua come bene pubblico, che gli impianti idrici siano tutti di proprietà pubblica, che l'organismo di controllo sia pubblico e che la formazione delle tariffe sia in mano pubbliche. Ma non sembrano neppure rendersene conto le ingenue affermazioni contenute nel forum aperto sulla *voce.info*, sito di natura economico-finanziaria, laddove si sostengono le ragioni del decreto Ronchi in nome del fatto che: a) non viene privatizzato il bene ma il servizio di fornitura idrica; b) tale processo è efficiente considerato che l'innalzamento del capitale privato nella gestione dei condotti idrici porterà ad

² Le diverse esperienze privatistiche di gestione dell'acqua degli ultimi anni hanno dimostrato come esse siano incompatibili con la gestione del bene comune, poiché la finalità riconosciuta alle società commerciali è incompatibile con la gestione del bene comune. Infatti il conseguimento del profitto si basa sulla contrazione dei costi e sull'aumento dei ricavi, e inoltre sull'imputazione degli investimenti sulla tariffa. Questo comporta da un lato l'aumento delle tariffe, dall'altro tagli ai costi del lavoro, con relativa precarizzazione, e della gestione, con conseguente peggioramento della qualità dei servizi. A questo va aggiunta l'interruzione del servizio per gli utenti che non sono in grado di pagare e ai quali non è garantita neanche la quantità minima giornaliera per i bisogni primari.

³ Ciò si pone in evidente contrasto con la direttiva 2000/60/CE del Parlamento europeo e del Consiglio che dispone che l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale.

investimenti tali da ridurre gli sprechi legati alla dispersione dell'acqua lungo la rete idrica in ragione della migliore posizione in cui si trova il privato per bilanciare costi e benefici nello sfruttamento del bene.

Le cose non stanno così. E' noto che, soprattutto in beni come l'acqua a valore aggiunto assai basso, tra proprietà formale del bene e delle infrastrutture e gestione effettiva del servizio vi è una tale asimmetria d'informazioni, al punto da far parlare di proprietà formale e proprietà sostanziale, ovvero il proprietario reale è colui che gestisce il bene ed eroga il servizio.

E' nota inoltre la debolezza dei controlli e la loro pressoché totale incapacità di incidere sulla *governance* della società. Ma soprattutto e' noto che il governo e il controllo pubblico diventano pressoché nulli nel momento in cui ci si trova dinanzi a forme giuridiche di diritto privato, regolate dal diritto societario. In questo senso, è opportuno ricordare l'esperienza francese dove in piena gestione privata del servizio idrico a Parigi (*Lyonnaise des eaux e Veolia Eau*) la *Chambre régionale des comptes et l'inspection générale de la ville de Paris* denunciava nel 2000 e nel 2001 l'opacità dell'organizzazione e del funzionamento del servizio dell'acqua e la difficoltà di esercitare controlli sul gestore privato⁴.

Occorrerebbe perciò evitare argomenti fallaci che ruotano intorno alle false dicotomie pubblico-privato, proprietà-gestione e affermare con chiarezza che un bene è pubblico se è gestito da un soggetto formalmente e sostanzialmente pubblico, nell'interesse esclusivo della collettività. Altrimenti risulterà difficile far comprendere ai cittadini che le false liberalizzazioni non sono che nuovi trasferimenti di risorse comuni dal pubblico al privato, che determinano una crescita dei prezzi delle *commodities* e dei beni e servizi annessi, così come un aumento dei prezzi finali dei servizi di pubblica utilità. Ciò pone in essere un governo iniquo dei servizi pubblici essenziali, che inibirà la sua fruizione proprio a quella parte dei cittadini che ne avrebbe più bisogno. Una legislazione che si pone in contrasto con la nostra Costituzione ed in particolare con i principi di eguaglianza, solidarietà e di coesione economico-sociale e territoriale.

Questa legge, attraverso la svendita di proprietà pubbliche, serve al governo "per far cassa"⁵, o al più per compensare i comuni dei tagli di risorse delineati in finanziaria⁶.

I grandi principi ispiratori della nostra Carta costituzionale, che avevano negli anni posto le basi e legittimato il governo pubblico e democratico dell'economia, secondo una logica ed una prospettiva di tutela effettiva dei diritti fondamentali, finiscono mortificati al fine di favorire qualche gruppo industriale. Purtroppo una maggioranza trasversale proclama principi liberisti ma introduce al contrario posizioni di rendita privata che saranno poi impossibili da sradicare.

⁴ A. Le Strat, *Le choix de la gestion publique de l'eau à Paris*, relazione presentata a Torino al Convegno: *Acqua bene comune: il diritto al futuro*, 15 febbraio 2010.

⁵ In nome della riduzione del debito pubblico e del pareggio di bilancio lo Stato italiano ha proceduto all'alienazione di gran parte degli *assets* che direttamente gestiva; quello dell'acqua è l'esempio più vivo e lampante di come i processi di privatizzazione in Italia siano avvenuti oltre che in dispregio delle tutele che già l'ordinamento giuridico appresta a garanzia dei beni pubblici (come ad esempio avvenuto per la cartolarizzazione del patrimonio immobiliare dello Stato la cui sdemanializzazione è avvenuta per decreto) anche al di fuori di qualsiasi disegno organico tendente ad esaltare la loro naturale funzione sociale ed economica piuttosto che sfruttare il loro valore di scambio.

⁶ In merito va segnalato il recente rapporto della Corte dei Conti, sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato. Collegio di controllo sulle entrate del 10 febbraio 2010, che ha evidenziato come le privatizzazioni di questi ultimi anni non abbiano portato né un recupero di efficienza, né una riduzione dei costi. Le *utilities* privatizzate: acqua, energia, tlc, autostrade devono i loro profitti soprattutto all'aumento delle tariffe, ben più alte in Italia che nel resto d'Europa.

Certo con una diversa maggioranza, più attenta all'interesse pubblico, si potrebbe ripartire da una riforma autentica fondata sulla legge di iniziativa popolare del Forum dei Movimenti per l'Acqua e sul testo della legge delega di riforma dei beni pubblici (Commissione Rodotà). Entrambe queste proposte organiche hanno come obiettivo il governo dei beni pubblici e dei beni comuni nell'interesse dei diritti fondamentali della persona, tramite gestioni di diritto pubblico e nel rispetto dei principi costituzionali.

Purtroppo con l'attuale maggioranza parlamentare queste riforme non sono verosimili e l'arma del referendum abrogativo ex art. 75 Costituzione è la sola utilizzabile in chiave riformista.

Ovviamente, le possibilità di successo di una tale via sono legate a molte variabili, incluso l'atteggiamento della Corte Costituzionale e la capacità dei promotori di far comprendere ai cittadini l'importanza della posta in gioco al fine di ottenere il quorum necessario previsto dalla legge. Idealmente entrambe queste difficoltà sarebbero più agevolmente superabili con un quesito unico secco e chiaro. Tuttavia ciò non risulta tecnicamente fattibile perchè il regime dell'acqua risulta connesso con quello degli altri servizi di pubblica utilità e perchè il processo di privatizzazione è stato concluso, non avviato, dal decreto Ronchi.

In virtù di queste difficoltà tecniche e del mandato ricevuto di presentare ai cittadini un progetto referendario capace di ripubblicizzare l'acqua, gli estensori di questo documento hanno immaginato tre quesiti. E' nostro auspicio che tutte le forze politiche e sociali capiscano l'importanza di mantenere la campagna referendaria prossima unicamente legata al tema altamente simbolico dell'acqua.

2. Oggetto ed obiettivo dei quesiti referendari: governare e gestire le risorse idriche attraverso un soggetto di diritto pubblico

Al fine di recidere le basi culturali e tecnico-gestionali della privatizzazione dei servizi pubblici essenziali, attraverso il decreto Ronchi, si è pensato con la redazione dei seguenti tre quesiti di concentrarsi in questa fase referendaria sul bene comune pubblico per eccellenza: l'acqua.

I quesiti referendari, anche e soprattutto sulla base del mandato politico ricevuto da tutti i soggetti che si sono raccolti attorno al Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua che ha promosso l'iniziativa nelle scorse settimane, sono tesi, evidentemente con tutti i limiti di tale fonte normativa priva di capacità propositiva, a creare i presupposti, in attesa di una legge nazionale, per reintrodurre nell'ordinamento giuridico italiano l'affidamento della gestione dell'acqua ad un soggetto di diritto pubblico. Un mandato politico chiaro e netto volto ad "utilizzare" lo strumento referendario per avviare nel Paese una grande battaglia di civiltà, ed avviare un grande dibattito che sappia mobilitare la cittadinanza attiva. Abbiamo scelto, ben consapevoli dei rischi di inammissibilità, ma pur con la dovuta prudenza, di puntare ad un esito referendario netto e chiaro e non puramente simbolico e parziale.

Ovviamente per ogni quesito referendario abbiamo predisposto un nucleo di argomentazioni ed una base giuridica che tendono a dimostrarne dinanzi alla Corte costituzionale la loro ammissibilità. Le argomentazioni affrontano temi tra i più delicati ed incerti del diritto pubblico generale ovvero il sistema

delle fonti e i rapporti tra loro intercorrenti in merito al principio gerarchico, al criterio cronologico, all'effetto abrogativo dell'istituto referendario, al criterio della specialità, al principio della reviviscenza o riespansione della norma derogata, all'istituto della delegificazione. Sono stati affrontati temi a cavallo tra il diritto pubblico e il diritto societario che attengono alla natura giuridica e alle regole da applicare alle differenti forme imprenditoriali.

In estrema sintesi, al fine di raggiungere gli obiettivi preposti, i quesiti che si presentano sono tre:

1. abrogazione dell'art. 23 bis (12 commi) della l. n. 133 del 2008 relativo alla privatizzazione dei servizi pubblici di rilevanza economica, così come modificato dall'art. 15 della legge di conversione n. 166 del 2009.

2. abrogazione dell'art. 150 (quattro commi) del d. lgs. n. 152 del 2006 (c.d. codice dell'ambiente), relativo alla scelta della forma di gestione e procedure di affidamento, segnatamente al servizio idrico integrato;

3. abrogazione dell'art. 154 del d. lgs. n. 152 del 2006, limitatamente a quella parte del comma 1 che dispone che la tariffa costituisce corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto dell'adeguata remunerazione del capitale investito.

3. Argomentazioni a supporto del quesito referendario n. 1.

In via preliminare, va osservato che la giurisprudenza della Corte costituzionale nei giudizi di ammissibilità è estremamente ondivaga e di difficile interpretazione, utilizzando spesso parametri elastici e principi eterogenei per giudicare di volta in volta i quesiti referendari.

Detto ciò, in merito al quesito n. 1, va rilevato che trattasi di una norma collocata all'interno di un provvedimento relativo allo sviluppo economico, alla semplificazione, alla competitività, alla stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria. Dunque, si è in presenza di una norma che da un punto di vista formale non presenterebbe limiti espliciti ed impliciti di ammissibilità referendaria.

Tuttavia, l'*incipit* dell'art. 23 bis così recita: “*..le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in applicazione della disciplina comunitaria*” il che cerca di produrre una resistenza formale alla procedura di referendum. Occorre dire subito che l' *incipit* è menzognero. La norma non adempie ad alcun obbligo comunitario. Tale disposizione non esplicita le fonti comunitarie di riferimento che dovrebbe “applicare”. Essa si “auto-proclama” norma di attuazione di obblighi comunitari per alludere ad un orientamento della Corte che tende a ritenere inammissibili i quesiti se violativi di obblighi comunitari, ossia relativi alla controversa figura delle c.d. “leggi comunitariamente necessarie”. In sostanza la Corte costituzionale, partendo dal limite degli obblighi internazionali sancito dall'art. 75 Cost., ha elaborato una giurisprudenza che ad essa riconduce il limite delle “leggi comunitariamente necessarie”.

Con le sentenze nn. 31, 41 e 45 del 2000 la Consulta non ha ritenuto ammissibile il referendum su quelle leggi che sono indispensabili affinché lo Stato italiano non risulti inadempiente rispetto agli obblighi

comunitari, dal momento che l'eliminazione di tali norme è possibile solo con la contemporanea introduzione di disposizioni conformi al diritto dell'Unione Europea.

Queste precisazioni inducono alla dovuta prudenza, anche se da un punto di vista formale potrebbero essere superate evidenziando la natura diversa, non comunitaria, del provvedimento nel quale è inserita la disposizione, e da un punto di vista sostanziale sosteniamo che la norma in oggetto, al di là del generico richiamo alla disciplina comunitaria, non è direttamente attuativa di obblighi comunitari, e dunque non dovrebbe essere interpretata dalla Corte come “norma comunitariamente necessaria”.

Il regime concorrenziale ed il ricorso alle regole competitive del mercato, volute dal diritto comunitario, infatti sono già presenti nei modelli espressi dalla normativa vigente, tanto è che, al di là delle alchimie dell'*in house* e del relativo controllo analogo, non pongono lo Stato italiano in posizione inadempiente nei confronti del diritto comunitario. Si potrebbe inoltre sostenere che l'art. 23 bis si caratterizzi per un *distinct disfavor* nei confronti dell'aggiudicazione a favore dell'affidamento diretto a soggetti di diritto pubblico, ricordando in merito che il diritto comunitario non reca alcun obbligo di privatizzazione delle imprese pubbliche o incaricate della gestione dei servizi pubblici, caratterizzandosi, al contrario, per il principio di neutralità rispetto al regime pubblico o privato della proprietà⁷.

Se è vera, come è vera, la pretestuosità del richiamo al diritto comunitario, il testo oggetto del quesito referendario, nell'ambito dell'attuale assetto normativo, esprime una scelta politica, rafforzando due dei tre vigenti modelli: il regime privatistico *tout court* ed il regime misto (pubblico-privato). Invece, il modello dell'affidamento diretto *in house* viene posto come deroga ed eccezione. Si tratta di una scelta politica che più che incidere sul regime della concorrenza incide sugli assetti proprietari (pacchetti azionari e infrastrutture), ponendosi, come si è detto, in contrasto con il principio comunitario della neutralità rispetto agli assetti proprietari (art. 345 TFUE). Da un lato, la Commissione europea non entra nel merito della questione se le imprese responsabili delle prestazioni di servizi di interesse generale debbano avere natura pubblica o privata, dall'altro, le norme del trattato, e in particolare quelle in materia di concorrenza e di mercato interno, si applicano indipendentemente dal regime di proprietà (pubblica o privata) di un'impresa⁸.

Pertanto, l'abrogazione di tale norma non pone lo Stato italiano in una posizione di inadempienza rispetto agli obblighi comunitari. La norma in oggetto, dunque, al di là dell'auto-proclamazione non può essere intesa quale “legge comunitariamente necessaria” ed il quesito referendario dovrebbe essere tendenzialmente ritenuto ammissibile dalla Corte costituzionale.

Oltre alla problematica legata alle c.d. “leggi comunitariamente necessarie” va evidenziato che il referendum sull'art. 23 bis “aggreisce” una norma che ha per oggetto tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica, dunque oltre all'acqua molto altro. La Corte, dunque, in sede di ammissibilità potrebbe sollevare obiezioni circa la congruità del fine perseguito rispetto al quesito proposto che appunto inciderebbe

⁷ Si veda art. 345 TFUE (ex art. 295 TCE): “I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri”. Il principio di neutralità costituisce, inoltre, insieme ai principi di libertà di definizione e proporzionalità, uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale, come affermato dalla Commissione nella propria comunicazione del 2001.

⁸ Sentenza della Corte di Giustizia (V sezione) del 18 novembre 1999, *Teckal srl contro Comune di Viano e Azienda Gas-acqua consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, causa C-107/98, in Racc. pagina I-08121,

su tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica. La Corte potrebbe dichiarare che la richiesta referendaria non sarebbe idonea a conseguire lo scopo dichiarato andando ben *ultra petita*.

Anche queste possibili obiezioni che potrebbero provenire dalla Corte, se da una parte ci inducono a procedere con la giusta prudenza e consapevolezza di un percorso incerto, dall'altra potrebbero essere superate, laddove fosse ben evidenziata la coerenza e l'omogeneità del quesito in sé, ancor più se letto in collegamento sistematico con gli altri due quesiti. Infatti, i quesiti contengono, come espressamente voluto dalla Corte, una matrice razionalmente unitaria, dal carattere dell'omogeneità, che permetterebbe all'elettore il voto consapevole su una domanda strutturata in maniera inequivocabile⁹. L'obiettivo, nella sua unitarietà ed omogeneità, si propone in maniera netta di ripubblicizzare il servizio idrico integrato, ponendolo al di fuori delle regole del mercato ed affidando ad un soggetto di diritto pubblico la gestione.

Per ottenere ciò, secondo la disciplina vigente, occorre necessariamente "passare" attraverso la normativa che regola i servizi pubblici di rilevanza economica, in quanto non sarebbe assolutamente sufficiente, per il nostro fine, "aggregare" unicamente la disciplina speciale, ovvero quella di cui all'art. 150 del d.lgs n. 152 del 2006. Il quesito, come vuole la Corte, incorpora "l'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo", esprime una netta e chiara alternativa al modello di cui all'art. 23 bis, che dovrebbe contribuire al giudizio di ammissibilità¹⁰. Per completezza, va anche detto che la varietà di qualificazioni che la giurisprudenza della Corte tende a conferire al criterio dell'omogeneità del quesito ha spinto parte della dottrina (Cariola) ad intravedere in tale categoria diversi segni di affinità con il giudizio sulla ragionevolezza delle leggi.

In sostanza, sarebbe possibile sostenere che il quesito n. 1 possiede in sé e per sé un'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo, che si esprime nella netta e chiara alternativa al modello privatistico di gestione dei beni pubblici (acqua, ma anche tutti gli altri servizi pubblici locali di rilevanza economica). Ciò, anche in linea con la sentenza n. 16 del 1978 della Corte costituzionale (sentenza Paladini), con la quale la stessa si assunse il compito di determinare in via preventiva e generale i fondamenti, gli scopi, i criteri del giudizio riguardante l'ammissibilità delle richieste referendarie, al fine di tracciare un quadro unitario di riferimento, entro il quale potessero coerentemente effettuare le singole valutazioni della Corte.

Pertanto, sarebbe possibile affermare che il quesito n. 1 può essere inteso quale quesito generale, che traccia un quadro unitario di riferimento, ma giammai eterogeneo nell'oggetto. In sostanza, per il quesito in oggetto, potrebbe escludersi quanto richiamato dalla suddetta sentenza della Corte costituzionale, ovvero "sono inammissibili le richieste così formulate, che ciascun quesito da sottoporre al corpo elettorale contenga una tale pluralità di domande eterogenee, carenti di una matrice razionalmente unitaria, da non poter venir ricondotto alla logica dell'art. 75 Cost."

La domanda ha infatti una sua matrice unitaria ed omogenea avendo come obiettivo la "reale" ripubblicizzazione della gestione delle risorse idriche. Il quesito risulterebbe omogeneo e riconducibile ad una matrice razionalmente unitaria, e inoltre la coerenza tra mezzo e scopo risulterebbe evidente dalla

⁹ Corte costituzionale n. 16 del 1978.

¹⁰ Corte costituzionale n. 29 del 1987.

coerente normativa residua, immediatamente applicabile, tale da garantire, pur nell'eventuale inerzia del legislatore, la costante operatività del sistema.

Ma la preoccupazione dei giudici costituzionali risiede oltre che nella valutazione in sé della struttura formale del quesito, finalizzata a consentire la consapevole manifestazione del voto popolare, anche nel tipo di effetti che potrebbero scaturire sulla normativa risultante dall'abrogazione a mezzo di referendum (Pizzolato-Satta). La Corte s'impone di verificare che l'abrogazione popolare lasci indenne "una coerente normativa residua immediatamente applicabile"¹¹. Tale impostazione non va erroneamente intesa come una forma per legittimare referendum propositivi, ottenute dalla manipolazione del testo legislativo. Sul punto, è la Corte stessa che rigetta la categoria dei referendum propositivi quale risultanza della manipolazione normativo-abrogativa, affermando che sarebbe la legge stessa o singole disposizioni di essa a contenere una capacità operativa¹². In sostanza, da parte della Corte vi sarebbe una netta accettazione dei referendum manipolativi, non intendendoli quali referendum dal carattere propositivo.

Comunque, nel caso di specie, l'abrogazione totale dell'art. 23 bis, non soltanto è al di fuori dalle ipotesi del referendum manipolativo e selettivo, che per scelta e volontà politica non è stato voluto dalle forze politiche e sociali raccolte presso il Forum, ma altresì non dovrebbe generare un vuoto normativo. Infatti la gestione del servizio idrico potrebbe essere affidata, anche nel caso di abrogazione referendaria dell'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, in conformità a quanto previsto dal vigente art. 114 TUEL del 2000, ovvero in affidamento diretto all'azienda speciale, eventualmente anche organizzata in forma consortile.

Si tratta di un soggetto di diritto pubblico, di un ente pubblico economico¹³, ben distante dalle società pubbliche e non assimilabile ad esse, la cui disciplina risulta dettata dal diritto societario¹⁴. Inoltre nei confronti delle società pubbliche l'ente pubblico di riferimento non gode di particolari poteri che vadano oltre quelli previsti dal codice civile e dalla normativa speciale in capo al socio di una normale società di capitali. Ciò è la conseguenza fisiologica della natura privatistica delle società pubbliche che operano sul mercato come un normale operatore economico (Sandulli).

¹¹ Corte costituzionale n. 32 del 1993, n. 47 del 1991, 13 del 1999.

¹² Corte costituzionale n. 33 del 2000.

¹³ L'azienda speciale, a differenza dell'azienda municipalizzata che è un organismo tecnico-produttivo costituito dai comuni, privo di propria personalità giuridica, ha una propria personalità giuridica. In merito alle aziende municipalizzate si veda A. Bardusco, *Azienda municipalizzata*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Torino, 1991, pp. 129 ss.

¹⁴ V. Ottaviano, *Ente pubblico economico*, in *dig. Discipline pubblicistiche*, vol. VI, Torino, 1991, p. 94 ss.

Infatti, occorre evidenziare che l'azienda speciale a differenza delle società di capitali (nel caso di specie a capitale pubblico) si caratterizza, ai sensi dell'art. 114 tuel per i suddetti requisiti: 1) strumentalità; 2) ridotta autonomia imprenditoriale. In merito al punto 1) si sottolinea che nell'ambito delle aziende speciali sussiste un legame inscindibile tra l'azienda e l'ente locale di riferimento, infatti è l'ente locale che attraverso l'azienda realizza una certa forma di gestione del servizio (*governance*) determinandone gli obiettivi e vigilando sul perseguimento e raggiungimento di questi (controlli). È evidente dunque la prevalenza della dimensione pubblicistica strettamente connessa al perseguimento di interessi generali. In merito al punto 2) si sottolinea una maggiore ingerenza – approvazione dello statuto da parte dell'ente locale di riferimento - da parte dell'ente locale, diversamente da quanto avviene ad esempio per le s.p.a., per le quali le attività di indirizzo dell'ente locale non possono andare oltre gli strumenti previsti dal diritto societario. In merito alle società pubbliche di capitale, dove sono appunto in gioco interessi e risorse pubbliche, ma in senso più ampio direi diritti di cittadinanza, vengono meno i controlli politici ed amministrativi esercitati in seno all'ente locale dal Consiglio comunale e dagli organi del controllo interno (revisori dei conti, controllo di gestione, controllo amministrativo e, per certi aspetti, nucleo di valutazione), considerando altresì il ridimensionamento dei controlli esterni giudiziari, quali l'eliminazione dell'omologazione e la più ristretta possibilità di effettuare la denuncia di cui all'art. 2409 c.c.

Pertanto le aziende speciali non possono perseguire interessi di carattere puramente economico, svincolati dalla missione cui sono istituzionalmente votati, a differenza di quanto avviene per le società commerciali, che assolvono per loro natura ad una funzione di mobilitazione di capitali.

Come più volte evidenziato dalla Cassazione a sezioni unite¹⁵, ma anche da una parte della giurisprudenza amministrativa¹⁶, la società pubblica è un soggetto autonomo rispetto all'ente pubblico proprietario e quest'ultimo non ha poteri ulteriori rispetto a quelli attribuiti in qualità di socio. Non è consentito all'ente locale di incidere unilateralmente sullo svolgimento del rapporto medesimo e sull'attività della società per azioni mediante l'esercizio di poteri autoritativi o discrezionali, esso potrà avvalersi non già di poteri pubblicistici che non gli spettano, ma dei soli strumenti previsti dal diritto societario da esercitare a mezzo dei membri di nomina comunale presenti negli organi della società (v. art. 2459 c.c.). Inoltre, non si può ignorare la necessità prevista dall'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000 che i rapporti tra ente pubblico e società pubbliche vengano regolati da contratti di servizio. È stato ritenuto necessario dal legislatore prevedere la sottoscrizione di un contratto tra ente pubblico e società di gestione dei servizi, proprio perché l'ente pubblico non può esercitare un potere autonomo ed autoritativo sulla società¹⁷; la disciplina delle società pubbliche non può distaccarsi dunque dal modello tipico del diritto comune (Ottaviano), le cui attività sono interamente sottoposte alla normativa codicistica¹⁸ e i cui organi sociali saranno vincolati dalle norme comuni sulle società per azioni (Galgano).

Alla dimensione privatistica, che caratterizza dunque le società pubbliche, si contrappone l'azienda speciale che trova la sua base normativa nel diritto pubblico. L'autonomia funzionale, che caratterizza il rapporto tra ente locale e società pubbliche, non sussiste nel rapporto tra ente locale di riferimento e azienda speciale, poiché esse si pongono nei confronti degli enti locali come enti strumentali e funzionali, e a limitata capacità imprenditoriale¹⁹. L'azienda speciale, anche ai sensi degli artt. 11, 12 e 13 del codice civile, è una persona giuridica pubblica, che non può essere costituita che con legge, ben distante dalle persone giuridiche private, con tutte le conseguenze che ne derivano. In particolare, come evidenziato in dottrina (Giannini), uno dei tratti più rilevanti degli enti pubblici economici, tra i quali ovviamente rientra l'azienda speciale, è la sussistenza del rapporto potestà-soggezione, che si concretizza in un contenuto atipico, per cui l'ente locale di riferimento, limitandone la sua autonomia imprenditoriale, può emanare direttive d'indirizzo d'impresa per l'attuazione di un proprio indirizzo politico o amministrativo²⁰. Nel caso dei servizi pubblici gestiti in forma imprenditoriale, la connessione con le finalità pubbliche si verifica in via immediata²¹. In

¹⁵ Cass. Sez. un. n. 3 del 1993; Cass. Sez. un. n. 4989 del 1995; Cass. Sez. un. n. 2738 del 1997. Di recente Cass. Sez. un. n. 7799 del 2005 ha riconfermato che: "Normalmente, come è stato già sottolineato da questa Corte (Cass. Sez. un. n. 4989 del 1995, n. 5085 del 1997, n. 8454 del 1998), la società pubblica non muta la sua natura di soggetto di diritto privato solo perché lo Stato o gli enti pubblici (Comune, provincia) ne posseggano le azioni. Tale società, quale persona giuridica privata, opera "nell'esercizio della propria autonomia negoziale, senza alcun collegamento con l'ente pubblico".

¹⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 5361 del 2003, Tar Toscana, II, n. 4677 del 2005. La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che il rapporto tra il comune e la società per azioni costituita dallo stesso comune per la gestione di un servizio pubblico è di assoluta autonomia, sicché una società del genere opera come persona giuridica privata, senza alcun collegamento con l'ente pubblico. Tali società quindi operano secondo i comuni principi di concorrenza al pari di tutte le altre.

¹⁷ M. G. Urso, *La natura giuridica delle società partecipate dagli enti pubblici e la disciplina applicabile*, in *LexItalia*, 2, 2007.

¹⁸ G.F. Campobasso, *La costituzione delle società miste per la gestione dei servizi pubblici locali: profili societari*, in *Rivista delle società*, 1998, p. 392.

¹⁹ In merito alle aziende speciali, il conseguimento degli utili, non va inteso in chiave di pura redditività, ma come diretto a compensare i fattori produttivi impiegati, ed in ogni caso non costituisce lo scopo ultimo della creazione di tali soggetti, rappresentato dalla pubblica finalità per la quale essi vengono costituiti. In merito si veda Cass. sez. un. n. 1282 del 1982. In ogni caso per le aziende speciali non prevale il fine di lucro e non sussiste il rischio d'impresa.

²⁰ Alla *governance* della società pubblica interessa l'affermazione dell'impresa, al potere pubblico l'aumento della ricchezza complessiva.

²¹ V. Ottaviano, *Ente pubblico economico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VI, Torino, 1991, p. 103

questo senso, a differenza degli amministratori delle società per azioni, che non sottostanno ad un potere di indirizzo o di direttiva da parte dell'assemblea, dovendo essi godere di sufficiente autonomia al fine di gestire l'impresa nel modo che ritengono più proficuo e potere rispondere dei risultati conseguiti, gli amministratori delle aziende speciali sottostanno a poteri di indirizzo, di direttiva, di vigilanza, da parte di un organo esterno dell'ente quale l'organo politico con cui l'ente è collegato, che è titolare altresì del potere di nominare il titolare degli organi e di approvare i programmi e le tariffe.²²

Azienda speciale e ente politico costituiscono dunque momenti diversi, ma funzionalmente collegati, di un'unica organizzazione, circostanza che non si realizza con le società pubbliche, con il conseguente obbligo per l'ente locale di sopportare gli oneri che possono discendere per l'ente. Tutti gli atti generali mediante cui si determina la struttura organizzativa delle aziende speciali hanno natura pubblica, con la sola eccezione dei regolamenti per il personale²³.

In sostanza le aziende speciali, come ben evidenziato dalla Corte Suprema di Cassazione, sono soggetti pubblici per definizione, l'organizzazione per l'esercizio dell'impresa ha natura pubblica, sono dotati di poteri autoritativi, e perseguono fini del pari pubblici attraverso risorse di eguale natura²⁴. Svolgono attività amministrativa, rispetto alla quale tali forme costituiscono nient'altro che lo strumento a tali fini utilizzabile ed utilizzato²⁵. In tal senso il Consiglio di Stato ha evidenziato chiaramente le differenze tra il modello dell'azienda speciale e quella della società pubblica, sottolineando che mentre la prima è configurabile quale ente strumentale del comune, nell'apparato organizzativo di questo compiutamente integrata, la seconda è, innanzitutto, un soggetto imprenditoriale, rientrante nello schema organizzativo gestionale proprio delle società di capitali e, pertanto, non sottoposto alle limitazioni di attività cui soggiacciono le aziende speciali²⁶.

Nel caso di specie le aziende speciali gestiscono servizi privi di rilevanza economica, estranei alla logica tariffaria della prestazione e della controprestazione (principio del corrispettivo), quanto meno per quanto attiene all'erogazione del minimo vitale, così come determinato dall'Organizzazione Mondiale della Sanità, e pertanto non sarebbero sottoposte all'obbligo di cui al comma 8 dell'art. 35 della legge finanziaria 448 del 2001, ovvero all'obbligo di trasformarsi in s.p.a. Si ripristinerebbe così, in attesa di una riforma capace di sistematizzare ogni aspetto organizzativo e funzionale, un modello di gestione governato da un soggetto di diritto pubblico²⁷.

²² Ibidem.

²³ Cass. Sez. Un. n. 2326 del 1975 e n. 6371 del 1983.

²⁴ V. Ottaviano, *Ente pubblico economico*, in *Scritti giuridici*, II, p. 260 (par. 1, cap. 6) rileva come "ove risulti chiara la volontà del legislatore di costituire enti nella forma delle società per azioni, sarebbe arbitrario escludere che ad essi si applichi la relativa normativa...e siffatto intento del legislatore, per quanto possibile, non può essere disconosciuto dall'interprete". Diversamente e coerentemente "la loro qualificazione come enti pubblici (economici) "non può essere priva di significato (...) importerà, comunque, che gli enti così denominati sono da riportare all'apparato pubblico".

²⁵ Corte Suprema di Cassazione n. 19667 del 2003.

²⁶ Consiglio di Stato, sez. V, n. 6325 del 2004, in *Foro amm.* e Consiglio di Stato n. 2620 del 2004. In questo senso M. Urso, *Il requisito del controllo analogo negli affidamenti in house*, nota a Consiglio di Stato, sez. V, n. 5072 del 2006, in *Urbanistica e appalti*, n. 12 del 2006, p. 1424, osserva come a differenza delle aziende speciali le società non avrebbero il requisito del controllo analogo, necessario per ottenere l'affidamento *in house providing*.

²⁷ Anche alla luce della recente sentenza della Corte cost. n. 29 del 2010 i servizi idrici rientrerebbero nella materia della concorrenza, quindi annoverati tra servizi di interesse economico-generale in quanto collegati al sistema tariffario. Eliminato tale collegamento, quanto meno per il minimo vitale, ed eliminato l'art. 154, comma 1, che parla espressamente per la determinazione della tariffa di calcolo di un'adeguata remunerazione del capitale investito, non dovrebbero assurgere altri ordini di problema per qualificare tale servizio al di fuori del mercato e privo di rilevanza economica.

Detto questo, va evidenziato che la sola abrogazione dell'art. 23 bis potrebbe aprire la strada a tre scenari, con relativi differenti effetti.

1. Il primo scenario, a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis, potrebbe essere quello del vuoto legislativo²⁸, in merito ai modelli di gestione, colmato provvisoriamente, in attesa di normativa statale di carattere generale, dal ricorso alla gestione attraverso azienda speciale ex art. 114 TUEL, considerando il servizio privo di rilevanza economica e pertanto al di fuori dalle logiche del mercato e della concorrenza. Si tratta dello scenario che si sviluppa in un quadro ordinamentale pre-referendario, dove in merito ai modelli di gestione vige soltanto l'art. 23 bis, nel quale da una parte si nega l'ipotesi della specialità e relativa resistenza della norma precedente (vedi *infra* punto 2 in merito all'art. 150), dall'altra non si prende in considerazione l'ipotesi della reviviscenza della norma abrogata (vedi *infra* punto 3, in merito all'art. 113). Nell'ambito di tale scenario c'è chi sostiene che l'abrogazione dell'art. 150 sarebbe ultronea, in quanto norma già abrogata dall'art. 23 bis e che il vuoto legislativo si colmerebbe attraverso un'abrogazione parziale dell'art. 23 bis "lasciando in piedi" due sole forme di gestione: con gara ai privati²⁹ e una c.d. *in house*, senza alcun riferimento alla forma societaria di modo che vi potrebbero rientrare sia l'azienda pubblica sia la società *in house*, sia la gestione in economia. Nell'ambito di tale scenario, si tratta di una soluzione che lascerebbe di fatto inalterata la situazione attuale delle gestioni sul nostro territorio, avendo quale unico risultato concreto quello di salvare le società pubbliche *in house*, laddove, a disciplina vigente, l'affidamento *in house*, costituisce una deroga alle altre due modalità ordinarie e per poterla applicare deve essere dimostrata l'assenza di alternative di mercato³⁰. Si tratterebbe dunque di una soluzione che, pur avendo una sua logica, oltre a non essere armonica con il mandato e la volontà politica del Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua, non si propone un obiettivo alto e deciso. Si tratta di una proposta che potremmo dire che si pone un obiettivo difensivo e di retroguardia, secondo la massima "salviamo il salvabile" in attesa di tempi migliori. Una tesi che avrebbe una sua sostenibilità giuridica, ma che si pone al di fuori degli obiettivi politici posti dal Forum e ben lontana dall'obiettivo di far uscire il governo dell'acqua dalle regole delle s.p.a e del diritto societario. Una tesi che non avrebbe neppure un valore simbolico, offrendo una dimensione tecnocratica alla battaglia per l'acqua pubblica. Pertanto questo scenario potrebbe essere in linea con un coerente intento referendario soltanto nel caso in cui l'interprete dovessero ritenere abrogate sia le disposizioni contenute nell'art. 150, sia quelle di cui all'art. 113, laddove incompatibili e non suscettibili di reviviscenza. Si tratta di

²⁸ L'art. 23 bis al comma 11 prevede l'abrogazione espressa dell'art. 113 limitatamente alle parti incompatibili, pur senza specificarle.

²⁹ Tale salvataggio lo si giustifica sostenendo che la proposta abrogativa del modello privatistico trasformerebbe l'oggetto del quesito referendario come un no a tutte le privatizzazioni dei servizi pubblici locali, piuttosto che della sola gestione dell'acqua.

³⁰ Secondo tale proposta si otterrebbe anche l'obiettivo di togliere le scadenze imposte dall'articolo 15 del decreto Ronchi, che pone la scadenza degli affidamenti *in house* entro il 31 dicembre 2011 e incoraggia la vendita delle quote pubbliche.

un rischio troppo alto e l'interprete, in uno scenario di tendenziale vuoto, salvo la presenza delle aziende speciali, potrebbe essere tentato a ricostruire il modello sulle macerie degli artt. 150 e 113.

2. Il secondo scenario che può rappresentarsi, a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis è il ricorso ai modelli di gestione di cui all'art. 150 del d.lgs n. 152 del 2006, laddove tale norma, anche ai sensi delle argomentazioni di cui ai paragrafi successivi, per la sua **specialità**, non fosse intesa quale norma abrogata, ma tuttora vigente. Come si è visto, l'art. 23 bis, pur non indicando espressamente le disposizioni abrogate, prevede al comma 11, unicamente l'abrogazione espressa dell'art. 113 nelle parti incompatibili. In questo scenario i modelli di gestione sarebbero regolati dall'art. 150 che richiama i tre modelli di cui all'art. 113. Uno scenario dunque che non sarebbe in linea con lo spirito del quesito referendario.
3. Il terzo scenario, a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art.23 bis, rappresenterebbe la vigenza dei modelli di cui all'art. 113 TUEL, così come modificato da norme successive. Questo scenario sottende all'ipotesi della **reviviscenza** della norma, ovvero dei modelli di gestione di cui all'art. 113 del testo unico degli enti locali di cui al d.lgs. n. 267 del 2000. Il problema della riviviscenza si è posto proprio in relazione alle norme abrogate da legge a sua volta abrogate mediante referendum popolare ai sensi dell'art. 75 Cost. La soluzione negativa viene argomentata soprattutto facendo leva sulla peculiare natura dell'intervento abrogativo popolare, che non ha la medesima potenzialità innovativa della legge e che non può incidere retroattivamente. (Mortati, Pace, Roversi Monaco, Sorrentino). Tuttavia, laddove dovesse intendersi il rapporto tra 23 bis e art. 113 come un rapporto di specie a genere, rispetto a norme più generali, e ragionevolmente potrebbe così intendersi il rapporto, l'eliminazione della prima farebbe riprendere pieno vigore a norme che dalla disposizione abrogata erano derivate. In tal caso, più che di "reviviscenza" si tratterebbe di "riespansione" dell'efficacia, non direttamente riconducibile alla volontà referendaria, di ripristinare la regola generale (Celotto, Pizzorusso). Pugliatti in merito ha aperto nuovi scenari a sostegno della reviviscenza della norma abrogata, riconoscendo infatti l'Autore all'abrogazione l'effetto di richiamare in vita disposizioni abrogate, ed assimilato il referendum alla *species* di abrogazione espressa, attribuendogli anche l'effetto della reviviscenza della norma abrogata. In ogni caso, va detto che comunque è rimesso all'ampia discrezionalità dell'interprete valutare, rispetto al singolo caso concreto, se la caducazione della norma abrogativa possa o meno portare la reviviscenza della norma primariamente abrogata. Laddove, accertata la reviviscenza, comporta la piena riestensione dell'astratta capacità normativa della disposizione primariamente abrogata, che torna a produrre effetti giuridici in conseguenza di un evento che ad essa ridà vita, in senso giuridico, come nitidamente posto in evidenza anche dalla Corte costituzionale, rilevando come in virtù dell'operare di quest'istituto si verifica il ripristino della norma

precedentemente abrogata dalla quale saranno di conseguenza regolati i rapporti giuridici in essa considerati³¹.

Negli scenari sub 2) e sub 3), laddove dovesse intendersi la resistenza della norma speciale e/o la reviviscenza dell'art. 113 TUEL, vi sarebbe il rischio che, pur ottenendo il successo referendario, non si raggiunga una vera vittoria. In sostanza con l'inverarsi degli scenari di cui ai punti 2) e 3), o anche di uno solo dei due, vi sarebbe il rischio tangibile di non reintrodurre una vera ripubblicizzazione del servizio idrico integrato e i soggetti aggiudicatari sarebbero ancora liberi di scegliere tra modello privato, modello misto (cfr. sentenze Corte di giustizia nelle cause C-29/04, C-410/04) e modello *in house*.

La capacità di resistenza della norma speciale di cui all'art. 150 e/o l'istituto della reviviscenza della norma abrogata, potrebbero svilire l'esito referendario, laddove incentrato soltanto sull'art. 23 bis, in quanto tale abrogazione potrebbe lasciare del tutto inalterate le gestioni miste³², private e *in house* affidate e tuttora operanti, sulla base del combinato disposto di cui agli artt 150 del d.lgs n. 152 del 2006 e dell'art. 113 TUEL, sul territorio nazionale. Proprio quelle gestioni che hanno generato un peggioramento del servizio, un aumento delle tariffe ed una netta riduzione degli investimenti di natura infrastrutturale.

Si riproporrebbe la problematica inerente agli affidamenti *in house*, più volte evidenziata dalla Corte di Giustizia (sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-26/03³³, C-84/03, C-29/04³⁴, C-231/03, C-340/04³⁵, C-573/07³⁶) e dal Consiglio di Stato (Cons. St., Ad. Pl. 3 marzo 2008 n. 1; parere Sez. II n.

³¹ Corte cost. n. 108 del 1986.

³² Le sentenze della Corte di Cassazione a sezioni unite, n. 26806 del 19 dicembre 2009 e n. 519 del 15 gennaio 2010 hanno sancito la competenza del giudice ordinario, con esclusione della giurisdizione della Corte dei Conti, nei casi di responsabilità di amministratori di società a partecipazione pubblica per danno arrecato alla società. Le società di diritto privato partecipate da un soggetto pubblico non perdono infatti la loro natura di enti privati per il solo fatto che il loro capitale sia alimentato anche da conferimenti provenienti dallo Stato o da altro ente pubblico. Queste sentenze della Corte di Cassazione segnano una svolta rispetto all'orientamento giurisprudenziale che tendeva a generalizzare la competenza della Corte dei Conti in materia di responsabilità degli amministratori di società a partecipazione pubblica, facendo leva sulla natura pubblica delle funzioni esercitate e dalle risorse finanziarie adoperate. Tali sentenze rafforzano il principio secondo cui ciò che rileva non è l'assetto proprietario ma la natura giuridica del soggetto. Pertanto, alla luce di tale giurisprudenza, le società di capitali, seppur con una forte presenza di capitale pubblico, sfuggono alla giurisdizione della Corte dei Conti.

³³ Un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ha la possibilità di adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incombenti mediante propri strumenti, amministrativi, tecnici e di altro tipo, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi. In tal caso, non si può parlare di contratto a titolo oneroso concluso con un'entità giuridicamente distinta dall'amministrazione aggiudicatrice. Non sussistono dunque i presupposti per applicare le norme comunitarie in materia di appalti pubblici.

La partecipazione, anche minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che tale amministrazione possa esercitare sulla detta società un controllo analogo a quello che essa esercita sui propri servizi.

Pertanto, nell'ipotesi in cui un'amministrazione aggiudicatrice intenda concludere un contratto a titolo oneroso relativo a servizi rientranti nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della direttiva 92/50, come modificata dalla direttiva 97/52, con una società da essa giuridicamente distinta, nella quale la detta amministrazione detiene una partecipazione insieme con una o più imprese private, le procedure di affidamento degli appalti pubblici previste dalla citata direttiva debbono sempre essere applicate.

³⁴ Qualora un'autorità aggiudicatrice sia intenzionata a concludere un contratto a titolo oneroso, riguardante servizi che rientrano nell'ambito di applicazione materiale della suddetta direttiva, con una società giuridicamente distinta da essa, nel capitale della quale detiene una partecipazione con una o più imprese private, devono essere in ogni caso applicate le procedure di appalto pubblico previste da tale direttiva.

³⁵ Qualora l'eventuale influenza dell'amministrazione aggiudicatrice venga esercitata mediante una società holding, l'intervento di un siffatto tramite può indebolire il controllo eventualmente esercitato dall'amministrazione aggiudicatrice su una società per azioni in forza della mera partecipazione al suo capitale.

³⁶ Nel caso in cui il capitale della società aggiudicataria è interamente pubblico e in cui non vi è alcun indizio concreto di una futura apertura del capitale di tale società ad investitori privati, la mera possibilità per i privati di partecipare al capitale di detta società non è sufficiente per concludere che la condizione relativa al controllo dell'autorità pubblica non è soddisfatta. L'apertura del capitale rileva solo vi è un'effettiva prospettiva di ingresso di soggetti privati nella compagine sociale, altrimenti, il principio di certezza del diritto esige di valutare la legittimità dell'affidamento *in house* sulla base della situazione vigente al momento della

456/2007; Cons. St., sezione V, decisione 9 marzo 2009, n. 1365³⁷; Cons. St. Sez. V decisione 28 novembre 2007 – 23 gennaio 2008, n. 136³⁸; Cons. St. Sez. V sentenza 23 ottobre 2007, n. 5587³⁹; Cons. St. Sez. V decisione 18 settembre 2007, n. 4862⁴⁰; Cons. St. Sez. VI sentenza 1 giugno 2007, n. 2932⁴¹; Cons. St. Sez. VI sentenza 3 aprile 2007, n. 1514⁴²; Cons. St. Sez. VI, n. 1514 del 3 marzo 2007⁴³) e l'obiettivo difficoltà da parte dell'ente locale ad esercitare sulla società pubblica quel controllo analogo, così come formulato e richiesto dalla giurisprudenza comunitaria (sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-26/03, C-458/03⁴⁴).

Rimarrebbe inalterato, in tutta la sua drammatica intensità, il problema della gestione diretta attraverso società pubbliche che fisiologicamente esprimono forme giuridiche inidonee, per la fonte normativa che le regola (diritto societario), a svolgere realmente una funzione sociale e di preminente ed assoluto interesse generale. Infatti, alcuna norma, ancor meno di livello statutario, può garantire che una volta affidato il servizio, tali società non tendano anche attraverso gli artifici delle scatole cinesi, alla diversificazione delle funzioni (fenomeno delle *multiutilities*) e alla delocalizzazione dell'attività con buona pace dei livelli occupazionali (sentenze della Corte di giustizia nelle cause C-26/03, C-458/03).

deliberazione dell'Ente locale affidante.

L'attività della società in house deve essere limitata allo svolgimento dei servizi pubblici nel territorio degli enti soci, ed è esercitata fondamentalmente a beneficio di questi ultimi.

Nel caso di specie, anche se il potere riconosciuto alla società aggiudicataria, di fornire servizi ad operatori economici privati è meramente accessorio alla sua attività principale, l'esistenza di tale potere non impedisce che l'obiettivo principale di detta società rimanga la gestione di servizi pubblici. Pertanto, l'esistenza di un potere siffatto non è sufficiente per ritenere che detta società abbia una vocazione commerciale che rende precario il controllo di enti che la detengono.

³⁷ «Il requisito del controllo analogo non sottende una logica “dominante”, rivelando piuttosto una dimensione “funzionale”: affinché il controllo sussista anche nel caso di una pluralità di soggetti pubblici partecipanti al capitale della società affidataria non è dunque indispensabile che ad esso corrisponda simmetricamente un “controllo” della *governance* societaria».

³⁸ E' illegittimo l'affidamento senza gara di un servizio pubblico, quando manca il requisito del controllo analogo: nel caso di specie, infatti, l'ente affidatario, presentava lo statuto di una normale società per azioni, senza alcun raccordo tra gli enti pubblici territoriali e la costituzione degli organi sociali.

³⁹ In tema di appalto, la possibilità di ingresso nella società di nuovi soggetti pubblici potrebbe essere ammessa, legittimamente, nel solo caso di *in house providing* (con partecipazione totalitaria pubblica).

⁴⁰ Nel caso di costituzione di società miste per l'affidamento diretto di servizi pubblici locali non occorre che la società sia costituita al solo scopo di gestire proprio quel determinato servizio pubblico oggetto dell'affidamento, ben potendo lo statuto della società comprendere finalità più ampie, ed ottenere per esse, l'affidamento diretto di servizi pubblici.

⁴¹ Non è obbligatorio l'avvio del procedimento ad evidenza pubblica quando: - l'amministrazione esercita sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi; - il soggetto affidatario svolge la maggior parte della propria attività in favore dell'ente pubblico di appartenenza. La partecipazione pubblica totalitaria è elemento necessario, ma non sufficiente, per integrare il requisito del controllo analogo; sono necessari maggiori strumenti di controllo da parte dell'ente pubblico rispetto a quelli previsti dal diritto civile: - il consiglio di amministrazione della s.p.a. in house non deve avere rilevanti poteri gestionali e l'ente pubblico deve poter esercitare maggiori poteri rispetto a quelli che il diritto societario riconosce alla maggioranza sociale; - l'impresa non deve aver «acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo» dell'ente pubblico e che può risultare, tra l'altro, dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutto il territorio nazionale e all'estero; - le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante.

⁴² La delibera di affidamento *in house* di lavori di restauro di beni culturali è illegittima: tale procedimento di assegnazione deve essere espressamente ammesso dalla normativa di settore, trattandosi di eccezione al principio generale dell'evidenza pubblica; ne segue l'obbligo di risarcimento dei danni in favore dei lavoratori coinvolti, sub specie di perdita di chance subita da questi ultimi perché sono stati ingiustamente privati della possibilità di partecipare alla gare pubbliche che il Comune avrebbe indetto se avesse operato correttamente.

⁴³ «**in ragione del “controllo analogo” e della “destinazione prevalente dell'attività”, l'ente in house non può ritenersi terzo** rispetto all'amministrazione controllante ma deve considerarsi come uno dei servizi propri dell'amministrazione stessa»

⁴⁴ Gli artt. 43 CE e 49 CE nonché i principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano a che un'autorità pubblica attribuisca, senza svolgimento di pubblica gara, una concessione di pubblici servizi a una società per azioni nata dalla trasformazione di un'azienda speciale della detta autorità pubblica, società il cui oggetto sociale è stato esteso a nuovi importanti settori, il cui capitale deve essere a breve termine obbligatoriamente aperto ad altri capitali, il cui ambito territoriale di attività è stato ampliato a tutto il paese e all'estero, e il cui Consiglio di amministrazione possiede amplissimi poteri di gestione che può esercitare autonomamente.

In estrema sintesi, presentarsi dinanzi al corpo elettorale, attraverso il referendum abrogativo, per chiedere la ripubblicizzazione dell'acqua, senza chiedere l'abrogazione dei modelli di gestione privatistica, sarebbe un fatto assolutamente non veritiero. Quindi l'abrogazione dell'art. 23 bis, in merito alla gestione delle risorse idriche, avrebbe quale unico obiettivo di riequilibrare il rapporto tra i tre modelli di gestione, lasciando inalterato il processo di privatizzazione in corso. La presentazione del solo quesito referendario relativo all'art. 23 bis, risulterebbe dunque necessaria, ma non sufficiente a ripristinare in Italia il governo pubblico dell'acqua, non vi sarebbe un'assoluta congruità del mezzo al fine, tra l'intento chiaramente percepibile dalla formulazione del quesito e l'idoneità dell'abrogazione referendaria alla sua realizzazione⁴⁵.

4. Argomentazioni a supporto del quesito referendario n. 2

Il ragionamento di cui al paragrafo 3, la rappresentazione di tre scenari, di cui uno incerto e gli altri due restauratori dei modelli di gestione di cui al testo unico del 2000, ci ha indotto a non fermarci appunto all'art. 23 bis ma a presentare altresì il quesito referendario per abrogare anche l'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, che rifacendosi all'art. 113 del TUEL regola i modi di gestione per quanto attiene ai servizi idrici.

Tale articolo, laddove si applicasse *sic et simpliciter* il criterio cronologico delle fonti, così come previsto dalla seconda ipotesi dell'art. 15 delle preleggi⁴⁶, dovrebbe ritenersi già abrogato dall'art. 23 bis e quindi la Corte potrebbe dichiarare l'inammissibilità del quesito in quanto posto su una norma non esistente all'interno dell'ordinamento giuridico. Si tratta sicuramente di un'interpretazione che ha una sua sostenibilità, in relazione ai principi generali che regolano il sistema delle fonti, e che quindi potrebbe essere plausibilmente fatta propria dalla Corte costituzionale. Tuttavia, va considerata anche un'altra interpretazione, ovvero che l'art. 150 si porrebbe rispetto all'art. 23 bis come legge speciale. Ciò significa che in linea di principio si tratterebbe di una disposizione in grado di resistere alla successiva norma di carattere generale. Sarebbe infatti necessario per espletare l'effetto abrogativo da parte della norma successiva un'abrogazione espressa. In questo senso, la Corte suprema di Cassazione ha in molteplici occasioni ricordato come il criterio cronologico (*lex posterior derogat priori*) trova deroga nell'ipotesi in cui ad una legge speciale faccia seguito una nuova disciplina generale della materia (*lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*)⁴⁷. Sempre su questa linea, la Corte costituzionale ha affermato che per le norme speciali si applicherebbe il criterio cronologico, soltanto laddove la norma successiva contenesse espressa abrogazione. In altri termini non sarebbe sufficiente l'abrogazione implicita⁴⁸. Nel caso di specie non si è in presenza di un'abrogazione espressa, pertanto la norma preesistente "resisterebbe" all'effetto abrogativo di cui all'art. 23 bis. Inoltre, va evidenziato che neppure lo schema di regolamento delegato governativo di cui al comma 8 dell'art. 23 bis (che presenta comunque dubbi di legittimità e conformità – eccesso di delega - rispetto all'art. 17 comma 2 della l. n. 400 del 1988) può intendersi quale norma delegificante ed abrogativa

⁴⁵ Corte costituzionale n. 35 del 2000, n. 36 del 2000, n. 43 del 2000, n. 48 del 2000.

⁴⁶ Principio puntualmente confermato da Cass. 23 febbraio 1988, n. 1915, specie in motivazione.

⁴⁷ In questo senso si veda Cass. 26 aprile 2002, nonché Cass. 9 febbraio 1994, n. 1297 e Cass. 4 marzo 1993, n. 2611.

⁴⁸ Si veda Corte costituzionale n. 1 del 1993.

nei confronti dell'art. 150, in quanto all'art. 12, lett. b), è prevista l'abrogazione unicamente del comma 1 dell'art. 150 del d.lgs. n. 152 del 2006, non incidendo esplicitamente sui modelli di gestione.

Tale articolo, ai commi 1, 2 e 3 richiama espressamente l'art. 113 del d.lgs. n. 267 del 2000, rinviando a tale norma per i modelli di gestione. In sostanza, l'abrogazione di tale disposizione, limitatamente al servizio idrico integrato, proprio in quanto espressa ed esplicita, ed in quanto conseguenza di una chiara volontà espressa dal corpo elettorale, non consentirebbe più il ricorso ai suddetti tre modelli di gestione, sia nel caso di abrogazione dell'art. 113, sia nel caso dell'applicazione del controverso principio della reviviscenza. È evidente che per i servizi pubblici locali, diversi da quello idrico, tali modelli continuerebbero ad essere vigenti, sempre se salvati dal principio della riviviscenza.

L'abrogazione dei tre modelli di gestione, a seguito di referendum abrogativo dell'art. 150, è l'interpretazione che maggiormente salvaguardia la volontà del corpo elettorale e quindi il principio della sovranità popolare nella sua espressione di democrazia diretta, ovvero la volontà di ripristinare la gestione attraverso un soggetto di diritto pubblico. Viceversa, nel caso in cui l'abrogazione dell'art. 150 non implicasse l'ineffettività dei modelli di gestione di cui all'art. 113, vi sarebbe l'ingiustificata impossibilità da parte del titolare del potere abrogativo, di raggiungere il risultato voluto, ovvero di abrogare i tre modelli di gestione del servizio idrico, i due dichiaratamente privatistici e il terzo, "falsamente pubblicistico".

D'altra parte, chi sostiene che l'abrogazione dell'art. 150 farebbe tornare in auge anche per l'acqua la norma generale sui servizi pubblici di cui all'art. 113 (lodo Berlusconi-Buttiglione) si contraddice laddove sostiene la non reviviscenza di tale ultima disposizione, anche in caso di abrogazione referendaria dell'art. 23 bis.

In estrema sintesi, in presenza di reviviscenza dell'art. 113 il quesito referendario sull'art. 150 risulta indispensabile al fine di evitare il ricorso a quei modelli, così come rappresentati dal combinato disposto delle due norme; ma risulta indispensabile anche laddove si dovesse sostenere la non reviviscenza dell'art. 113 e la sola vigenza dell'articolo 150, in virtù del criterio della specialità, che imporrebbe in ogni caso, seppur limitatamente all'acqua, il ricorso alle forme di gestione incompatibili con la sua natura di bene comune. I due principi quello della specialità e quello della reviviscenza uniti o disgiunti imporrebbero dunque il quesito referendario sull'art. 150.

Come si è anticipato, in questo scenario abrogativo rimarrebbe ovviamente vigente l'art. 114 del d.lgs n. 267 del 2000 relativo all'azienda speciale. Ciò significa che, limitatamente al servizio idrico integrato, gli enti aggiudicatari potranno legittimamente affidare il servizio ad un'azienda speciale, estranea agli obblighi di cui all'art. 35 della l. n. 448 del 2001, ciò in assoluta coerenza con il vero spirito pubblicistico contenuto nel progetto di legge ad iniziativa popolare promossa dal Forum.

A seguito dell'abrogazione di tale disposizione, la gestione del servizio idrico, in attesa dell'approvazione di una riforma organica, potrebbe dunque essere affidata ad un ente sostanzialmente e formalmente pubblico, scongiurando ipotesi di vuoti normativi.

Il servizio diverrà così strutturalmente e funzionalmente "privo di rilevanza economica" - la cui qualificazione, anche alla luce del protocollo n. 26 del Trattato di Lisbona può essere determinata dai livelli

di governo più vicino ai cittadini - sarà nuovamente di interesse generale e il diritto all'acqua, quanto meno per i cinquanta litri giornalieri (igiene, salute, alimentazione), sarà assolutamente estraneo a logiche tariffarie, ponendo i relativi costi a carico della fiscalità generale.

In questo modo il diritto all'acqua riacquisterebbe a pieno titolo il suo *status* di diritto umano e diritto fondamentale dei cittadini, assolutamente, nella sua quantità vitale, non subordinabile a qualsiasi logica mercantile ed economica di profitto, da gestirsi anche “nell'interesse delle generazioni future” .

5. Argomentazioni a supporto del quesito referendario n. 3

Si ritiene infine che il terzo quesito sia necessario per incidere e quindi abrogare la logica del profitto contenuta in una parte del comma 1 dell'art. 154 del d.lgs. n. 152 del 2006. In particolare, s'intende abrogare quella parte che afferma che la tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico ed è determinata tenendo conto..... “*dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito*”.

Si tratta di un'abrogazione parziale, ovvero soltanto di alcune parti del complesso normativo, ma il quesito possiede una sua integrità semantica. Tra l'altro, come si è detto, la stessa Corte, rigettando la tesi del ritaglio e della manipolazione come strumenti di mistificazione tesi ad affermare forme di referendum propositivo, ha affermato che sarebbe la legge o singole disposizioni di essa a contenere intrinsecamente una propria capacità operativa, in grado di resistere ad eventuali ablazioni relative a formule grammaticali o linguistiche, dalle quali scaturirebbe una nuova disciplina già presente in potenza nell'originaria versione⁴⁹. In linea dunque con la Corte scaturisce una nuova disciplina, che tende a rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua, ancora una volta dunque un tassello che va inquadrato nel complesso sistematico dei quesiti referendari.

In sostanza, per rafforzare il modello pubblicistico estraneo alle logiche mercantili occorre abrogare tale inciso in quanto allo stato consente al gestore di fare profitti sulla tariffa e quindi sulla bolletta⁵⁰. In particolare con tale norma il gestore, al fine di massimizzare i profitti (remunerazione del capitale) carica sulla bolletta dell'acqua un 7%. Tale percentuale costituisce un margine di profitto, assolutamente scollegato da qualsiasi logica di reinvestimento per il miglioramento qualitativo del servizio. I cittadini dunque con la vigenza di tale norme sono doppiamente vessati, in quanto da una parte il bene acqua è commercializzato e inteso alla stregua di qualsiasi altre bene economico e dall'altra sono obbligati, per consentire ulteriori profitti al gestore, di pagare in bolletta un *surplus* del 7%.

⁴⁹ Corte cost. n. 33 del 2000. Già prima con sentenza n. 47 del 1991, la Corte costituzionale, chiamata a decidere dell'ammissibilità di quesiti referendari in materia elettorale, non soltanto parla di frammenti di legge, ma addirittura considera doveroso tale *modus proponendi*, e con la sentenza n. 5 del 1995 la Corte aggiunge che nel quesito referendario possono essere “incluse anche porzioni del testo legislativo (frasi o parole) brevissime e prive di autonomo significato normativo”.

⁵⁰ Interessante è la proposta referendaria Iannello-Nannetti che mira ad intervenire in maniera più massicciamente selettiva sull'art. 154, ovvero oltre ad eliminare la disposizione che prevede che la tariffa venga determinata come adeguata remunerazione del capitale investito, detta proposta suggerisce di eliminare anche la disposizione che prevede che la tariffa debba coprire per intero i costi di investimento e di esercizio. La proposta mira ad evitare che si ricavano profitti dall'acqua anche attraverso il recupero dei costi di investimento. Da un punto di vista giuridico, la proposta non dovrebbe presentare difficoltà, tuttavia, sotto il profilo dell'opportunità, e soprattutto della comunicazione, che vuole essere per tutti e tre i referendum diretta e chiara, il Forum ha ritenuto di confermare la prima formulazione. Non sarebbe immediatamente e facilmente comunicabile il principio secondo il quale nella nozione di corrispettivo è insita l'idea che questo comprenda la copertura dei costi e un profitto per il gestore.

In conclusione

Attraverso questi tre quesiti, letti ed interpretati secondo un collegamento sistematico, può effettivamente realizzarsi, immediatamente dopo la vittoria referendaria, l'affermarsi anche in Italia del principio fondamentale dell'acqua come bene comune da gestirsi con soggetti di diritto pubblico, fuori dalla logica del mercato, anche nell'interesse delle generazioni future. Con questa campagna referendaria può partire una grande battaglia di civiltà e di tutela per i diritti fondamentali, che potrebbe successivamente essere estesa a tutti i beni comuni. Si tratta di iniziare operativamente ad invertire la rotta per ripristinare il governo pubblico dell'acqua al di fuori e contro qualsiasi logica mercantile, di saccheggio e di profitto.

Gaetano Azzariti, Gianni Ferrara, Alberto Lucarelli, Luca Nivarra, Ugo Mattei, Stefano Rodotà