

L'(incerto) oggetto giuridico dei referendum sulle modalità di gestione del servizio idrico¹.

Andrea Giorgis - Francesca Dealessi

1. Il 31 marzo 2010 sono stati depositati presso l'Ufficio della Corte di Cassazione tre quesiti referendari aventi rispettivamente ad oggetto l'art. 23 bis della l. n. 133/2008 (così come modificato dalla l. n. 166/2009); l'art. 150 del d.lgs n. 152/2006; e l'art. 154 del d.lgs. n. 152/2006 limitatamente a quella parte del primo comma che dispone che la tariffa sia determinata tenendo altresì conto "della remunerazione del capitale investito".

Al di là delle dichiarazioni dei promotori e del dibattito che si è aperto sulla disciplina dell'acqua, dire con precisione quali siano le oggettive finalità giuridiche² dei tre quesiti non è facile, né (di conseguenza) è facile prevedere se tali quesiti saranno dichiarati ammissibili dalla Corte costituzionale.

2.1. Per meglio cercare di comprendere il contenuto dell'iniziativa referendaria e, al tempo stesso, le difficoltà giuridico-interpretative che si incontrano nel definire gli effetti dell'eventuale abrogazione popolare, può essere utile ripercorrere, seppur sinteticamente, l'evoluzione normativa degli ultimi anni in tema di gestione dei servizi pubblici locali e, specificamente, del servizio idrico.

Nel 1990 l'art 22 della l. n. 142 prevedeva che la gestione de servizi pubblici di rilevanza economica e imprenditoriale potesse avvenire, sulla base di una scelta discrezionale degli enti, in economia, in concessione a terzi (con gara), oppure ancora (con affidamento diretto, senza gara) a mezzo di azienda speciale (ex municipalizzata) o di società per azioni a prevalente capitale pubblico locale: il modello più diffuso era quello dell'azienda speciale, in continuità con l'assetto

¹ Il presente articolo ripropone con alcune modifiche ed integrazioni uno scritto pubblicato su la rivista "Dialoghi" 9/2010.

² Sulla distinzione tra oggetto giuridico oggettivo ed oggetto politico soggettivo (ovvero sulla distinzione tra "intenzione-*ratio*" di ogni singola proposta referendaria, derivante dal rapporto tra le norme incluse nel quesito e quelle che risulterebbero dall'eventuale abrogazione, e quella che è stata definita come "intenzione-obiettivo" per indicare "l'insieme dei profili intenzionali non obiettivati nel quesito ma esterni ad esso) cfr., per tutti, L.Imarisio, *Il rilievo giuridico dell'intenzione dei proponenti il referendum abrogativo*, in AA.VV., *Le tortuose vie dell'ammissibilità referendaria*, Torino, Giappichelli, 2005, 133s.; V.Baldini, *L'intento dei promotori nel referendum abrogativo*, Napoli, Liguori, 1996, 15ss.

preesistente e con il processo di pubblicizzazione della gestione dei servizi locali avviato all'inizio del secolo attraverso le aziende municipalizzate.

L'art. 12 della l. 23 dicembre 1992 n. 498 e il d.p.r. 16.9.1996 n. 533 aggiunsero il modello della società mista senza vincolo di proprietà maggioritaria pubblica e con il socio privato selezionato mediante gara; l'art. 17, comma 58, della l. 127/97, aggiunse inoltre il riferimento alla forma giuridica della società a responsabilità limitata (s.r.l.).

Nel 1994 venne approvata la prima specifica legge dedicata al servizio idrico integrato: l'art. 9 di tale legge (l. n. 36 del 5 gennaio 1994, c.d. legge Galli), quanto alle forme di gestione del servizio idrico, rinviava alla legge n. 142/90; nel contempo, l'art. 13 introduceva il principio della tariffa e quindi del corrispettivo, precisando che la tariffa dovesse essere determinata tenendo conto, tra l'altro, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito. Si trattò di una innovazione significativa che, a differenza di altre, verrà confermata nelle successive discipline: le risorse necessarie per lo svolgimento del servizio non dovevano più essere reperite dall'insieme dei cittadini contributivamente capaci (attraverso la fiscalità generale), ma dai soli fruitori del servizio. L'obiettivo dell'innovazione era quello di contenere sia i consumi (di una risorsa scarsa che era - ed è - opportuno non sprecare), sia i costi di gestione del servizio medesimo.

Nel 2000 venne quindi approvato il nuovo Testo unico degli enti locali (d. lgs. n. 267/2000), il quale all'art. 113, per quanto concerne i modelli di gestione, riprendeva i contenuti dell'art. 22 l. n. 142/90, mentre per quanto riguarda le modalità di finanziamento ribadiva il principio del corrispettivo, e all'art. 117 prevedeva che la tariffa fosse calcolata, anche, secondo il criterio della adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato.

Nel 2001 si ebbe una svolta importante in ordine alla natura giuridica e alle modalità di scelta dei soggetti gestori e al rapporto tra pubblico e privato: il legislatore (con l'art. 35, commi 8-9, della l. 28 dicembre 2001 n. 448) prescrisse agli enti locali di trasformare, entro il 31 dicembre 2002, le aziende speciali che gestivano i servizi di cui all'art. 113 t.u. n. 267/2000 in società di capitali e, qualora gli enti locali detenessero la maggioranza del capitale delle società per la gestione di servizi pubblici locali e queste ultime fossero proprietarie anche delle reti e infrastrutture, prescrisse di scorporare, entro un anno, tali reti e infrastrutture, e di conferirle a società a capitale pubblico incredibile. Nel contempo (attraverso lo stesso art. 35, modificò l'art. 113 del TUEL e) prevede che l'erogazione del servizio, da svolgere in regime di concorrenza, avvenisse con conferimento a società di capitali individuate attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica.

Nel 2003 il legislatore fece marcia indietro: il d.l. n. 269/03 (conv. nella l. n.

326/03) modificò infatti nuovamente l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 e reintrodusse, al comma 5, tre possibili modelli organizzativi: società di capitali selezionata con gara (lett. a); società mista con il socio privato selezionato attraverso gara conforme alle norme interne e comunitarie in materia di concorrenza (lett. b); società a totale capitale pubblico che svolgono la parte più importante della loro attività a favore degli enti pubblici soci e sulle quali questi ultimi esercitano un controllo "analogo" a quello esercitato sui propri servizi (c.d. società "*in house*" secondo la definizione di origine comunitaria) per affidamento diretto (lett. c).

La retromarcia non durò molti anni. Nel 2006 il legislatore approvò il Codice dell'ambiente (d.lgs. 3.4.2006 n. 152), il quale abrogò espressamente la c.d. legge Galli e all'art. 150 dettò una disciplina specifica delle modalità di gestione del servizio idrico integrato: l'art. 150, nel richiamare i modelli di gestione dell'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267/2000, introdusse infatti la graduazione fra la modalità principale, la gara -lett.a), e quelle di cui alle lett. b) e c).

Infine, con l'art. 23 bis (d.l. 25.6.2008 n. 112, inserito dalla legge di conversione 6.8.2008 n. 133 e modificato dall'art. 15 d.l. 25.9.2009 n. 135, convertito con modificazioni in legge 20.11.2009 n. 166) il legislatore ha previsto che gli enti locali possano scegliere, per la gestione di tutti i servizi pubblici a rilevanza economica, compreso quindi il servizio idrico, (essenzialmente) tra due soli modelli: quello degli operatori economici individuati con gara e quello delle società miste costituite con gara c.d. "a doppio oggetto" (la selezione del socio e l'attribuzione ad esso di compiti operativi); l'*in house* è disciplinato dal comma 3 solo più come ipotesi eccezionale (in presenza di particolari esigenze territoriali e sociali e previo parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato). Con l'art. 23 bis (nel testo modificato nel 2009) il legislatore ha inoltre previsto la scadenza al 31.12.2011 (anche) degli affidamenti diretti alle società *in house*, salvo radicali trasformazioni di queste ultime (con ingresso di soci privati) o il sussistere di circostanze eccezionali che ne giustifichino la proroga. La norma merita di essere evidenziata perché – se non verrà dichiarata illegittima per il suo carattere sostanzialmente retroattivo - determinerà il superamento di tutte quelle gestioni pubbliche che, grazie a regimi transitori mai ben definiti (art. 35 l. 448/2001) o comunque salvaguardanti (art. 113, comma 15 bis, t.u. 267/00), hanno continuato ad operare in virtù di affidamenti diretti, senza aver partecipato ad alcuna gara.

2.2. Il legislatore italiano – nel mentre procedeva (seppur, come si è visto, in maniera non sempre lineare) a sottoporre la gestione del servizio idrico ai principi

della tariffa e della concorrenza per il mercato³ e quindi alla logica dell'affidamento mediante gara - procedeva altresì ad una progressiva pubblicizzazione delle acque.

Dapprima con il nuovo codice civile del 1942 (che all'art. 822, primo comma, attribuiva al demanio dello Stato "i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia"), quindi con la legge Galli n. 36 del 1994 (che all'art. 1 dispone che "tutte le acque superficiali e sotterranee, anche non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata e utilizzata secondo criteri di solidarietà") e, poi, con l'approvazione del codice dell'ambiente (D.lgs. n. 152 del 2006) il legislatore ha infatti disposto che "tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato" (art. 144, primo comma). Da ultimo, tale principio è stato ribadito anche nella recente disciplina di cui all'art. 23 bis e nel (relativo) regolamento di attuazione: tutte le forme di affidamento della gestione del servizio idrico – si legge all'art. 15, comma 1-ter del d.l. 135/2009 (conv. con modificazioni dalla l. n. 166/2009)⁴ – devono avvenire nel rispetto dei principi di autonomia gestionale del soggetto gestore e di piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, il cui governo spetta esclusivamente alla istituzioni pubbliche".

4

La soluzione – occorre sottolineare – è per molti aspetti una soluzione costituzionalmente obbligata.

Com'è noto, uno degli obiettivi fondamentali del diritto costituzionale europeo del secondo dopoguerra è quello di garantire a ogni individuo - indipendentemente dalle ragioni del calcolo economico e dai caratteri dell'indirizzo politico che di volta in volta si afferma come prevalente – le condizioni materiali per poter condurre un'esistenza libera e dignitosa, ovvero, come recita l'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana, le condizioni per poter realizzare "il pieno sviluppo della propria persona". A tal fine, le costituzioni europee contemporanee, e tra queste in maniera particolarmente esplicita la Costituzione italiana, com'è altrettanto noto, riconoscono a ciascun individuo il diritto di accedere a tutti quei beni e quei servizi di

³ Sulla distinzione tra *concorrenza nel mercato* e *concorrenza per il mercato* e sulle ragioni che hanno indotto l'ordinamento comunitario e quello nazionale a sottoporre i servizi pubblici locali ai (soli) principi della concorrenza per il mercato cfr., da ultimo, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, F.Merusi, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale nei mercati (parzialmente) liberalizzati: una introduzione*, in AA.VV. (a cura di E.Bruti Liberati – F.Donati), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, Giappichelli, 2010, 7ss.; D.Sorace, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, *ibidem*, 12ss.

⁴ In senso analogo art. 1 D.P.R. 7.9.2010 n. 168.

cui si ritiene indispensabile poter fruire (per condurre appunto una vita libera e dignitosa).⁵

In quanto bene essenziale, di cui ogni essere umano ha bisogno per vivere (prima ancora che per vivere degnamente e liberamente), l'acqua, si può affermare che costituisca (indipendentemente dall'assenza o dalla presenza di una espressa disposizione) l'oggetto di una vera e propria pretesa soggettiva costituzionalmente garantita.

L'acqua, come bene essenziale, è però un bene scarso e, al tempo stesso, un bene che incorpora una attività umana di "trasformazione/produzione". Per rendere l'acqua potabile, e per renderla accessibile a ogni persona, occorre, infatti, un'azione umana.

Ora, come avviene per la maggior parte dei beni e dei servizi essenziali, la Costituzione non dice quasi nulla circa le modalità di svolgimento di tale azione, né, in particolare, dice alcunché in ordine alla natura giuridica dei soggetti che debbono in concreto realizzarla.

Ciò che il diritto costituzionale si limita a prescrivere è che il bene venga realizzato e che tutti vi possano accedere.

La determinazione delle forme e dei modi di estrazione/trasformazione/produzione e distribuzione dell'acqua potabile spetta al legislatore (e quindi alla pubblica amministrazione dello Stato e delle Regioni e agli enti locali): esso potrà perciò optare (come, del resto, ha fatto nel corso del tempo) tra una pluralità di modelli di regolazione e di gestione, da quello interamente ed esclusivamente pubblico (c.d. in economia o a gestione diretta), a quelli misti (caratterizzati dalla competizione tra pubblico e privato e/o dalla fusione tra soggetti pubblici e soggetti privati), a modelli imperniati sulla gara e sulla rigida distinzione tra proprietà e gestione e tra pubblico regolatore e privato gestore, a modelli aperti a più soluzioni (in cui parte della scelta viene trasferita agli enti locali) ecc..

Analogamente spetta al legislatore la determinazione della modalità di finanziamento del servizio e quindi, ad esempio, la scelta tra sistemi imperniati sul principio del corrispettivo (e della tariffa), oppure sistemi che tendono a separare il momento dell'erogazione da quello del reperimento delle risorse economiche e, per soddisfare quest'ultima esigenza, si rivolgono alla fiscalità generale (e alla tassazione).

⁵ Cfr., anche per ulteriori indicazioni bibliografiche e per una disamina dei principali problemi che tali diritti incontrano in sede di attuazione e di tutela giurisdizionale, A.Giorgis, *Art.3, comma, 2, in Commentario alla Costituzione*, Utet, 2007, 89ss.; D.Bifulco, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003, M.Losana, *Il riconoscimento del principio di uguaglianza sostanziale nell'ordinamento dell'Unione Europa: modello di riconoscimento, tecniche di realizzazione, strumenti di garanzia*, in corso di pubblicazione, Napoli, Jovene, 2010.

Il legislatore, nell'esercizio di tale discrezionalità, incontra però un limite: le modalità di trasformazione/produzione e distribuzione dell'acqua, e quelle di finanziamento del servizio, devono essere compatibili con le caratteristiche strutturali del bene e con la necessità che tale bene sia accessibile a tutti gli individui.

Poiché le risorse idriche sono un bene scarso, il legislatore non potrà, ad esempio, consentirne la totale privatizzazione: l'acqua, in quanto bene essenziale e in quanto risorsa limitata, non potrà essere proprietà privata di un numero più o meno ristretto di soggetti né, di conseguenza, potrà essere sottoposta a quella che è stata definita la "regola del cowboy"⁶, secondo la quale chi per primo rintraccia una sorgente e/o acquista il terreno circostante o sovrastante ne può pienamente disporre a titolo di proprietario, escludendo secondo il proprio volere, o secondo le regole del mercato, tutti coloro che non gli sono graditi o che non possono permettersi di sottostare alla dinamica dello scambio e dell'acquisto. Ed analoghi limiti valgono per i beni che costituiscono il presupposto materiale per la gestione del servizio (e quindi per l'accesso all'acqua potabile) come le reti⁷ o i sistemi di raccolta e di depurazione.

L'attività di produzione/trasformazione e distribuzione dell'acqua, inoltre - come prescrive l'art. 41 Cost. - non potrà svolgersi "in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"⁸. Se svolta da un soggetto privato, non potrà perciò, ad esempio, consentire un profitto incompatibile con "l'utilità generale" (di cui all' art.43 Cost.), né potrà pregiudicare l'accesso al bene alle generazioni future.

⁶ Cfr. Vandana Shiva, *La democrazia dell'acqua e l'economia dei cowboy*, in *La Repubblica* 19.8.2010; Id., *Le guerre dell'acqua*, Feltrinelli, 2004.

⁷ Per quanto riguarda le reti e le infrastrutture di proprietà delle ex municipalizzate il legislatore (art.35 legge n. 448/2001) ha previsto - come si è sottolineato nel precedente paragrafo - che tali reti e infrastrutture venissero (separate dalla gestione e) conferite a società a capitale pubblico incredibile. Per quanto riguarda le reti di proprietà privata la situazione legislativa è invece più incerta e problematica: una norma di legge avente portata generale e disciplinante il regime giuridico delle reti e delle infrastrutture per la raccolta e la distribuzione dell'acqua potabile non parrebbe infatti esservi. Il regolamento di attuazione dell'art.23 bis tuttavia prevede che "1. Alla scadenza della gestione del servizio pubblico locale...il precedente gestore [ceda] al gestore subentrante i beni strumentali e le loro pertinenze, in quanto non duplicabili a costi socialmente sostenibili, per la prosecuzione del servizio...a titolo gratuito e liberi da pesi e gravami." E che se, "al momento della cessazione della gestione i beni di cui al comma 1 non sono stati interamente ammortizzati, il gestore subentrante [corrisponda] al precedente gestore un importo pari al valore contabile originario non ancora ammortizzato, al netto di eventuali contributi pubblici direttamente riferibili ai beni stessi".

⁸ Cfr., per tutti, M.Luciani, *Economia nel diritto costituzionale*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. V, Utet, 1990; R.Niro, Art. 41 *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, 846 ss.; A.Lucarelli, Art. 43 *Commentario alla Costituzione*, Utet, 2006, 883ss; S.Cassese, *La nuova Costituzione economica*, Bari, Laterza, 2009.

3.1 Per quanto riguarda il primo quesito, avente ad oggetto l'intero art. 23 bis, si potrebbe sostenere che, se tale articolo venisse abrogato, il servizio idrico integrato tornerebbe a essere disciplinato dall'art. 150 del d.lgs. n. 152/2006⁹: i soggetti aggiudicatori sarebbero perciò nuovamente liberi di scegliere tra modello privato, modello misto e modello "in house" (seppur con i limiti di gerarchia stabiliti dall'art. 150 e quelli esplicitati dalla giurisprudenza comunitaria e amministrativa), mentre le aziende speciali rimarrebbero comunque sottoposte all'obbligo di trasformarsi in s.p.a. disposto dall'art. 35, comma 8 della legge n. 448/2001.

L'ipotesi trae la propria plausibilità dal carattere speciale dell'art. 150 d.lgs. n. 152/2006 e dal carattere generale della disciplina a cui esso espressamente rinvia.

Tuttavia - come riconoscono gli stessi proponenti - non si può del tutto escludere lo scenario del "vuoto legislativo", muovendo dal diverso presupposto che l'art. 150 del d.lgs. n. 152/2006 e l'art. 113 TUEL siano stati abrogati e non sia possibile la loro reviviscenza. In tal caso, ad avviso dei proponenti, il "vuoto normativo" sarebbe colmabile dalla disciplina di cui all'art. 114 TUEL e quindi il servizio idrico sarebbe gestibile attraverso azienda speciale. Per dare seguito a questo scenario occorrerebbe però considerare abrogato anche l'art. 35, comma 8, della legge n. 448/2001 che ha disposto l'obbligo per le aziende speciali di trasformarsi in S.p.a.: ma nessuno dei tre quesiti parrebbe ricomprendere (direttamente o indirettamente) tale disposizione, per cui la "reviviscenza" delle aziende speciali appare piuttosto problematica.

7

3.2. Ancora più incerte, dal punto di vista giuridico, sono le conseguenze normative dell'accoglimento del secondo quesito, avente ad oggetto l'art. 150 del d.lgs. n. 152/2006.

Tale referendum, occorre subito dire, assume un significato giuridico rilevante solo se il precedente quesito viene accolto, ovvero se l'art. 23 bis viene abrogato e se si ammette la reviviscenza della normativa da quest'ultimo a sua volta abrogata. L'art. 150 del Codice dell'Ambiente è, infatti, una disposizione (di carattere speciale) che fu abrogata (implicitamente) dall'art. 23 bis e che, per essere sottoposta a referendum, occorre ipotizzare che sia tornata ad esplicare i suoi effetti.

Senza entrare nel merito dei possibili problemi di ammissibilità - connessi soprattutto al fatto che si tratta di una disciplina abrogata e che il quesito di per sé, autonomamente considerato, pone agli elettori una questione puramente ipotetica,

⁹ Mentre gli altri servizi pubblici locali a rilevanza economica - in questa prospettiva - tornerebbero ad essere disciplinati dall'art 113 del TUEL (d.lgs. n. 267/2000) e/o dalle rispettive discipline di settore.

priva di rilievo giuridico – qualora il quesito venisse accolto e l'art. 150 abrogato – successivamente e/o unitamente all'art. 23 bis – si potrebbero ipotizzare più scenari: a) quello, argomentato dai proponenti, della contestuale (ed implicita) abrogazione, per il servizio idrico integrato, anche dell'art. 113 del TUEL (in quanto espressamente richiamato dall'art 150) e quindi della possibile applicazione dell'art. 114 d.lgs. 267/2000, che significherebbe il ritorno alla gestione tramite aziende speciali; b) quello dell'applicazione dell'art. 113 TUEL, in quanto norma generale per la gestione di tutti i servizi a rilevanza economica; c) quello del vuoto legislativo. Per dare seguito al primo scenario, tuttavia, come si è sottolineato più sopra, occorrerebbe considerare abrogato anche l'art. 35, comma 8, della legge n. 448/2001.

3.3. Altrettanto incerto è l'effetto giuridico dell'accoglimento del terzo quesito. Abrogando l'inciso, contenuto nell'art. 154, primo comma, del d.lgs. n. 152/2006, che prevede che la tariffa sia determinata tenendo altresì conto “dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito” non è affatto detto che venga meno il meccanismo del corrispettivo e della tariffa e che il servizio idrico integrato torni ad essere finanziato attraverso la fiscalità generale. Innanzitutto perché l'art. 154, pur senza l'inciso in esame, continuerebbe a prescrivere il principio del corrispettivo; inoltre, perché è quantomeno dubbio che in assenza dell'esplicitazione relativa alla “remunerazione del capitale investito” non sarebbe più possibile ipotizzare la presenza di un gestore privato.

8

4. Nella misura in cui risulta difficile definire quali sarebbero gli effetti giuridici dell'eventuale abrogazione popolare, risulta altresì difficile prevedere se i quesiti supereranno il giudizio di ammissibilità.

Ciò non solo e non tanto perché, nell'incertezza delle conseguenze normative, appaia difficile stabilire se l'abrogazione della disciplina in essi contenuta determini una situazione incompatibile con gli obblighi dell'Unione Europea, come si potrebbe essere indotti a ritenere (specie per quanto riguarda il primo quesito) dalla lettura dello stesso art. 23 bis, quanto soprattutto perché, di alcune proposte referendarie, risulta problematico individuare le “oggettive finalità giuridiche”¹⁰(/l'”evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo”¹¹, ovvero la “matrice razionalmente unitaria”¹²) e, quindi, l'”alternativa giuridica” che verrebbe sottoposta agli elettori.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 36/1997.

¹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 29/1987; 47/91

¹² Cfr. Corte cost., sent. n. 16/1978; 25/1981. Per una ricostruzione delle caratteristiche che ha assunto nel corso nel tempo, ed in relazione alle diverse materie, il requisito della chiarezza/omogeneità/nettezza della scelta/matrice razionalmente unitaria/evidenza del fine intrinseco ecc... cfr, anche per quadro delle diverse posizioni presenti in dottrina, M.Luciani, *Art.75*

Pur senza svolgere in questa sede una approfondita disamina del contenuto delle fonti e della giurisprudenza comunitaria in tema di concorrenza (nel e per il mercato) e di forme di gestione dei servizi pubblici locali - e pur senza discutere della (dubbia) ragionevolezza del limite di ammissibilità c.d. delle norme “comunitariamente necessarie”¹³, specie laddove, come è nel caso in esame, le prescrizioni comunitarie siano comunque suscettibili di essere attuate in una pluralità di modi e dunque riservino al legislatore nazionale uno spazio di discrezionalità politica – per quanto riguarda il primo referendum, se si ipotizza il ritorno in vita dell’art. 150 del d.lgs 152/2006 e quindi delle disposizioni di cui all’art. 113 TUEL (n. 267/2000), non parrebbe verificarsi alcuna ipotesi di violazione degli obblighi comunitari. E probabilmente non si avrebbe violazione del diritto europeo neanche se si ipotizzasse, come sostengono i promotori, il ritorno alla gestione tramite aziende speciali.

Al di là della implausibilità di tale ultima ipotesi (non essendo stato abrogato, né incluso nei quesiti, l’art. 35, comma 8, l. n. 448/2001), la Corte di Giustizia, a partire dalla nota decisione Teckal, ha infatti più volte sottolineato che i principi comunitari di tutela della concorrenza e del mercato trovano una limitazione nel generale principio comunitario di autonomia istituzionale: le regole comunitarie a tutela della concorrenza (e in particolare le procedure di evidenza pubblica per l’affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture) potranno non essere applicate – si legge in numerose pronunce - laddove l’Amministrazione produca direttamente il servizio, oppure reperisca la prestazione da un soggetto che, pur essendo dotato di personalità giuridica diversa dall’Amministrazione, è sottoposto a un controllo così intenso da parte dell’Ente, che può essere assimilato al controllo che quest’ultimo esercita sulle proprie strutture interne. (c.d. controllo analogo che giustifica l’affidamento *in house*)¹⁴.

La scelta compiuta dal legislatore italiano, attraverso l’approvazione della legge n. 133/2008 (e successive modifiche), di introdurre il principio della gara e di circoscrivere l’affidamento *in house* ad ipotesi assolutamente eccezionali, appare

Il Referendum abrogativo, in *Commentario della Costituzione*, G.Branca-A.Pizzorusso, Bologna-Roma, Zanichelli-Foro It., 2005, spec. 322 ss.; F.Pizzolato-V.Satta, *Art.75*, in *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, 1476ss.

¹³ Cfr., da ultimo, Corte cost., sent. n. 45/2000.

¹⁴ Cfr., oltre agli scritti di F.Merusi e M.Cammelli citati nelle precedenti note, R.Giovagnoli, *Gli affidamenti in house tra lacune del codice e recenti interventi legislativi*, in [www. Giustizia-amministrativa.it](http://www.Giustizia-amministrativa.it); M.Casavecchia, *I servizi pubblici locali secondo la riforma di cui all’art.15 del dl 25-9-2009, n.135, convertito nelle legge 25-12-2009, n.166*, in *Il nuovo diritto delle società* n. 6-7/2009. Nella giurisprudenza cfr., oltre alle note decisioni Teckal e Tragga, da ultimo CE del 13-1-2008, C-324/07 sent Coditel ; CE del 10-09-2009, C-573/07 sent Sea.

dunque una vera e propria scelta politica: una scelta politica legittima¹⁵ che, tuttavia, l'ordinamento dell'Unione Europea – contrariamente a quanto viene scritto in apertura dello stesso art. 23 bis – non imponeva di assumere.

Qualche ostacolo all'ammissibilità potrebbe però sorgere, come si è anticipato, in relazione al limite (anch'esso peraltro di non facile definizione) della omogeneità, della chiarezza e/o della matrice razionalmente unitaria¹⁶.

Per quanto riguarda il primo quesito, ad esempio - al di là delle incertezze relative alla normativa di risulta, che non parrebbero tuttavia essere tali da privare il quesito di un sufficientemente chiaro oggetto giuridico - vi è da sottolineare il contrasto tra il titolo, che fa riferimento ad un solo specifico servizio pubblico locale, quello idrico appunto, e la portata generale dell'art. 23 bis che disciplina invece (quasi) tutti i servizi pubblici locali a rilevanza economica.

Per quanto riguarda il secondo quesito, il principale ostacolo all'ammissibilità sembrerebbe derivare, come si è già cercato di evidenziare nel precedente paragrafo, (più che da profili di indeterminatezza degli effetti) dall'inefficacia della disciplina in esso inclusa: l'art. 150 del Codice dell'ambiente, pur essendo una disciplina specifica per la gestione del servizio idrico integrato, è infatti da considerarsi, al momento, una disciplina abrogata (dall'art. 23 bis).

Per quanto riguarda il terzo quesito, l'incertezza sulle conseguenze normative parrebbe giungere fino ad investire la stessa sussistenza di un qualche effetto giuridico e, dunque, di una qualche (sufficientemente chiaro) oggetto giuridico: dall'abrogazione dell'inciso "adeguatezza della remunerazione del capitale investito" non parrebbe infatti venire meno né il principio del corrispettivo e della tariffa, né il principio della gara e dell'eventuale gestione da parte di un soggetto privato, né, in particolare, la possibilità che la tariffa e/o le altre condizioni del contratto (come, ad esempio, la durata) siano determinate tenendo altresì conto degli investimenti realizzati; per cui da un punto di vista strettamente giuridico positivo non è chiaro se agli elettori verrebbe sottoposta davvero una qualche "alternativa giuridica".

5. Senza dubbio più chiaro è, invece, il significato politico (soggettivo) dell'iniziativa referendaria: come si legge in tutti i documenti esplicativi dei quesiti,

¹⁵ A meno che non si ritenga, come ha sostenuto ad esempio la Regione Piemonte (cfr. i ricorsi promossi in via principale, e attualmente pendenti innanzi alla Corte costituzionale, n. 77/2008 in G.U. 17 dicembre 2008, n. 52; e n. 16/2010 in G.U. 10 marzo 2010, n. 10), che la disciplina delle modalità di gestione dei servizi pubblici locali non sia competenza esclusiva ed illimitata dello Stato, né possa diventarlo in nome della "tutela della concorrenza" di cui all'art. 117 Cost., e che debba essere preservata, anche e soprattutto in forza dei principi dell'Unione Europea, uno spazio di autonomia (organizzativa e gestionale) delle Regioni e degli Enti locali.

¹⁶ Cfr. retro, nota n. 11.

l'intento dei promotori è quello di escludere la possibilità che il servizio idrico integrato sia gestito da un soggetto (sostanzialmente, o anche solo formalmente) privato. Ad avviso dei promotori occorre cioè abrogare la distinzione, introdotta dal legislatore nel 2001, tra proprietà (del bene e delle reti, che può essere solo pubblica) e gestione (del servizio, che può essere svolta da un soggetto del tutto o in parte privato, attraverso forme comunque di diritto privato), ed occorre ripristinare una gestione integralmente ed esclusivamente pubblica, sottraendo così il bene acqua da qualsiasi influenza delle logiche del mercato e del profitto (: inequivocabile in questa prospettiva è il significato – politico – della proposta di abrogazione dell'inciso relativo alla remunerazione del capitale investito).

All'origine di questa proposta vi è una radicale sfiducia nella capacità del soggetto pubblico di disciplinare e, quindi, di controllare l'azione di gestori privati (che, essendo mossi dalla ricerca del profitto, tenderebbero a far lievitare i costi per gli utenti, cercando di risparmiare sugli investimenti e sul lavoro): tra il gestore del servizio e il proprietario formale del bene – si sostiene - vi è una tale asimmetria d'informazioni da rendere pressoché irrilevante qualsiasi potere di controllo e di indirizzo del soggetto pubblico.

11

All'origine del processo avviato dal legislatore di separazione tra proprietà (del bene) e gestione (del servizio), vi è l'opposta convinzione secondo la quale l'introduzione di dinamiche concorrenziali e l'ingresso di privati nella gestione dei servizi pubblici non comporti di per sé la privatizzazione (di fatto) dei beni, né sia incompatibile con la garanzia del fondamentale diritto di ogni essere umano di poter disporre di una quantità adeguata di tali beni: ma possa contribuire a migliorare l'efficacia e l'efficienza della gestione.

Definire in astratto se sia più fondata la sfiducia (dei promotori) nella capacità regolativa dei soggetti pubblici, oppure la sfiducia (del legislatore) nella capacità di questi ultimi di gestire con efficienza un servizio (se non vi è lo stimolo della concorrenza), è pressoché impossibile: e in ogni caso una seria disamina dei vantaggi e dei limiti dei diversi modelli di gestione richiederebbe ben altro spazio e, soprattutto, approfondimenti di carattere economico. Tuttavia, ci sembra opportuno richiamare l'attenzione sull'importanza degli aspetti fattuali del contesto. nonché sull'importanza delle modalità e dei limiti con cui si possono attuare le diverse opzioni: la durata dell'affidamento del servizio, le condizioni del contratto, il carattere più o meno strutturato e autonomo degli organismi di controllo e di raccolta delle informazioni, la dimensione del bacino degli utenti, il meccanismo di definizione dei prezzi e la sua maggiore o minore capacità di riflettere il diverso valore d'uso (dell'acqua per la piscina o per la neve artificiale da quella, ad esempio, per l'alimentazione o per l'igiene), la presenza o l'assenza di una rete adeguata e di finanziamenti pubblici sufficienti, la presenza o l'assenza di una precedente gestione

pubblica “virtuosa” - per fare solo alcuni esempi – sono infatti profili che influenzano le stesse caratteristiche strutturali e operative di ciascun possibile modello di gestione.

Ma di questi aspetti, per così dire collaterali, ma (talvolta) decisivi, i quesiti non parrebbero occuparsi.