

I Referendum sull'acqua pubblica nelle sentenze della Corte Costituzionale.

Francesco Lettera

I- Due Referendum ammessi, due inammissibili. II- I quesiti dei referendum e la Corte di Cassazione. III- Referendum ed art.75 della Costituzione. IV- La sentenza della Corte Costituzionale n.325 del 2010: il convitato di pietra. V- Tutela della concorrenza, funzioni e patrimonio di Comuni e Città Metropolitane. VI- L'art.23-bis non è stato imposto dall'Europa. VII- L'adeguatezza della remunerazione del capitale investito. VIII- La proprietà pubblica delle risorse idriche.

I- Due Referendum ammessi, due inammissibili.

Le "privatizzazioni" della gestione dei servizi pubblici locali, e del servizio idrico di cui all'art. 23-bis del D.L. n.112 del 2008, saranno decise dalla volontà popolare, chiamata ad esprimersi su due referendum; altri due referendum non sono stati ammessi dalla Corte costituzionale.

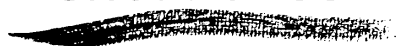
Occorre anche riflettere, ma questa non è la sede, sulla circostanza che l'art.23-bis del D.L. n.112 del 2008, aveva resistito ai ricorsi proposti da alcune regioni, e la sent. n.325 del 2010 del novembre 2010, ne aveva riconosciuto la legittimità costituzionale.

La Corte costituzionale ha dichiarato ammissibili due delle richieste di referendum popolare:

- a- la prima, con la sentenza n.24 del 26 gennaio 2011, *"per l'abrogazione dell'art. 23-bis (Servizi pubblici locali di rilevanza economica) del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112 (Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e finanza la perequazione tributaria), convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, come modificato dall'art. 30, comma 26, della legge 23 luglio 2009, n. 99 (Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia), e dall'art. 15 del decreto-legge 25 settembre 2009, n. 135 (Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea), convertito, con modificazioni, dalla legge 20 novembre 2009, n. 166, nel testo risultante a séguito della [sentenza n. 325 del 2010](#) della Corte costituzionale"* (quesito n.1, referendum n.149) ;
- b- la seconda, con la sentenza n. 26 del 26 gennaio 2011 per l'abrogazione dell'art.154, comma 1 (Tariffa del Servizio idrico integrato), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n.152, limitatamente alle parole *"dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito"* (quesito n.3, referendum n.151).

Invece sono state dichiarate inammissibili le richieste di referendum popolare, per l'abrogazione:

- c- dell'art.23 bis, comma 10, lett.d) del D.lgs n.112 del 2008 e dell'art.15, comma 1 ter del DL 25 settembre 2009, n.135, conv, con L. 20 novembre 2006, n.166, con la sentenza della Corte Costituzionale n.25 del 26 gennaio 2011 (quesito n.2, referendum n.150).



d- dell'art.150 (*scelte della forma di gestione e procedure di affidamento*) del D.lgs n.152 del 2006), con la sentenza della Corte Costituzionale n.27 del 26 gennaio 2011 (quesito n.4, referendum n.152).

II- I quesiti dei referendum e la Corte di Cassazione.

L'Ufficio centrale per il referendum, presso la Corte di Cassazione, aveva dichiarato legittime le richieste dei quattro referendum, con altrettante ordinanze del 7 dicembre 2010.

Il quesito referendario n. 1 riguarda la disciplina generale delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, tra i quali rientra il servizio idrico integrato. La disciplina delle modalità di affidamento della gestione del servizio idrico costituisce, invece, lo specifico oggetto dei quesiti n. 2, n. 3 (proposti dagli stessi promotori del quesito n. 1) e n. 4.

III- Referendum ed art.75 della Costituzione.

Prima di analizzare le motivazioni delle sentenze di accoglimento, appare opportuno sgombrare il campo da alcune questioni preliminari o introduttive.

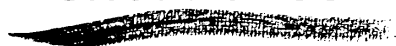
a) La Corte costituzionale ha ribadito che l'istituto referendario previsto dall'art.75 Cost. ha una efficacia "*ablative e non propositiva o additiva*" per cui è inammissibile un quesito che tenda a espungere una norma, "*nella parte in cui*" si intende colpire non la specifica disposizione di legge, ma una sua interpretazione (v.sent. n.24, § 5.1.); invero l'art.75 Cost. consente il referendum abrogativo parziale o totale di un atto avente forza di legge, e non mai il referendum, introduttivo di una nuova disciplina, di una particolare materia riservata alla legge.

b) Una richiesta referendaria è considerata "*atto privo di motivazione*", le cui finalità sono incorporate nel quesito; quest'ultimo è interpretabile "*...esclusivamente in base alla sua formulazione ad all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento.*" (sent. n.25 cit. §.5.1.); la coerenza del quesito –ovvero *la matrice razionalmente unitaria* richiesta dalla giurisprudenza costituzionale- è intrinseca al quesito medesimo e non rileva la circostanza che possano essere stati presentati altri referendum, anche se non vi sia coincidenza dei presentatori.¹

c) la Corte ribadisce che ad essa è riservato il potere di individuare – ma non lo ravvisa nel quesito- il limite di ammissibilità del quesito medesimo; tale limite è costituito da leggi a contenuto vincolato "*...per effetto di trattati internazionali, di norme comunitarie, di norme costituzionali e da leggi costituzionalmente necessarie.*" (sent. n.25 cit..§ 5.1.).²

¹ La sent. 26 del 2011 cit. al § 5 osserva che "*Il potere attribuito dalla legge all'Ufficio centrale (e non alla Corte costituzionale) di "concentrare" le richieste referendarie «che rivelano uniformità od analogia di materia» e di stabilire la denominazione di ciascuna richiesta (eventualmente già oggetto di concentrazione), nonché la possibilità che le varie richieste presentate perseguano obiettivi diversi, dimostrano che la Corte deve valutare ciascun quesito indipendentemente dagli altri e, in particolare, dagli effetti che per l'esito degli altri referendum potrebbero aversi sulla normativa di risulta.*"

² *In base alla giurisprudenza costituzionale, a partire dalla sentenza n. 16 del 1978, il giudizio di ammissibilità del referendum è diretto ad accertare: a) l'insussistenza dei limiti (indicati o rilevabili in via sistematica dall'art. 75, secondo comma, Cost.), attinenti alle disposizioni oggetto del quesito referendario (leggi di autorizzazione alla ratifica di trattati internazionali; leggi tributarie; leggi di bilancio; leggi di amnistia e di indulto; leggi costituzionali; leggi a contenuto costituzionalmente vincolato o costituzionalmente necessarie); b) la sussistenza dei requisiti concernenti la*



d) La Corte ha anche sottolineato che la sua pronuncia sul quesito referendario è limitata alla sola ammissibilità del quesito medesimo, con esclusione di qualsiasi valutazione di eventuali profili di illegittimità costituzionale della norma contro la quale si rivolge l'iniziativa referendaria.

e) Una diversa questione concerne il regolamento di delegificazione, strumento che viene sempre più spesso impiegato con finalità talvolta molto discutibili sul piano della legittimità e della correttezza. Poiché sono censurabili innanzi alla Corte i soli atti aventi forza di legge, sono esclusi dalla impugnazione i regolamenti ai quali non si riconosce forza di legge; sul punto appare opportuno, in altra sede, che sia rivisitato lo strumento del regolamento di delegificazione, poiché se esso ha la attitudine ad espungere dall'ordinamento una legge, in questo effetto esso sprigiona una forza abrogatrice che è propria di un atto avente forza di legge.³

In questa sede, la Corte ha neutralizzato il Regolamento di delegificazione e quindi l'art.12, comma 1, lett.a) e b) del DPR 7 settembre 2010, n.168,⁴ chiarendo che per effetto della abrogazione referendaria, vi sarebbe *"...l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (come si è visto, meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica"* (sent.24 del 2011, §. 4.2.2.).

IV- La sentenza della Corte Costituzionale n.325 del 2010: il convitato di pietra.

Il quesito n.1 precisa che il testo della disposizione da abrogare, è *"quello risultante a seguito della sentenza n.325 del 2010 della Corte Costituzionale"*; questo richiamo invita ad una inevitabile analisi della sent. n.325 del 2010.

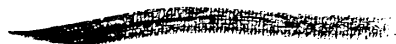
C'è da domandarsi quale sia il significato del rinvio alla sentenza n.325 del 2010; in via preliminare si esclude, ovviamente, che il quesito referendario possa avere ad oggetto la sentenza medesima della Corte. La sentenza n.325 del 2010 aveva deciso, sia i ricorsi proposti da alcune Regioni(Piemonte, Liguria, Emilia-Romagna, Marche, Toscana, Campania, Puglia) per fare

formulazione del quesito referendario (omogeneità; chiarezza e semplicità; univocità; completezza; coerenza; idoneità a conseguire il fine perseguito; rispetto della natura essenzialmente ablativa dell'operazione referendaria).

³ Corte cost., ord, 17.7.2001, n. 251 *"Possono avere ingresso le questioni di costituzionalità aventi ad oggetto una disposizione legislativa (art. 120 del D.Lgs. n. 285 del 1992) sostituita da un atto avente natura regolamentare (art. 5 del D.P.R. n. 575 del 1994, emanato sulla base dell'art. 2, comma 7, della legge n. 537 del 1993). Infatti, i giudici rimettenti - cui spetta la valutazione circa la delegificazione- hanno ritenuto che, nonostante la "sostituzione" della disposizione di rango legislativo con altra di contenuto corrispondente ma di rango secondario, la disciplina tuttora vigente deve ritenersi quella contenuta nella legge, poiché il regolamento, intervenuto su aspetti sostanziali della materia, ha disposto fuori della materia procedurale sulla quale, sola, era abilitato a intervenire, con ciò rendendosi inoperante la clausola abrogativa delle norme "anche di legge" anteriori contenuta nel comma 8 dell'art. 2 della legge n. 537 del 1993."*

Sulla giurisprudenza della Corte che esclude dalla giurisdizione costituzionale il controllo su atti aventi natura regolamentare, si richiamano le ord. n. 554 del 2000, ord. n. 328 del 2000 e ord. n. 100 del 2000. Sulla spettanza al giudice rimettente - e non alla Corte - delle valutazioni in ordine all'intervento di delegificazione, si richiama l'ord. n. 230 del 1999.

4 Il Dpr n.168 del 2010, Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, a norma dell'art.23 bis del DL 25 giugno 2008, n.112, conv. con L.n.133 del 2008, ha abrogato l'art.113 del D.lgs n.167 del 2000 (TUEL) nei commi 5, 5 bis, 6, 7, 8, 9 (escluso il primo periodo), 14, 15 bis, 15 ter, e 15 quater.



dichiarare la incostituzionalità dell'art. 23-bis del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, sia i ricorsi del Governo avverso leggi regionali delle Regioni Liguria,

In quel giudizio, le tesi più rilevanti delle posizioni regionali avverso l'art.23-bis cit. emergevano dai ricorsi della Regione Puglia e della Regione Emilia-Romagna.

Secondo il ricorso della Regione Puglia, *"...il legislatore statale riconosce che sia l'affidamento del servizio pubblico ad imprese terze, sia l'affidamento in house sono conformi all'ordinamento europeo e in particolare alla disciplina della concorrenza, ma con la norma di cui si tratta giunge sino ad individuare come forma preferenziale ordinaria l'affidamento del servizio ad imprese terze, mentre relega la possibilità dell'affidamento in house ai soli casi ivi espressi in via d'eccezione, superando la stessa disciplina comunitaria in materia di concorrenza."* (C.Cost. sent. n.325 del 2010, §.4, n.12, in fatto) . Si tratta anche del ricorso più vicino alle tesi referendarie.

Invece e sempre con riferimento all'art.23-bis cit. per la Regione Emilia-Romagna *"...le norme sul superamento della gestione pubblica dei servizi sarebbero meramente ideologiche, in quanto «orientate a favorire un ingiustificabile processo di "svendita" (trattandosi di vendita obbligatoria e quindi fuori dalle condizioni di mercato) del patrimonio pubblico capitalizzato nel valore delle società pubbliche che hanno avuto in affidamento i servizi, senza alcuna valutazione delle conseguenze che questo processo avrebbe sulla qualità dei servizi."*

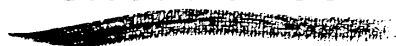
La sentenza n.325 del 2010 è stata inserita nel quesito, per i suoi contenuti interpretativi dell'art.23 bis del DL n.112 del 2008.

Innanzitutto, smentendo un assunto non veritiero, che sarebbe da considerare fraudolento se non fosse sconfessato per tabulas, la sent. n.325 cit. aveva rilevato che l'affidamento della gestione *in house* non è vietato dall'ordinamento comunitario, per cui la previsione della gestione *in house* del servizio idrico integrato non costituisce inadempimento agli obblighi derivanti dai Trattati Europei. Quindi l'affidamento *in house* del Servizio idrico integrato, come di altri servizi pubblici a rilevanza economica, è compatibile con l'ordinamento europeo.⁵

Nel medesimo giudizio, tra le questioni sottoposte al vaglio costituzionale, erano annoverate: *"...a) l'individuazione della sfera di competenza in cui, secondo la Costituzione, si colloca la normativa regionale denunciata: se – come afferma lo Stato – nell'ambito costituzionale della tutela della concorrenza o tutela dell'ambiente oppure – come affermano le Regioni resistenti – della materia dei servizi pubblici locali (di competenza regionale residuale); b) la valutazione della sussistenza del denunciato contrasto tra la normativa regionale e le evocate norme interposte statali."* (Sent. n.335 del 2010, §.3, in diritto).

La attribuzione del servizio idrico tra le funzioni comunali, è risolta negativamente dalla sent. n.335 del 2010, secondo la quale il dichiarato presupposto che il servizio idrico costituisca una delle funzioni fondamentali del Comune, specificamente tutelate dalla Carta, *"...è privo di fondamento, perché, come questa Corte ha più volte affermato, detto servizio non costituisce*

⁵ La sent. n.335 del 2010, al§. 6 così sintetizza la questione: *"Secondo la difesa dello Stato, invece, la stessa formulazione del comma 1 dell'art. 23-bis del decreto-legge n. 112 del 2008 («le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, in applicazione della disciplina comunitaria [...]») evidenzia che le disposizioni oggetto di censura, in particolare quelle relative all'affidamento in house dei servizi pubblici locali, costituiscono un'obbligatoria applicazione del diritto dell'Unione e non contrastano con la citata Carta europea dell'autonomia locale."*



funzione fondamentale dell'ente locale (sentenze n. 307 del 2009 e n. 272 del 2004)." (Sent. n.325 del 2010, §.6, *in diritto*).

V- Tutela della concorrenza, funzioni e patrimonio di Comuni e Città Metropolitane.

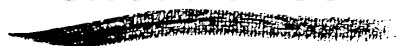
La sentenza n.325 del 2010 non appare condivisibile –senza una puntuale precisazione– laddove essa afferma che *"...le regole che concernono l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – ivi compreso il servizio idrico – ineriscono essenzialmente alla materia «tutela della concorrenza», di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost..."*. (Sent. n.325 del 2010, §.7, *in diritto*).

La tutela della concorrenza non può prescindere dal bilanciamento con altre funzioni ed attribuzioni del Comune e delle città metropolitane, a queste riconosciute dalla Costituzione, quali le *funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale* (art.118, c.2 Cost.) ed *"un proprio patrimonio"* (art.119, u.c. Cost.). Né alla Corte possono sfuggire le implicazioni derivanti da atti di disposizione dei beni comunali che possano portare a irreversibili situazioni di dissesto (v.T.U.E.L.).

Pertanto la materia richiede una interpretazione sistematica, nel senso che se il Comune o la Città metropolitana intendano porre sul mercato i loro servizi pubblici, devono essere rispettosi delle regole sulla concorrenza; invece se gli enti locali intendano mantenere la gestione dei servizi pubblici per i quali hanno deliberato la privata, non ne possono essere spogliati autoritativamente. In via subordinata, qualsiasi atto di disposizione imposto agli enti locali, o ai loro Consorzi, di affidare in appalto la gestione dei loro servizi pubblici, precludendo la gestione *in house*, comporta che eventuali passività e dissesti delle gestioni debbano ricadere sullo Stato; il che, a diritto vigente e con i vincoli per la finanza pubblica, non sembra deliberato, né deliberabile. Conclusivamente, si ritiene che la gestione *in house* dei servizi pubblici, continui a permanere nei poteri degli enti locali; le eventuali forme di gestione non possono tuttavia sfuggire agli obblighi del controllo analogo. Sul punto la Corte non ha espresso avvisi di segno contrario.

VI- L'art.23-bis non è stato imposto dall'Europa.

Ritornando alla sent. n.25 del 2011, questa ha escluso che l'art.23-bis cit. sia una *"applicazione necessitata della normativa comunitaria"*; sul punto la Corte è stata drastica: *"...questa Corte, con la sentenza n. 325 del 2010, ha espressamente escluso che l'art. 23-bis costituisca applicazione necessitata del diritto dell'Unione europea ed ha affermato che esso integra solo «una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare senza violare» il «primo comma dell'art. 117 Cost.».* La stessa sentenza ha precisato che *l'introduzione, attraverso il suddetto art. 23-bis, di regole concorrenziali (come sono quelle in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici) più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea non è imposta dall'ordinamento comunitario «e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri».*



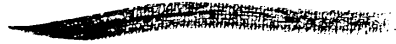
L'art.23, c.1 comma 1, si applica a tutti i servizi pubblici locali, prevalendo sulle *discipline di settore incompatibili*, salvo quelle relative ai quattro cosiddetti *settori esclusi* (distribuzione di gas naturale; distribuzione di energia elettrica; gestione delle farmacie comunali; trasporto ferroviario regionale). Il Servizio idrico integrato non rientra tra i settori esclusi.

La sent.24 del 2011, ridimensionando ulteriormente l'interpretazione secondo la quale l'art.23 bis sarebbe stato imposto dal diritto europeo, apre lo spazio ad una riformulazione della disposizione *–de iure condendo–* in armonia con il diritto europeo, e con le autonomie locali, riportando una lettura pacata, ragionevole ed economicamente sostenibile, nella già complessa ed onerosa materia dei servizi pubblici e del servizio idrico integrato.

VII- L'adeguatezza della remunerazione del capitale investito.

Il secondo referendum ammesso, formulato con la tecnica del ritaglio, ha ad oggetto l'art.154, c.1 D.lgs n.152 del 2006, limitatamente alla adeguatezza della remunerazione del capitale investito⁶, al fine di *"...rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua..."* (sent. n.26 cit. §.5.2. *in diritto*) La sent. n.26 del 2011 inquadra il quesito referendario nella nozione della rilevanza economica del servizio idrico integrato, con una argomentazione che rende superfluo l'inciso sottoposto al vaglio referendario. Ancora una volta viene richiamata la sent. n.325 del 2010, secondo la quale *"essendo coesistente alla nozione di "rilevanza" economica del servizio idrico integrato l'esercizio dell'attività con metodo economico, «nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici)» (sentenza n. 325 del 2010, punto 9.1. del Considerato in diritto). Pertanto il carattere remunerativo della tariffa non può essere definito elemento caratterizzante la nozione di «rilevanza» economica del servizio idrico integrato."* (così sent. n.26 del 2001, §. 5.1. *in diritto*). La sentenza n.26 cit. rafforza la tesi interpretativa aggiungendo che la remunerazione del capitale investito è istituito intrinseco alla *"...determinazione della tariffa di un servizio qualificato di rilevanza economica."* (sent. n.26, §.5.2., *in diritto*). Conclusivamente, anche se la norma non lo avesse detto, la remunerazione del capitale investito è pacificamente prevista, in considerazione della già richiamata rilevanza economica del servizio pubblico, ed in tal senso conclude la sent.26 cit: *"...la tariffa come corrispettivo, determinata in modo tale da assicurare «la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga"."*

⁶Art.154, c.1, D.lgs n.152 del 2006: *"La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo"*.



VIII- La proprietà pubblica delle risorse idriche.

Il quesito referendario n.4 è stato dichiarato inammissibile a causa della sua formulazione ritenuta non univoca; sul punto la Corte ha statuito, e non è certamente un obiter dictum, che la formulazione proposta dai promotori del referendum *“...pare avere l'intento di indebolire la posizione dell'ente locale, sembrando voler escludere, per il servizio idrico integrato, l'operatività dei principi della piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche, nonché della riserva esclusiva alle istituzioni pubbliche del governo di tali risorse.”* (sent. n.27, §. 4, in diritto).

Il quesito referendario è stato obiettivamente indebolito dall'eccessiva enfasi sulla cd proprietà pubblica dell'acqua; invero nel sistema italiano, le acque interne sono ascritte al demanio idrico, non solo in numerose leggi ordinarie, ma nelle leggi costituzionali riguardanti le regioni statuto speciale.

Roma, 27 gennaio 2011