

# **Per la ripubblicizzazione del Servizio Idrico Integrato dopo il referendum**

## **1. L'Azienda speciale: caratteristiche generali**

**L'Azienda speciale, come recita l'art. 114 del Testo unico degli Enti Locali, è “ente strumentale dell'ente locale dotato di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal consiglio comunale o provinciale”.** Si tratta pertanto di un **ente di diritto pubblico**, diverso dal comune o dalla provincia da cui dipende funzionalmente. La personalità giuridica, che si acquisisce con l'iscrizione al registro delle imprese, fa dell'azienda speciale un soggetto di diritto a sé stante, indipendente e diverso dall'ente locale che lo ha costituito. All'Ente Locale compete l'approvazione degli atti fondamentali dell'azienda speciale: il piano - programma comprendente il contratto di servizio che disciplina i rapporti tra Ente Locale e Azienda, i bilanci economici di previsione pluriennale e annuale, il conto consuntivo e il bilancio di esercizio. Anche lo statuto, al momento della costituzione dell'azienda speciale, viene approvato dal consiglio comunale/provinciale. Sempre all'Ente locale competono il conferimento del capitale di dotazione, la determinazione di finalità, indirizzi e obiettivi, esercitare la vigilanza, verificare i risultati della gestione e provvedere alla copertura degli eventuali costi sociali. Compete, invece, all'azienda procedere autonomamente al perseguimento dei fini posti dell'ente locale godendo di ampia autonomia imprenditoriale. L'acquisizione della personalità giuridica avviene per la prima volta con la legge 142/90 e questo fatto è ciò che maggiormente differenzia l'Azienda speciale con le precedenti Aziende speciali “municipalizzate”.

**L'azienda speciale rientra, inoltre, nella categoria degli enti pubblici economici (Cass. Sez. un. 15 dicembre 1997, n. 12654)** cioè degli enti di diritto pubblico la cui attività, pur se strumentale rispetto al perseguimento di un pubblico interesse, ha per oggetto l'esercizio di un'impresa ed è uniformata a regole di economicità perché ha l'obiettivo del pareggio di bilancio. L'acquisto della personalità giuridica da parte dell'azienda speciale, comporta, oltre l'iscrizione nel registro delle imprese, la sua assoggettabilità al regime fiscale proprio delle aziende private (Cons. Stato, III, 18 maggio 1993, n. 405) ed alla disciplina di diritto privato per quanto attiene al profilo dell'impresa e per i rapporti di lavoro dei dipendenti (T.A.R. Liguria, II, 24 maggio 1995, n. 272). Ciò, ad esempio, significa che **i contratti collettivi di lavoro non sono necessariamente quelli del settore pubblico, ma quelli stabiliti dalle parti in riferimento al settore merceologico di appartenenza** (contratto gas-acqua per i settori del gas e dell'acqua, autoferrotramvieri per il trasporto pubblico locale, igiene

ambientale per la gestione dei rifiuti ecc.). Situazione più complessa, che affronteremo dopo nello specifico, riguarda le modalità di assunzione nelle Aziende Speciali.

Allo stesso modo, **l'Azienda speciale è soggetto passivo di imposta e, dunque, assoggettata al pagamento di IRES e IRAP.**

Visto il profilo della personalità giuridica dell'azienda speciale, la giurisprudenza ha posto in rilievo l'applicabilità alla medesima di alcune disposizioni tipiche del diritto privato, per esempio per quanto attiene alle materie lavoristiche, in virtù della sua natura di ente pubblico economico; è necessario d'altro canto evidenziare anche l'altro elemento fondamentale che connota l'istituto in questione, cioè il rilevato carattere "strumentale dell'ente locale". Al carattere strumentale si ricollega l'esigenza che le attività poste in essere siano finalizzate al conseguimento degli stessi scopi che l'ente locale si prefigge, cioè il soddisfacimento degli interessi della collettività locale e lo sviluppo della stessa.

I vincoli che legano l'Azienda speciale al Comune sono quindi così stretti, sul piano della formazione degli organi, degli indirizzi, dei controlli e della vigilanza, da farla ritenere "elemento del sistema amministrativo facente capo allo stesso Ente territoriale" (Corte Cost., 12 febbraio 1996 n.28).

**L'Azienda speciale, quindi, pur con l'accentuata autonomia derivante dall'attribuzione della personalità giuridica è parte dell'apparato amministrativo che fa capo al Comune e ha connotati pubblicistici.** L'attribuzione della personalità giuridica non ha mutato tale natura, ma l'ha solo configurata come un nuovo centro di imputazione di situazioni e rapporti giuridici, distinto dal Comune, con una propria autonomia decisionale, e ha reso possibile, per l'esercizio di un'attività che ha rilievo economico, l'effettuazione di scelte di tipo imprenditoriale, cioè l'organizzazione dei fattori della produzione secondo i modelli propri dell'impresa privata (compatibilmente peraltro con i fini sociali dell'Ente titolare) per il conseguimento di un maggiore grado di efficacia, di efficienza e di economicità del servizio pubblico. Guardando alla gestione del servizio idrico, e quindi ad un territorio composto solitamente da una pluralità di Comuni presenti nell'ATO, **appare del tutto evidente che, in questi casi, l'assetto dell'Azienda speciale sia di tipo consortile.** Per l'Azienda speciale consortile, quindi, valgono tutti i ragionamenti sviluppati prima; inoltre essa, rispetto alla ordinaria azienda speciale, si caratterizza per la presenza di un organo in più: l'assemblea consortile. Mentre l'azienda speciale è amministrata e gestita soltanto dal Consiglio di Amministrazione (per forza di cose ristretto e di modeste dimensioni), nell'assemblea consortile sono rappresentati tutti gli enti consorziati attraverso i sindaci o assessori delegati.

## 2. Come arrivare alla costituzione e/o alla trasformazione in Azienda speciale

Prima di passare all'analisi del contesto normativo in materia di gestione del servizio idrico integrato è utile ricostruire i passaggi legislativi successivi al referendum in merito alle modalità di gestione dei servizi pubblici locali. Infatti va ricordato che il 1° quesito referendario, avendo ad oggetto l'art. 23 bis L. 133/08 e successive modifiche il quale disciplinava per l'appunto la modalità di affidamento e gestione dei servizi a rilevanza economica, è intervenuto non solo sul servizio idrico ma, nello specifico, anche sulla gestione dei rifiuti e del trasposto pubblico locale.

Il 13 Agosto 2011 il Governo ha approvato il decreto legge 138/2011 (cd. decreto di Ferragosto) convertito con modificazioni dalla l. n. 148/2011, il cui art. 4 era rubricato “Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea”. Tramite tale articolo sostanzialmente veniva riproposta la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica contenuta nell'art. 23-bis abrogata con i referendum del 12-13 giugno 2011 pur escludendo il servizio idrico. Va inoltre ricordato che l'art. 4 aveva subito numerose modifiche, in particolare per effetto dell'art. 9, co. 2, lett. n) l. n. 183/2011 (cd. legge di stabilità 2012) e dell'art. 25 d.l. n. 1/2012 convertito con modificazioni dall'art. 1, co. 1 l. n. 27/2012, nonché dell'art. 53, co. 1, lett. b) d.l. n. 83/2012, in fase di conversione. Le modifiche sopravvenute avevano limitato ulteriormente le ipotesi di affidamento dei servizi pubblici locali comprimendo ancor di più le sfere di competenza regionale in materia di SPL di rilevanza economica. Pertanto diverse Regioni, sin dall'autunno scorso, hanno promosso ricorsi di fronte alla Corte costituzionale chiedendo di definirne l'illegittimità costituzionale. Il 20 Luglio u.s. la Corte ha depositato la sentenza 199/2012 relativa a tali ricorsi dichiarando incostituzionale l'art. 4 e le successive modifiche per palese violazione dell'art. 75 della Costituzione con il quale si disciplina l'istituto referendario. La Consulta ha riconosciuto che *“l'impugnato art. 4, il quale, nonostante sia intitolato «Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione europea», detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima ratio di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti in house, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-bis”*. [...] Poi prosegue al punto 5.2.2 del considerato in diritto *“La disposizione impugnata viola, quindi, il divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare desumibile dall'art. 75 Cost., secondo quanto già riconosciuto dalla giurisprudenza costituzionale.”*

Pertanto, a seguito di tale sentenza si può sostenere che a livello normativo in materia di gestione dei servizi pubblici locali le lancette dell'orologio siano tornate indietro al 21 luglio scorso quando sono entrati in vigore i decreti del Presidente della Repubblica n.113 e n. 116 i quali hanno

formalmente abrogato le norme oggetto dei referendum. Dunque ad oggi per chiarire il quadro normativo sui SPL (in particolare servizio idrico integrato, gestione dei rifiuti e trasporto pubblico locale) è opportuno richiamare quanto la Corte costituzionale ha sancito nella sentenza di ammissibilità del 1° quesito (Sentenza n. 24/2011 relativa al referendum n. 149 “Modalità di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Abrogazione”): *“Nel caso in esame, all’abrogazione dell’art. 23-bis, da un lato, non conseguirebbe alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo (reviviscenza, del resto, costantemente esclusa in simili ipotesi sia dalla giurisprudenza di questa Corte – sentenze n. 31 del 2000 e n. 40 del 1997 –, sia da quella della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato); dall’altro, conseguirebbe 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.”* [...] *“appare evidente che l’obiettivo ratio del quesito n. 1 va ravvisata, come sopra rilevato, nell’intento di escludere l’applicazione delle norme, contenute nell’art. 23-bis, che limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione in house di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico).”* In conclusione per i suddetti servizi pubblici locali la legislazione vigente è quella comunitaria, mentre per gli altri, ossia quelli esclusi dall’art. 23 bis vale la disciplina di settore mai toccata dal referendum.

Per tornare all’analisi della modalità di gestione del SII, **la possibilità del suo affidamento diretto ad un’Azienda speciale (o ad un consorzio tra Comuni), è la novità più rilevante che è scaturita dall’abrogazione referendaria dell’art. 23 bis.** Infatti la sentenza n. 24/2011 della Corte Costituzionale, come ribadito poc’anzi, ha chiarito in modo inequivocabile che la disciplina di riferimento è quella comunitaria. Ciò significa che, dopo l’esito referendario, dal punto di vista giuridico, i soggetti deputati all’affidamento del SII, e cioè gli ATO, hanno piena libertà di scelta in proposito. Infatti, l’Unione Europea non indica in modo tassativo qual è il modello gestionale del servizio idrico, prescrivendo solo che, se si sceglie di “mettere sul mercato” la gestione dello stesso, allora occorre rispettare le regole della concorrenza, oppure, se si sceglie la gestione pubblica, ne consegue che occorre seguire le regole relative alle Amministrazioni pubbliche. Ora, dunque, assieme alle tre forme “canoniche” previste prima del pronunciamento referendario (affidamento tramite gara, affidamento diretto a SpA mista con gara “ a doppio oggetto”, per la scelta del socio privato e per la gestione operativa, affidamento diretto a SpA a totale capitale pubblico) si affianca la possibilità della gestione affidata ad un Ente di diritto pubblico (Azienda speciale o consorzio tra Comuni). Che questo sia l’esito referendario, lo ammette, per esempio, la stessa ANCI che nella nota interpretativa del 14 giugno 2011, sostiene che “non v’è dubbio che l’abrogazione dell’art. 23-bis e la ‘non reviviscenza’ dell’art. 113, comma 5, TUEL, non consentono di immaginare la persistenza di un divieto alla

gestione in economia o mediante azienda speciale, che pure la Corte Costituzionale aveva ricostruito in forza della sostanziale continuità di disciplina tra gli artt. 35, l. 488/01 e 14, d.l. 269/03, e l'art. 23-bis; continuità oggi spezzata, appunto, dall'esito referendario e dalla contestuale abrogazione della disciplina del TUEL e di quella del d.l. 112/08".

**La possibilità di arrivare ad una gestione realmente pubblica tramite Azienda Speciale, peraltro, deve misurarsi con la grande diversità delle situazioni gestionale in essere.** Non va dimenticato, infatti, che, se le forme gestionali più diffuse nel servizio idrico sono le SpA a totale capitale pubblico, le SpA miste, di cui le più rilevanti sono anche quotate in Borsa, e, in un numero limitato, alcune SpA totalmente private, continuano ad esistere, in particolare dove gli ATO non hanno mai affidato il servizio, anche forme gestionali realizzate tramite Consorzi e, ancor più, con la gestione diretta in economia, così come non è indifferente la variabile relativa ai tempi di scadenza delle concessioni in essere, oppure se siamo in una situazione in cui l'ATO ha già provveduto o meno all'affidamento del servizio, o, ancora, se esiste la possibilità di rescindere motivatamente le convenzioni esistenti. Tutto ciò da luogo ad una casistica effettivamente molto diversificata e complessa, per cui non si può dettare una sorta di regola generale, valida per tutti, ma **le singole situazioni vanno approfondite caso per caso**

**Prendiamo in considerazione la situazione nella quale sia possibile la trasformazione e/o trasferimento di azienda, da Spa (a totale capitale pubblico, mista o privata) in Azienda speciale. In questo contesto, il passaggio più semplice si verifica quando si tratta di passare da una SpA a totale capitale pubblico monoutility ad un'Azienda speciale.** Sostanzialmente tutta la questione chiama in causa un fatto di pura volontà politica, non esistendo un problema di risorse da impegnare per liquidare soci privati, e comporta le normali problematiche di trasformazione d'azienda, da SpA a totale capitale pubblico ad Azienda speciale, anch'essa, come abbiamo visto prima, azienda dotata di personalità giuridica. Non a caso, abbiamo detto che occorre partire da qui, dalla trasformazione della SpA a totale capitale pubblico in Azienda speciale, per affermare il processo di ripubblicizzazione del servizio idrico nel nostro Paese, in considerazione del fatto che, da una parte, ciò è relativamente semplice e, dall'altra, che tali gestioni ancora oggi coprono più del 50% delle gestioni del SII nel nostro Paese, a partire da grandi realtà come, oltre a Napoli che ha già iniziato a costruire il percorso di ripubblicizzazione, Torino, Milano, Venezia, Palermo, la Puglia, la Sardegna e altre ancora. Più complesso, ma sempre affrontabile, è lo scenario relativo agli altri casi.

### **3. La partecipazione dei cittadini e dei lavoratori nella gestione pubblica del servizio idrico**

Da sempre, per noi, la gestione pubblica non è mai stata semplicemente confinata ad un'idea, pur essenziale, relativa alla natura giuridica di diritto pubblico del soggetto gestore, ma è sempre stata connotata dal procedere e dallo sviluppo della partecipazione dei cittadini e dei lavoratori in essa. Per noi, nel momento in cui dicevamo e diciamo che “si scrive acqua, si legge democrazia”, era ed è chiaro che non si trattava di uno slogan, ma di un punto sostanziale del nostro concetto di ripubblicizzazione. Detto in altri termini, **per noi, il processo di ripubblicizzazione è fortemente connesso all'idea di democrazia partecipativa**

E' fondamentale iniziare un percorso che porti alla costruzione progressiva di un intreccio tra forme di democrazia diretta e forme di democrazia rappresentativa.

**Democrazia Partecipativa è per noi il superamento della mera delega alle istituzioni ed implica la possibilità di una partecipazione popolare diretta da parte di cittadini e lavoratori alla pianificazione ed alla gestione del servizio idrico integrato in cui le/gli abitanti e le/i lavoratrici/tori vengano messi a conoscenza dei dati e delle informazioni e abbiano il diritto di avanzare proposte .**

Il percorso suddetto deve avvenire con le seguenti caratteristiche

**diritto all'informazione**, che va visto come prerequisito alla partecipazione. Si tratta, in primo luogo, non solo di rendere pubbliche le discussioni e gli atti decisionali, ma ancor più di pensare a come si organizza un percorso di informazione costante a tutti gli abitanti del territorio;

- **fase della partecipazione/discussione assembleare.** Questo passaggio, mutuato dall'esperienza del bilancio partecipativo, si può basare sul fatto di avere **due sessioni pubbliche annuali di presentazione e discussione delle scelte di fondo che riguardano il servizio idrico** (obiettivi del servizio e sua qualità, tariffe, investimenti, bilancio economico ecc.). Tali sessioni potrebbero svolgersi all'inizio e alla fine di ogni anno in forma di **Assemblee congiunte dei Consigli Comunali e della cittadinanza a livello dell'ATO di riferimento**. Tali momenti assembleari non hanno carattere decisionale, che rimane in capo alle Assemblee elettive e all' ATO, ma sono un luogo di discussione e consultazione nei quali si può far valere la voce dei cittadini, in forma organizzata o meno;
- **fase della partecipazione/gestione.** Si può pensare, oltre alla fase della discussione assembleare che interviene sul piano delle decisioni “strategiche”, di dar vita a momenti partecipativi di carattere maggiormente strutturato, che intervengono nella gestione del soggetto pubblico gestore e lo accompagnano nelle scelte sul piano più strettamente gestionale. Da questo punto di vista, si può approfondire l'idea di costituire un “**Consiglio popolare**

**dell'Acqua**", un po' rifacendoci all'esperienza compiuta a Grenoble, con il compito di "affiancare" e intervenire sull'attività degli ATO, sia il fatto di essere presenti negli organi di gestione del soggetto gestore pubblico. Ciò può concretizzarsi nella scelta che ci sia un **Consiglio di sorveglianza, dove sia prevista la presenza dei cittadini, dei lavoratori e dei loro rappresentanti.**

- **Comunque, le forme sperimentate dovranno contenere almeno due elementi fondamentali:**

- **possibilità di partecipazione ai processi di democrazia partecipativa da parte di tutte/i le/gli abitanti e le/i lavoratrici/tori;**

- **possibilità di che tali processi incidano nelle scelte di gestione e non si riducano a mera consultazione, evitando il rischio di cooptazione subalterna e preservando l'autonomia dei movimenti.**

#### **4. L'assoggettamento al Patto di Stabilità degli Enti Locali**

A seguito della già citata sentenza 199/2012 della Corte costituzionale è possibile sostenere un'interpretazione della complessa normativa di risulta, in base alla quale sarebbero escluse dal patto di stabilità interno le società in house nonché le aziende speciali affidatarie dirette della gestione di servizi pubblici locali. Quest'interpretazione si fonda sul seguente ragionamento. L'art. 4 prevedeva l'assoggettamento al patto di stabilità interno delle società cosiddette "in house". La dichiarazione d'illegittimità di tale articolo ne fa dunque decadere gli effetti anche in questo ambito.

Analogamente, le aziende speciali erano state assoggettate al patto di stabilità interno sulla base dell'art. 25, co. 2, lett. a) d.l. n. 1/2012 convertito con modificazioni dalla l. n. 27/2012, Ma la disposizione inerente al principio relativo all'assoggettamento al patto di stabilità è stata annullata dalla cit. sentenza n. 199 e, quindi, anche la sua reiterazione in altra sede normativa è da ritenersi illegittima, per invalidità derivata.

Inoltre la stessa Corte costituzionale, con sent. 325/2010, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 23-bis, comma 10, lettera a) del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, limitatamente alla parte in cui si dava mandato al Governo di prevedere l'assoggettamento dei soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali al patto di stabilità interno. La questione è stata ritenuta fondata, in quanto l'ambito di applicazione del patto di stabilità interno non attiene alla materia di competenza legislativa esclusiva statale.

Pertanto, anche alla luce di tale sentenza, il patto di stabilità non si applicherebbe a società *in house* ed aziende speciali affidatarie dirette di servizi pubblici locali, nonostante l'art. 25 del decreto

liberalizzazioni del governo Monti disponga che le Aziende speciali (e anche le SpA a totale capitale pubblico) dal 2013 siano sottoposte al patto di stabilità interno, con un decreto ministeriale da mettere a punto entro l'ottobre di quest'anno. In ogni caso, a nostro avviso, è importante tenere in considerazione i seguenti ragionamenti in quanto vi vengono rilevate diverse criticità. In particolare sugli effetti di tale sentenza si rimanda ad alcune note di approfondimento predisposte dal Prof. A. Lucarelli che si allegano al presente documento.