

Referendum sull'acqua: la verità viene a galla

Di Serena Sileoni

L'antefatto: la verità nascosta

Per quanti non avessero ancora compreso chiaramente l'inganno del referendum sui servizi pubblici locali, passato, in campagna referendaria, come voto per "l'acqua pubblica" ma in realtà molto più ampio nelle conseguenze fino a coinvolgere tutti i servizi pubblici locali, la recente sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 ha definitivamente portato alla luce la mistificazione con cui i promotori del referendum hanno convinto gli elettori a votare per la gestione di tutti i servizi pubblici locali, facendo credere loro di dover esprimere una preferenza solo per la gestione del servizio idrico.

Chiuse le urne referendarie e proclamato l'esito, la battaglia per la regolazione dei servizi pubblici locali non si è arrestata, ma si è anzi acuita con il tentativo, invero piuttosto maldestro, del governo in carica di ripristinare quanto il referendum aveva abrogato.

Difatti, l'articolo 4 del decreto legge n. 138 del 13 agosto 2011, convertito con modificazioni dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, aveva subitaneamente introdotto una nuova disciplina per i servizi pubblici locali, rubricandola come "adeguamento" all'esito referendario e alla normativa dell'Unione europea. Tale normativa, nella corretta volontà di mantenere comunque il principio della gara ad evidenza pubblica in ossequio ai principi di diritto comunitario (sul punto, si rimanda a *L'inganno referendario. Perché i quesiti sull'acqua cambiano poco ma peggiorano tutto*, di Serena Sileoni e Carlo Stagnaro, IBL Briefing Paper n.102, 10 giugno 2011, disponibile qui: [PDF](#)), limitava le ipotesi di affidamento *in house* a società a capitale interamente pubblico per i servizi il cui valore economico fosse al di sotto di 900.000 euro annui e prevedeva comunque che tale affidamento fosse possibile a favore di società a partecipazione mista a condizione che esse fossero costituite con procedure aventi ad oggetto, al medesimo tempo, la selezione del socio privato cui devono essere attribuiti specifici compiti operativi e una partecipazione non inferiore al 40% e l'affidamento del servizio, con esclusione, quindi, di altre modalità di partenariato tra pubblico e privato. Infine, l'articolo confermava il divieto per le società titolari di affidamenti diretti di acquisire servizi ulteriori oppure in ambiti territoriali diversi.

Certo, il legislatore aveva escluso il servizio idrico dalla disciplina (art. 4, comma 34), ma lo "scontro politico" con l'esito referendario era evidente, data l'approvazione di un articolo che non solo riproponeva i principi alla base della disciplina abrogata, ma introduceva condizioni ancor più stringenti di quest'ultima.

Serena Sileoni è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni

Tale presa di distanza si è ulteriormente accentuata con la legge di stabilità per il 2012 (l. n. 183/2011) e con il primo decreto sviluppo del 2012 (d.l. n. 1/2012), che hanno ristretto le ipotesi di affidamento diretto dei servizi pubblici locali abbassando la soglia minima da 900.000 a 200.000 euro e introducendo il parere obbligatorio dell'Antitrust in merito all'esistenza di ragioni idonee e sufficienti all'attribuzione di diritti di esclusiva.

Prima ancora, comunque, che il nuovo governo modificasse in tal senso la disciplina, le regioni Puglia, Lazio, Marche, Emilia-Romagna, Umbria e Sardegna impugnavano tale norma sotto molteplici profili, tra cui, per quel che è di interesse in questa sede e che in realtà ha rappresentato l'argomentazione principe della decisione della Corte costituzionale tanto da restare assorbite o dichiarate inammissibili le altre, quella di aver contravvenuto alla volontà popolare espressa proprio mediante il voto referendario.

Ciò che, in breve, la Corte ha ritenuto di poter sindacare è se la norma approvata a meno di un mese dall'abrogazione potesse non tener conto dell'esito referendario o se, al contrario, il legislatore dovesse rispettare la volontà popolare espressa in quell'occasione.

Sovranità parlamentare e sovranità referendaria: due facce della stessa medaglia

La questione non è nuova né per la Corte né per la dottrina. Si tratta anzi di uno di quei *busillis* che da tanti anni non trovano una chiara soluzione nella nostra teoria e pratica democratica.

Il dilemma è presto spiegato: da un lato, il legislatore è – come si dice – libero nel fine e, nel rispetto della Costituzione, può approvare, modificare, abrogare o rinnovare ogni legge. Si tratta anzi di un processo fisiologico dell'ordinamento giuridico, che – se così non fosse – non si adeguerebbe al mutare delle condizioni sociali, culturali e economiche della società. Con le parole della Corte costituzionale, «la funzione legislativa ordinaria è potenzialmente inesauribile potendo essere esercitata per un numero indefinito di volte senza limiti di tempo, in tutte le materie di sua competenza che il legislatore ritenga opportuno disciplinare nuovamente» (sent. n. 68/1978). Peraltro, se si considera che il referendum ha carattere o ablativo o manipolativo della disciplina oggetto di consultazione popolare, è frequente e talora opportuno che il legislatore debba tornare sullo stesso argomento per adeguare o colmare lacune prodotte a causa appunto di un intervento legislativo a carattere negativo.

D'altro lato, però, l'espressione referendaria è essa stessa espressione di potestà legislativa, solo che – diversamente da quella ordinaria – sconta il fatto di avvenire una volta per tutte: «a differenza del legislatore che può correggere o addirittura dissolvere quanto ha in precedenza statuito, il referendum manifesta una volontà definitiva e irripetibile» (Corte cost. n. 468/1990). L'elettore, verosimilmente, non tornerà ad esprimersi sulla stessa questione, non almeno con la stessa facilità con cui il Parlamento può ritornare su un medesimo argomento. Da qui, dunque, una sorta di cautela per il rispetto della volontà abrogativa, nonostante, dal punto di vista formale, l'atto abrogativo e la legge siano sullo stesso piano delle fonti e, pertanto, nel caso di una legge successiva che modifichi l'esito referendario debba applicarsi, a rigore, il principio per cui *lex posterior derogat priori*. E ciò anche a non voler tener conto, come taluni hanno comunque fatto, di una sorta di superiorità del referendum rispetto alla legge per una sorta di omaggio, invero ingiustificato dal punto di vista costituzionale, ai cd. istituti di democrazia diretta.

Dunque, da un lato il nostro sistema riconosce che «il referendum abrogativo ha natura

di atto-fonte dell'ordinamento dello stesso rango della legge ordinaria» (Corte cost. n. 29/1987); d'altro lato, tuttavia, sarebbe semplicistico giustificare l'annullamento dell'esito referendario attraverso la ordinaria sequenzialità delle fonti del diritto. Se il legislatore potesse intervenire con legge al solo fine di ripristinare la norma abrogata, sarebbe evidente lo sfregio sul volto di un istituto che non può, dal punto di vista democratico, esaurire così facilmente i propri effetti.

Si pone quindi il problema di garantire l'esito referendario rispetto a una volontà politico-legislativa volta esclusivamente a demolirlo, senza tuttavia contravvenire ai principi che regolano il sistema delle fonti e, più in generale, senza sovrastimare un istituto di democrazia piuttosto che un altro (il referendum piuttosto che la legge) solo in virtù di una certa retorica della democrazia diretta, la quale non solo contrasta col dettato costituzionale secondo cui la sovranità popolare, lungi dall'essere *ab-soluta*, si esercita "nelle forme e nei modi" stabiliti dalla Costituzione stessa, ma contrasta anche con la constatazione che il popolo chiamato a referendum è, sotto molti aspetti sia di tipo legale che di tipo sociologico, più spettatore che attore di democrazia diretta.

Su questo paradosso del rispetto dell'esito referendario, come si diceva, la Corte si è già varie volte imbattuta, senza riuscire a dare – come è inevitabile che sia – una soluzione precisa e, anzi provocando un vivace dibattito dottrinario specie negli anni delle consultazioni in materia elettorale.

Quel che è sembrato sempre certo alla Corte, ragionando per esclusione, è che né l'esito referendario potesse essere cancellato al mero fine di disattendere la volontà popolare ivi espressa, né, d'altro canto, al legislatore fosse impedito di svolgere la propria attività legislativa ordinaria.

È anzi la legge stessa che disciplina il referendum (l. n. 352/1970) a riconoscere espressamente che il legislatore mantiene la piena potestà legislativa durante il procedimento referendario, al punto da poter abrogare le disposizioni su cui il referendum insiste, con la conseguenza che, nel caso, esso potrà anche venire interrotto (art. 39). Che quindi le Camere (o il governo nell'esercizio delle funzioni legislative) conservino la propria permanente potestà legislativa è assunto che può essere esteso, stante l'art. 70 Cost., non solo alla fase referendaria, ma anche, naturalmente, alla fase successiva.

Non può infatti discutersi, a ben leggere gli artt. 1, 70 e 75 della Costituzione, che potestà referendaria e potestà legislativa siano sullo stesso piano e che i loro prodotti siano, per quanto espressioni differenti di democrazia, in un rapporto paritario proprio come mezzi attraverso i quali la sovranità popolare viene esercitata.

Certo è, però, che «con la previsione e con la garanzia costituzionale del potere referendario non è conciliabile il fatto che questo tipico mezzo di esercizio diretto della sovranità popolare finisca per esser sottoposto – contraddittoriamente – a vicende risolutive che rimangono affidate alla piena ed insindacabile disponibilità del legislatore ordinario» (Corte cost. n. 68/1978).

Il problema diviene dunque comprendere se un eventuale intervento parlamentare che contraddica la volontà popolare sia un affare solo di sensibilità politica o anche di legittimità costituzionale.

Tra l'incudine della volontà popolare irripetibile e definitiva e il martello della fisiologica evoluzione delle fonti del diritto, la Corte non ha potuto che sancire salomonicamente la possibilità di interventi successivi del legislatore sempre che essi non siano dovuti esclusivamente alla riproposizione pedissequa della normativa abrogata.

Fin dalle prime prese di posizione sulla questione, la Corte costituzionale ha posto

come limite all'attività legislativa successiva il divieto di «formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare». Così aveva deciso nella sentenza n. 468/1990, dove tuttavia si discuteva non tanto della riproposizione per il futuro, quanto della reviviscenza di norme abrogate per via referendaria. Così ripeteva nella sentenza di ammissibilità del referendum per la legge elettorale del Senato del 1993, dove anzi riconosceva la possibilità o, meglio, la opportunità di un intervento legislativo successivo all'eventuale esito abrogativo proprio per «correggere, modificare o integrare la disciplina residua», sempre «nei limiti del divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata (sent. n. 32/1993 e nello stesso senso sent. n. 33/1993, per l'ammissibilità del referendum per le elezioni comunali).

Qualche anno più tardi, la Corte vuole prendere l'occasione di una breve ordinanza di inammissibilità di un ricorso per conflitto di attribuzione promosso da un comitato referendario, per ribadire, forse con maggiore perentorietà di quanto fino ad allora fatto, che «la normativa successivamente emanata dal legislatore è pur sempre soggetta all'ordinario sindacato di legittimità costituzionale, e quindi permane comunque la possibilità di un controllo di questa Corte in ordine all'osservanza – da parte del legislatore stesso – dei limiti relativi al dedotto divieto di formale o sostanziale ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare» (ord. n. 9/1997).

Le parole, dunque, si ripetono identiche, ma il problema che la Corte lascia irrisolto è cosa si intenda per sostanziale ripristino. Mentre, infatti, pare più evidente che per formale ripristino possa intendersi la riproposizione testuale delle disposizioni abrogate, il concetto di sostanzialità è, ovviamente, più sfuggente, tanto che vi è chi, in dottrina, ha inteso ricollegare l'effetto ripristinatorio all'effetto caducatorio del procedimento referendario ex art. 39 della legge (quindi: il legislatore non può approvare disposizioni che, se approvate durante il procedimento referendario, avrebbero l'effetto di caducarlo); vi è chi, più pragmaticamente ma anche con maggior incertezza giuridica, ha fatto riferimento alla realtà politico-istituzionale, per cui sono giustificati interventi che, per quanto contrari all'esito referendario, si rendano necessari a causa di sopravvenienze esterne, politico, economico, giuridico-istituzionali nuove; e infine vi è chi, in maniera formalistica ma poco giustificabile sul piano dell'analogia, ha dato come limite il termine di cinque anni dall'esito referendario, in parallelo al divieto di riproposizione di un identico quesito su cui la popolazione ha espresso voto negativo (divieto previsto dall'art. 38 della legge n. 352/1990). Infine, si è detto che il limite vada individuato, in maniera assoluta, nel termine della legislatura in corso, per cui le nuove Camere potranno ritornare, liberamente, sull'argomento. Si tratta di una opinione poco convincente dal punto di vista rappresentativo-democratico, poiché la rappresentatività delle Camere rispetto alla volontà popolare non si può misurare semplicisticamente sulla base del tempo che manca alla fine della legislatura; tempo, peraltro, incerto.

Non resta quindi che concludere che ci troviamo, come spesso accade ai massimi livelli istituzionali, in una di quelle linee di confine fra correttezza e legittimità costituzionale, fra opportunità politica e possibilità giuridica, sulle quali la Corte costituzionale, come nel caso del referendum sui servizi pubblici locali, è chiamata a destreggiarsi in un bilico precario utilizzando “figure sintomatiche” della volontà del legislatore come, ad esempio, la distanza temporale tra referendum e approvazione della legge, la coincidenza testuale tra la norma abrogata e quella riapprovata, l'evenienza di fatti e condizioni che giustificano un intervento del legislatore.

La conclusione: la verità viene a galla e la democrazia affonda

Applicando questi criteri, resta difficile non concordare con le conclusioni della Corte secondo cui l'art. 4 del d.l. n. 138/2011, approvato all'indomani del referendum, si ponga in contrasto evidente e immediato con la volontà ivi espressa al punto da essere dichiarato illegittimo. Come la Corte motiva, infatti, l'articolo riproduce anche testualmente alcune disposizioni abrogate dal referendum e, dall'elenco che essa stessa riporta delle disposizioni duplicative della normativa abrogata, «risulta evidente l'analogia, talora la coincidenza, della disciplina contenuta nell'art. 4 rispetto a quella dell'abrogato art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 e l'identità della ratio ispiratrice», senza che vi sia un mutamento del quadro politico o delle circostanze di fatto che faccia supporre che l'intento del legislatore fosse diverso rispetto a quello di impedire l'esito della consultazione popolare.

Il punto che però vorremmo sottolineare è un altro.

Come noto e come detto in apertura, la campagna referendaria è stata giocata su un equivoco di partenza, per cui si scriveva "acqua" ma si doveva leggere "servizi pubblici locali". C'era un inganno di fondo per cui, nonostante il dibattito referendario discettesse solo di servizio idrico, l'esito referendario avrebbe riguardato tutti i servizi pubblici locali. Su questo inganno hanno giocato fin da principio i promotori del referendum, tanto da chiamare il comitato promotore "Comitato Referendario Sì Acqua Pubblica" e da costruire tutta la campagna come un voto sull'acqua.

Chi ha prestato la dovuta attenzione al quesito ha quindi capito che l'esito effettivo del voto sarebbe stato molto più ampio di quello dichiarato, estendendosi alla gestione di tutti i servizi pubblici locali, e non solo al servizio idrico. Ma la maggior parte delle persone non ha tempo di prestare la dovuta attenzione e di studiarsi le carte. Non ci sarebbe bisogno, d'altro canto, della cd. democrazia rappresentativa.

L'inganno, tuttavia, è stato talmente reale che lo stesso governo allora in carica vi è caduto o comunque ha cercato di approfittarne allorché ha escluso, dall'art. 4 del d.l. 138 ora annullato, proprio il servizio idrico, pensando così di evitare una censura di illegittimità costituzionale per aver disatteso la volontà popolare. In sostanza, il governo ha ritenuto che una legge che avrebbe riproposto condizioni di affidamento diretto dei servizi pubblici locali uguali se non più restrittive di quelle previste dalla normativa abrogata con referendum avrebbe comunque rispettato la sovranità degli elettori semplicemente escludendo quel settore che rappresentava l'obiettivo dichiarato del referendum.

Così, come si è già detto, il comma 34 dell'art. 4 ha escluso il servizio idrico integrato dall'ambito di applicazione, proprio in omaggio a una volontà popolare vittima essa stessa di una discrasia tra effetti annunciati e effetti prodotti.

La Corte costituzionale, tuttavia, non ha potuto fare altro che riportarci alla realtà del diritto, dove la forma prevale sulle intenzioni, e tenuto conto «del fatto che l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava "pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica" (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis», non ha potuto ritenere che «l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica [fosse] satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare».

Questa vicenda non rappresenta, quindi, la vittoria dei promotori del referendum sull'acqua, ma casomai una sconfitta della democrazia e una dimostrazione che il referendum, lungi dall'essere uno strumento di democrazia diretta, è un mezzo di facile manipolazione della realtà e del diritto. Non a caso, nelle dichiarazioni rilasciate alla

stampa i giorni successivi al deposito della sentenza dai promotori e sostenitori del referendum, essi finalmente riconoscano e trionfalmente ammettano, ora sì, che il referendum era su un argomento più vasto che la sola gestione del servizio idrico (S. Rodotà, U. Mattei, A. Lucarelli, ne *Il manifesto*, 21 luglio 2012).

Certo, forse la Corte avrebbe potuto prendere l'occasione di questa evidente distanza tra effetti dichiarati e effetti annunciati per dare indicazioni su un'eventuale normativa sull'affidamento e la gestione dei servizi pubblici compatibile col referendum, realistica in termini di sostenibilità di bilancio e coerente con i principi comunitari, ma ciò non toglie che – alla fine – la verità sul cd. referendum sull'acqua sia venuta a galla, a scapito non solo di chi ha sostenuto il “no”, ma della stessa democrazia e dei tentativi del paese di alleggerire la spesa pubblica e rendere più trasparenti i servizi pubblici.

IBL Focus

CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.