

REFERENDUM SULL'ART. 23 BIS: DA CHE PARTE STA L'EUROPA?

di Alessandro Santoro
10 giugno 2011

Il primo dei due referendum sull'acqua riguarda, in realtà, l'insieme dei servizi di pubblica utilità a rilevanza economica diversi dal gas, dall'energia elettrica e dal trasporto su rotaia, e quindi coinvolge il servizio idrico, i rifiuti, i trasporti pubblici locali su gomma. Vi è chi pensa che le ragioni dei referendari siano contrarie all'Europa. In effetti, è vero il contrario, perché, come ha chiarito la stessa Corte Costituzionale, la prevalenza del sì che comporterebbe l'applicazione della normativa comunitaria.

L'oggetto del primo referendum

Il quesito (scheda rossa) propone l'abrogazione dell'art. 23 bis del decreto legge 112/2008 come modificato dal decreto 135/2009. Quest'ultimo provvedimento, anche noto come decreto Ronchi, prevede, all'articolo 15 una disposizione la cui rubrica è "Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica". Si potrebbe quindi pensare che l'abrogazione dell'articolo 23 bis ci allontanerà dall'Europa, come qualcuno sostiene e ha sostenuto in passato. Ma le cose non stanno così, anzi.

L'art. 23 bis prevede che l'individuazione del gestore -nei servizi di pubblica utilità a rilevanza economica diversi da gas, elettricità e trasporto su rotaia - avvenga secondo due modalità ordinarie, oppure, ma solo in taluni casi e con una procedura per certi versi eccezionali, secondo una modalità in deroga. Le due modalità ordinarie sono la gara per la selezione del gestore oppure la gara per la selezione del socio privato del gestore, che collabora con un soggetto pubblico nell'ambito della società mista (la cosiddetta public-private partnership o PPP). La modalità in deroga è l'affidamento a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, che abbia i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house".

Come vedremo, questa tripartizione non presenta caratteri di novità rispetto alla legislazione italiana precedente rispetto a quella comunitaria. L'unica vera innovazione consiste nel carattere derogatorio della gestione in house, peraltro affievolito dal fatto che tale gestione risulta possibile semplicemente ottenendo un parere (obbligatorio, ma non vincolante) dell'Autorità Antitrust.

In effetti, le implicazioni principali dell'articolo 23 bis riguardano non le tre forme di gestione, ma piuttosto il cosiddetto regime transitorio, che è quello che ha fatto parlare di "privatizzazione". In particolare, questo regime prevede la condizione per le gestioni "in house", seppure conformi alla disciplina comunitaria, di cedere il 40% del proprio capitale selezionando il socio mediante una gara: in mancanza di ciò, tali gestioni cesserebbero automaticamente dal 31 dicembre 2011. Una procedura simile, ma diversa nei tempi (più lunghi) e nelle quote da cedere (più elevate) è prevista per gli affidamenti diretti a società a partecipazione pubblica ma quotate in borsa.

L'esito del referendum

Nella sentenza con cui ha dichiarato l'ammissibilità del quesito, la Corte costituzionale ha chiarito che l'abolizione di questa parte dell'art. 23 bis semplicemente comporterebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica.

E' bene fare attenzione su questo punto. Si è detto in precedenza che lo stesso articolo 23-bis prevede che l'in-house debba possedere i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario. Si tratta dei criteri della prevalenza e dell'analogia: il gestore deve svolgere la sua attività in prevalenza a favore dell'amministrazione affidataria la quale deve poter esercitare sul gestore un controllo analogo a quello che esercita sui propri organi, da cui discende la necessità di un controllo del 100% del capitale. Questi criteri, è bene ribadirlo, rimarrebbero in vigore in caso di prevalenza del sì il che, concretamente, significa che nessuna amministrazione pubblica potrebbe affidare senza gara il servizio ad una società finta-pubblica.

Qual è, allora, la differenza tra questa parte dell'articolo 23-bis e l'ordinamento comunitario? Il fatto che l'ordinamento comunitario è meno restrittivo dell'articolo 23-bis circa le possibilità di ricorrere all'in-house. Infatti, quest'ultima non è, come nel 23-bis, una modalità in deroga e di carattere eccezionale rispetto alle altre due: essa si situa, invece, su un piano paritario (ma sempre entro i limiti visti in precedenza). In fin dei conti, ciò che verrebbe meno con l'abrogazione di questa parte dell'articolo 23-bis è la "retrocessione" della modalità in-house a modalità in deroga con carattere eccezionale. Questa eccezionalità appare in effetti incongrua. È vero, come ricorda Claudio de Vincenti su nel merito del 25 giugno 2010, che vi sono esempi di gestione pubblica inefficienti, ma è anche vero il contrario: per esempio l'esperienza di CAP, fino a poco tempo fa gestore in esclusiva della provincia di Milano, è caratterizzata da perdite limitate, basso costo del lavoro e basse tariffe. In generale, la letteratura ha riscontrato che il carattere pubblico o privato della gestione non è determinante dell'efficienza dei servizi forniti. In caso di prevalenza del settore privato le alternative rimarrebbero tutte possibili, ma su un piano paritario, con i vincoli e i criteri già previsti dalla legislazione nazionale e dalla giurisprudenza comunitaria, consentendo di adattare la soluzione agli specifici contesti, ad esempio ricorrendo alla gara laddove la soluzione in-house sia non efficiente o non praticabile.

Venendo, poi, al regime transitorio descritto in precedenza, non si capisce quale sia la ratio di questa disposizione. Chi è favorevole all'entrata dei soci privati lamenta il fatto che la soglia al 40% possa consentire alle amministrazioni pubbliche di continuare a rimanere di fatto controllori dell'ente gestore. Chi, al contrario, teme l'ingresso dei privati nelle gestioni, fa notare che probabilmente, per attirare i privati, bisognerà concedere loro, attraverso i patti parasociali, poteri di gestione superiori a quelli determinati dalle quote sociali. Si noti, tra l'altro, che anche in questo caso l'articolo 23-bis va oltre, e in una certa misura contro, i principi comunitari, prevedendo la decadenza di gestioni che pure, quei principi, li rispettano. È quindi la sua abrogazione (e non il contrario) che ridà pienezza applicativa alla normativa europea.

Obbligo versus partecipazione

I sostenitori più illuminati (e meno ideologici) del no, pur riconoscendo la forzatura operata con il regime transitorio inserito dal decreto Ronchi, ne difendono la ratio di fondo, temendo che, in mancanza di vincoli stringenti, in molti Comuni le gestioni in-house verrebbero mantenute, anche se inefficienti, semplicemente come strumenti di potere amministrativo. Tuttavia si possono formulare due contro-obiezioni a questa posizione. La prima è che, in ogni caso, rimarrebbe il costo sociale fatto sopportare ai cittadini delle (non così rare) gestioni in-house efficienti che si vedrebbero costrette, per proseguire alla loro scadenza naturale, alla cessione del 40% del capitale. La seconda, più generale, riguarda la (s)fiducia nelle forme di legittimazione e di controllo politico dell'azione amministrativa. È evidente che se la cosa pubblica, e quindi anche l'acqua, viene gestita in modo poco trasparente, senza necessità di rendere conto ai cittadini circa il livello delle tariffe e degli investimenti e con un auto-isolamento delle burocrazie, allora la difesa del ruolo pubblico rischia veramente di diventare funzionale solo agli interessi delle lobbies che ruotano intorno ai partiti e agli amministratori locali (peraltro, va detto che il meccanismo di gara è facilmente aggirabile da queste o da altre lobbies e quindi non rappresenterebbe comunque una soluzione del problema). Tuttavia, i proponenti del referendum, o almeno alcuni di essi, sostengono di non volere riproporre una "vecchia" versione della gestione pubblica, ma un nuovo "pubblico partecipato" in cui, sembra di capire, la partecipazione determinerebbe un livello di informazione, di trasparenza e di condivisione delle scelte tale da rendere politicamente insostenibile una gestione pubblica parassitaria del servizio idrico. Le forme, le regole e i modi di funzionamento di questo "pubblico partecipato" diventano, quindi, la vera sfida che si potrebbe porre nel caso di vittoria del sì al referendum.