

La gestione del servizio idrico: una sfida per i cittadini

EMILIANO FREDIANI

L'avvicinarsi della consultazione referendaria, indetta dal Presidente della Repubblica per i giorni 12 e 13 giugno, pone ai cittadini che sono chiamati a recarsi alle urne oltre ad alcuni interrogativi di fondo anche una esigenza di maggiore sensibilizzazione e responsabilizzazione su tematiche estremamente attuali. Fra queste una posizione di carattere particolare è ricoperta dai due quesiti referendari in materia di acqua (e, più nello specifico, di gestione del servizio idrico). La materia, soltanto ove si guardi all'attuale disciplina legislativa, appare piuttosto complessa ed articolata ponendo all'interprete la necessità di fare chiarezza all'interno di un quadro normativo risultante da un progressiva stratificazione. I due quesiti referendari dichiarati ammissibili dalla Corte costituzionale e sui quali il corpo elettorale è chiamato a pronunciarsi presentano ad ogni modo una matrice unitaria che potrebbe essere compresa attraverso il ricorso alla formula (ormai di dominio comune) della lotta contro i tentativi di una "privatizzazione" del "bene comune" acqua.

La questione, in linea di principio piuttosto semplice e lineare, si complica notevolmente nel momento in cui si vadano ad analizzare più nel dettaglio i termini della proposta abrogativa, soprattutto per quel che riguarda l'oggetto della stessa e le finalità che ad essa sono sottese. Per questo il presente contributo si pone nell'ottica di un tentativo di chiarificazione e semplificazione del quadro giuridico di riferimento, cercando di cogliere i principali nodi tematici che stanno alla base dei due quesiti di cui si discute.

La domanda di fondo da cui muovere può essere sintetizzata in questi termini: quali sono le figure sintomatiche del processo che sta conducendo verso una socialmente sempre più paventata "privatizzazione" del bene acqua? La risposta a questo interrogativo viene dalla lettura dei due quesiti referendari in tema di servizio idrico su cui il corpo elettorale è chiamato a e-

sprimersi. In particolare, ove volessimo sintetizzare in due punti salienti i contenuti di questi ultimi, potremmo dire questo: la prima figura sintomatica è quella del ricorso al mercato come soluzione da prediligere nell'affidamento della gestione del servizio idrico; la seconda è quella della possibilità di conseguire un utile economico (in forma di profitto) a fronte della gestione del servizio medesimo. I due punti, pur collegati tra loro in forza della richiamata matrice unitaria, devono essere analizzati separatamente, al fine di meglio comprendere gli elementi caratterizzanti di ciascuno dei quesiti e la connessa rilevanza della pronuncia da parte dei cittadini.

Primo quesito: contro i disincentivi alla gestione pubblica

Il primo dei quesiti referendari verte sull'art. 23-*bis* del decreto legge n. 112/2008, come convertito dalla legge n. 133/2008, nella formulazione risultante a seguito di una serie di modifiche operate da leggi successive. La materia oggetto di consultazione è quella riguardante le modalità attraverso le quali è possibile procedere all'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica a soggetti diversi dall'amministrazione (servizi tra i quali rientra a pieno titolo quello idrico). Lo schema di fondo che da sempre caratterizza questo modello è quello della distinzione tra titolarità e gestione del servizio: la prima è per legge pubblica (proprietà pubblica delle reti); la seconda invece può essere affidata a soggetti privati (gestori del servizio). L'art. 23-*bis*, partendo da questa premessa, individua alcune forme di affidamento dei servizi in questione riconducibili a due macro-categorie: da un lato le modalità di affidamento *in via ordinaria* (la regola); dall'altro la modalità di affidamento speciale, o *in via derogatoria* rispetto a quella ordinaria (l'eccezione).

Tra le modalità ordinarie un ruolo di primo piano è giocato dal meccanismo della cosiddetta "evidenza pubblica", ossia una gara libera e aperta cui possono partecipare imprenditori, società in qualunque forma costituita e più in generale tutti i soggetti che si muovono nel libero mercato. Come si vede si tratta di una forma di affidamento dei servizi che predilige il ricorso al mercato, inteso come luogo in cui è possibile scegliere il contraente (futuro gestore del servizio) rispettando il principio della piena concorrenzialità tra una pluralità di soggetti secondo un modello di competizione paritaria. Accanto a questa modalità di affidamento spiccatamente aperta verso le logiche del libero mercato si colloca una seconda forma di affidamento di tipo

ordinario: quella dell'affidamento cosiddetto "diretto" a società miste pubblico-private. In tal caso non vi è una gara, ma un conferimento della gestione del servizio diretta, anche se con delle condizioni molto precise: in primo luogo che la scelta del "socio privato" della società mista sia stata fatta in base ad una procedura ad evidenza pubblica e che riguardi non solo l'attribuzione della qualifica, ma comporti anche il conferimento ad esso di specifici compiti operativi connessi alla gestione; in secondo luogo che al "socio privato" sia attribuita una partecipazione alla società mista non inferiore al 40%. Per utilizzare una immagine che spieghi questo secondo modello di conferimento ordinario della gestione dei servizi, si può dire che in tal caso la gara non si colloca "a valle" dell'affidamento, ma "a monte" di quest'ultimo, dal momento che essa si svolge (con le condizioni dette) preliminarmente, ossia quando è necessario procedere alla scelta del "socio privato".

Alle forme di affidamento ordinarie dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, si contrappone una modalità di affidamento speciale di carattere derogatorio. Ciò si verifica quando la gestione di un servizio è fatta con affidamento diretto, non a società miste, bensì a società totalmente in mano pubblica (società a capitale interamente pubblico partecipate dall'ente locale, il cosiddetto *in house providing*). Qui la situazione muta radicalmente, perché il conferimento avviene in via diretta, senza aversi ("a monte" o "a valle") alcun tipo di gara per la scelta del contraente. Proprio per questo motivo il legislatore ha contornato questa modalità di affidamento di una serie di cautele e condizioni ben precise. L'affidamento diretto senza gara potrà essere fatto, anzitutto, in base ai principi e requisiti previsti dal diritto comunitario: che si tratti di una società a capitale totalmente pubblico; che vi siano gli estremi del cosiddetto "controllo analogo" (ovvero che l'ente locale eserciti in via di fatto un controllo sulla società affidataria esattamente corrispondente a quello che esercita sui propri uffici); e infine che la società affidataria svolga la propria attività prevalentemente a favore dell'ente che procede all'affidamento. Ma non basta. Infatti l'art. 23-bis non si è arrestato alla sola previsione di questi requisiti, ma ha dettato una disciplina ancora più restrittiva, prevedendo due ulteriori condizioni. La prima è quella per cui l'affidamento *in house* a società totalmente in mano pubblica possa essere esperito altresì soltanto quando si versi in «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato». Accanto a questa ulteriore condizione di carattere

sostanziale ed oggettivo, che pone di fatto un onere di valutazione a carico dell'ente affidante in merito al contesto in cui si svolgerà l'affidamento, ve ne è anche una di carattere procedurale. Infatti, l'ente affidante, prima di procedere all'affidamento diretto in economia deve effettuare un'analisi di mercato e consultare, in via preliminare sulla base di questa analisi, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Antitrust), motivando espressamente la scelta del contraente senza ricorso alla procedura ordinaria della gara aperta al libero mercato.

Il primo quesito referendario, avendo ad oggetto la totale abrogazione dell'art. 23-bis, mira ad eliminare il richiamato sistema di affidamento dei servizi locali di rilevanza economica, determinando l'impossibilità del ricorso alle descritte procedure anche per il caso dell'affidamento della gestione del servizio idrico. Proprio a quest'ultimo riguardo i fautori della tesi contraria all'abrogazione hanno fatto leva su un dato particolare: quello per cui la disposizione in oggetto ha carattere, come è stato detto, «comunitariamente vincolante». Questo significa, in sintesi, che una sua abrogazione sarebbe ritenuta impossibile, in quanto questa disposizione costituisce la forma con cui è stata data attuazione nel nostro ordinamento ai principi comunitari in tema di affidamento dei servizi di interesse generale. In una sola parola, venendo meno l'art. 23-bis il nostro Paese si potrebbe esporre, secondo questa tesi, ad una censura di inadempimento rispetto agli obblighi posti a livello comunitario in materia di affidamento dei servizi di cui si discute.

Questa strada non può essere percorsa, in quanto non solo foriera di ulteriore confusione per l'interprete, ma anche non sostenibile in punto di diritto. A dirlo è stata la stessa Corte costituzionale in sede di giudizio di ammissibilità sul quesito referendario di cui stiamo dicendo (Corte cost. sentenza n. 24/2011). In questo modo la Corte ha precisato che non vi sono ostacoli giuridici a una abrogazione per effetto del *referendum* dell'art. 23-bis. I punti interessanti al riguardo sono due. Il primo attiene ad una pretesa unicità e ineliminabilità per il nostro ordinamento dell'art. 23-bis. Al proposito la Corte, richiamando la precedente sentenza n. 325/2010, ha riconosciuto come il diritto comunitario di fatto ponga solo una "soglia minima" inderogabile: quella per cui è necessario garantire la concorrenzialità delle procedure di affidamento dei servizi di interesse generale. Per cui l'art. 23-bis rappresenta solo *uno dei* molti modi (forme) per garantire quell'obiettivo, ma non *il* modo unico ed esclusivo per poter applicare nel nostro ordinamento il principio concorrenziale. Il secondo riguarda la situazione di presunto "vuoto normativo" che si potrebbe creare all'indomani

dell'abrogazione referendaria. Anche su questo punto la Corte è molto chiara nel riconoscere l'impossibilità del verificarsi di lacune sul piano della normativa vigente. Infatti, in caso di esito positivo del *referendum*, due sarebbero le conseguenze: da un lato l'impossibilità del fenomeno della cosiddetta "reviviscenza" delle norme precedentemente abrogate dall'art. 23-*bis* (per cui abrogando quest'ultimo non è possibile un ritorno in vigore delle disposizioni che con esso erano state abrogate); dall'altro l'effetto di una immediata applicazione nel nostro ordinamento delle norme comunitarie relative alle regole concorrenziali minime da osservare per l'affidamento della gestione di servizi di interesse generale.

Quali indicazioni è possibile trarre da quanto qui affermato, nell'ottica di una ricostruzione della *ratio* di fondo del primo quesito referendario? L'abrogazione dell'art. 23-*bis*, in caso di esito positivo della consultazione referendaria, ha un significato ben preciso, soprattutto guardando al tema dell'acqua come "bene comune": determinare una disciplina meno restrittiva e, in un certo senso, più "praticabile" per quanto riguarda la possibilità di una gestione pubblica di quest'ultima. Se guardiamo all'attuale formulazione dell'art. 23-*bis* ci rendiamo conto di una cosa: che in tale disposizione viene data molta più rilevanza al meccanismo dell'affidamento in base alla procedura ad evidenza pubblica. Il ricorso al mercato e ai principi privatistici libero-concorrenziali di scelta del contraente (futuro gestore) costituiscono, per così dire, oggetto di una "corsia preferenziale" individuata dal legislatore. Su questo non si può discutere, in quanto si tratta di un dato sicuramente rispondente ai dettami della normativa comunitaria in materia. Però, pur partendo da questo dato indiscutibile, vi è da evidenziare come il legislatore abbia voluto in un certo senso disincentivare forme di affidamento diretto della gestione dei servizi a società totalmente in mano pubblica. Infatti le procedure di affidamento in deroga alla regola ordinaria del libero mercato, sono state assoggettate, come si è visto, a limiti molto più severi, puntuali e restrittivi rispetto a quanto previsto dalla normativa comunitaria. Come dire che la soglia inderogabile fissata in ambito comunitario non solo è stata mantenuta, ma resa ancor più limitativa in forza della previsione di limiti e condizioni ulteriori. Tutto ciò, con riguardo al caso del servizio idrico, ha portato l'opinione pubblica ed una parte della dottrina a dubitare di questo sistema che prevede una sorta di *sfavor* nei confronti di una gestione interamente pubblica di un bene "sensibile" e per sua natura "comune".

In tale ottica la proposta di abrogazione referendaria dell'art. 23-*bis* deve essere letta come una iniziativa volta a ripianare, pur restando nei binari

della legalità comunitaria, l'asimmetria tra gestione totalmente pubblica e gestione privata delineata dal legislatore nel 2008 con riguardo al "bene comune" acqua. E, nel far ciò, ritagliare in definitiva uno spazio di azione più ampio per quegli enti locali che vogliano procedere ad affidamento diretto (*in house*) della gestione del servizio idrico secondo i principi e le regole del diritto comunitario.

Secondo quesito: sottrarre la gestione dell'acqua alle logiche del profitto

Il secondo quesito referendario dichiarato ammissibile dalla Corte costituzionale e su cui i cittadini sono chiamati a pronunciarsi in sede referendaria ha ad oggetto una disposizione del codice dell'ambiente (l'art. 154, comma 1, del d.lgs. n. 152/2006). In tal caso, a differenza del precedente, il quesito si riferisce non all'intera disposizione ma a una sua parte limitata e circoscritta. L'inciso del quale si richiede l'abrogazione mediante consultazione popolare è quello per cui tra le "voci" che concorrono alla determinazione della tariffa del servizio idrico viene richiamata anche «l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito». La finalità del quesito può essere sintetizzata nella formula "rendere estranei alle logiche del profitto sia il governo che la gestione dell'acqua".

L'esito positivo del referendum consentirebbe quindi di escludere ogni logica remunerativa nella gestione del servizio idrico, dando seguito e fondamento giuridico alla convinzione per la quale il profitto non deve mai costituire una motivazione collegata alla gestione di un servizio che ha ad oggetto un "bene comune". Da questo punto di vista la stessa Corte ha voluto precisare in sede di giudizio di ammissibilità sul quesito il significato della remuneratività del capitale e il rapporto tra quest'ultima e la natura economica del servizio idrico (Corte cost. sentenza n. 26/2011). Tale precisazione è stata necessaria per dimostrare l'infondatezza della tesi contraria all'abrogazione dell'inciso contenuto nell'art. 154 del codice dell'ambiente. In forza di questa tesi il venir meno del riferimento alla remuneratività del capitale non solo sarebbe inutile (perché non annullerebbe la natura economica del servizio), ma andrebbe a ledere un diritto costituzionalmente garantito: quello dell'imprenditore di ottenere comunque un utile dall'attività prestata (diritto direttamente discendente dall'art. 41 Cost.). Al proposito la Corte è stata molto chiara, sia nell'escludere il carattere "costituzionalmente vincolato" della parte di disposizione che si intende abrogare, sia nel preci-

sare il significato della remuneratività. Nel far ciò sono state tenute nettamente distinte le nozioni di *rimuneratività* e *rilevanza economica*: un'attività può essere economicamente rilevante pur senza essere remunerativa. Infatti – precisa la Corte – la nozione di rilevanza economica nell'ambito del servizio idrico presuppone l'esercizio dell'attività con “metodo economico”, intendendosi con questa espressione che tale attività globalmente considerata «deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi». In conclusione, una cosa è la integrale copertura dei costi derivanti dalla gestione del servizio, altra invece la possibilità di trarre da siffatta gestione un utile economico in forma di profitto, dato quest'ultimo che non può incidere sulla natura economica del servizio medesimo.

Rispondere responsabilmente a un legislatore poco attento

Come si vede da entrambi i quesiti referendari in tema di servizio idrico emerge una vera e propria sfida per i cittadini che si recheranno alle urne il 12 e 13 giugno: tale è quella consistente nella possibilità di rispondere in forma responsabile alle istanze di un legislatore che fino a questo momento sembra non aver dato adeguato spazio alla natura comune del bene acqua. Si tratta di una non trascurabile opportunità per i cittadini di ricorrere a uno strumento di democrazia diretta (il referendum) che consente loro nell'immediato di incidere sulla legislazione vigente e per il futuro di manifestare un chiaro indirizzo verso nuove forme più garantistiche di gestione del servizio idrico. ■

Tre buoni motivi per opporsi al nucleare

MIRCO ELENA

■ Il disastro tellurico-tsunamico-nucleare di Fukushima ha riportato di grande attualità la questione dell'energia atomica come fonte utile a soddisfare le esigenze delle moderne società. Questo è tanto più valido in Italia, dove il governo Berlusconi aveva negli ultimi anni riproposto un ritorno a questa fonte, descrivendola come una panacea, che avrebbe risolto di colpo molti se non tutti i nostri problemi in questo strategico settore.

A chi obiettava che nell'ormai lontano 1987 il popolo italiano aveva chiaramente espresso il proprio rifiuto dell'atomo, veniva risposto – giustamente – che quella decisione era nata sull'onda del panico prodotto dal disastro di Chernobyl (avvenuto il 26 aprile 1986, venticinque anni fa) e che nel frattempo le situazioni sono totalmente cambiate, con centrali infinitamente più sicure, con necessità di abbassare il costo delle bollette, di garantirsi indipendenza energetica, creazione di un gran numero di posti di lavoro ecc.

Per opporsi a questa scelta governativa di ritorno all'atomo sono state raccolte firme per indire un referendum, la cui data è stata fissata – come da tradizione negli ultimi anni – molto tardi, il 12 e 13 giugno. Per impedire che anche questa volta gli italiani bocciassero le centrali atomiche (cosa che, per una tacita convenzione del mondo politico, avrebbe fatto sì che, per almeno cinque anni di nucleare in Italia non si sarebbe più parlato), il nostro fantasioso primo ministro ha deciso di dichiarare una moratoria per il programma nucleare. Poco dopo però aggiungeva che questa mossa rappresentava solo un *escamotage* per permettere all'emozione prodotta da Fukushima di calmarsi. Per “dare denti” alla dichiarazione, Berlusconi ha fatto approvare, in uno dei rami parlamentari, un emendamento che elimina tutti gli articoli di legge su cui interveniva il referendum. Al momento in cui scriviamo queste righe, l'altro ramo non ha ancora votato l'emendamento ma, se