

Investimenti infrastrutturali e (in)certezza delle regole:

il caso del servizio idrico*

di Alessandro Tonetti

(pubblicato su "Giornale di diritto amministrativo" n. 11/2013)

Sommario: 1. La rilevanza del tema 2. Il contesto economico di settore: gestioni societarie in essere, investimenti e tariffe 3. I mutamenti della regolazione tariffaria. 3.1. I soggetti: la soppressione delle autorità d'ambito e l'emersione dell'Aeeg. 3.2. I contenuti: l'abrogazione della remunerazione del capitale e il nuovo metodo tariffario "transitorio" 4. Gli effetti (presunti dall'Aeeg e dal parere del Consiglio di Stato). 4.1. L'impatto sui rapporti in essere 4.2. La decorrenza *ex tunc* e la restituzione della remunerazione del capitale. 5. Aspetti problematici. 5.1. Il disconoscimento di un riequilibrio soddisfacente. 5.2. La negazione del modello societario prescelto 6. E se fosse incostituzionale la legge risultante dal referendum? 7. Le prospettive: riforma di settore e riforma di sistema

La realizzazione di infrastrutture essenziali per il Paese richiede in misura sempre maggiore l'apporto di privati disposti a concorrere anche finanziariamente al progetto in cambio di ritorni economici diluiti nel tempo sulla base di rapporti di durata. La loro propensione ad investire, quindi, è strettamente legata alla sussistenza di una condizione di base: la certezza (e stabilità) delle regole. In Italia, questo elementare principio sconta non poche difficoltà ad affermarsi. La regolazione del servizio idrico ne offre un'esemplificazione di grande interesse giacché consente di evidenziare le principali questioni problematiche, nonché le difficoltà registrate a vari livelli (legislativo, amministrativo e giudiziario) a ricercare soluzioni coerenti con le nuove e più urgenti esigenze di sviluppo. Di qui, la necessità di promuovere una riforma di settore e, al contempo, in una prospettiva più ampia, una riforma di sistema in grado di rafforzare i presidi posti a garanzia della certezza delle regole e di accrescere la sensibilità dei vari soggetti istituzionali ad integrare il metodo giuridico con quello economico.

La rilevanza del tema

La funzione pubblica diretta all'approntamento delle infrastrutture sta registrando ormai da un ventennio, ma con un'accelerazione sostenuta negli ultimi anni, una profonda trasformazione in conseguenza del mutamento di uno dei suoi elementi strutturali, vale a dire la fonte di finanziamento: il contributo pubblico, che fino agli anni novanta del secolo scorso copriva il 90 - 100 per cento dell'intero fabbisogno finanziario, negli anni duemila si è attestato ad appena il 50 per cento e si prevede che

nei prossimi anni non potrà superare il 30 per cento¹, cosicché lo sviluppo infrastrutturale del Paese è di fatto correlato alla capacità del sistema di coinvolgere i privati. A questi, in sostanza, si chiede di intervenire secondo modelli di partenariato pubblico privato (PPP), in forza dei quali essi impiegano capitali (propri e, in misura ben maggiore, di debito²) per la realizzazione di opere i cui ritorni economici, derivanti dalla gestione dell'infrastruttura o del servizio, sono diluiti nel tempo onde consentire l'ammortamento e la remunerazione dell'investimento³.

In questo quadro – dovendo i privati (operatori e finanziatori), in ragione della durata generalmente lunga del rapporto, valutare la convenienza non solo attuale ma anche prospettica dell'operazione - diventa cruciale poter contare, prima ancora che sulla qualità dell'assetto regolatorio sotteso all'investimento, sulla certezza e (ragionevole) stabilità dello stesso, con riguardo sia alla disciplina generale di settore sia alla disciplina convenzionale del singolo progetto⁴. Lo stesso Parlamento europeo, rilevando “la necessità di garantire agli investitori privati che le condizioni contrattuali non subiranno cambiamenti”, ha raccomandato agli Stati di “predisporre meccanismi

* Le opinioni espresse sono a titolo personale e non impegnano in alcun modo l'istituzione di appartenenza, né tantomeno quella presso cui si presta servizio.

¹ Si v. *Linee guida Allegato infrastrutture 2013 – 2015*, in *Documento di economia e finanza 2012*, e *Programma infrastrutture strategiche. XI° Allegato infrastrutture*, aprile 2013, 15, nonché Ance, *La questione infrastrutturale e l'andamento della spesa pubblica*, 5 ottobre 2012, che evidenzia come dal 1990 ad oggi le spese in conto capitale si siano ridotte del 51 per cento e quelle per nuove infrastrutture di oltre il 70 per cento. Si v., specularmente, Project Financing Osservatorio Nazionale, *10 anni di partenariato pubblico privato in Italia*, Cresme, ottobre 2011, 6, che, considerando le procedure di gara, segnala come nel 2011 la percentuale di progetti in PPP sul totale delle opere pubbliche si attesti al 16,6 per cento in termini di numero di gare e al 43,9 per cento in termini di valore degli importi. Dati, questi, che assumono un valore ancora più significativo se solo si pensa che lo stesso M. Giannini, *Diritto pubblico dell'economia*, Il Mulino, 1995, ed. II, 59 ss., a metà appunto degli anni novanta rilevava come il coinvolgimento finanziario dei privati nella realizzazione di infrastrutture fosse “evento raro”.

² Si consideri che, relativamente ai progetti in PPP, il rapporto capitale proprio-capitale di debito si attesta generalmente intorno a 20-80. Ciò spiega la ragione per cui la strutturazione di un'operazione in PPP deve tenere adeguato conto della disponibilità del sistema finanziario a prestare le necessarie risorse, confidando, peraltro, quasi sempre unicamente sulla capacità del progetto (non tanto del debitore) di generare risorse tali da coprire il servizio del debito. In questa direzione vanno le recenti disposizioni introdotte dall'art. 19 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98.

³ Per un inquadramento della materia, si v., da ultimo, S.M. Sambri, *Project financing. La finanza di progetto per la realizzazione di opere pubbliche*, in E. Picozza e E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto dell'economia*, Padova, 2013, II ed., *passim*, nonché, per un approfondimento degli aspetti più strettamente economico-finanziari, S. Gatti, *Manuale del project financing: come disegnare, strutturare e finanziare un'operazione di successo*, Bancaria editrice, 2006, *passim*.

⁴ Non vi è dubbio, infatti, che per poter valutare nel merito la bontà di una regolazione occorre prima di tutto poter confidare sulla stessa e che conseguentemente una eventuale debolezza del sistema su questi aspetti preliminari pregiudica in radice ogni serio programma volto ad attrarre i necessari capitali privati.

trasparenti a tutela degli interessi giuridici e finanziari degli investitori per l'intero periodo di validità del contratto"⁵.

È proprio sotto questo profilo, tuttavia, che l'Italia sconta gravi debolezze: come è stato rilevato, infatti, "[s]econdo un convincimento pressoché unanime, un forte ostacolo alla competitività del Paese è costituito da carenze nella certezza del diritto", spiegando altresì che "[i]l "diritto inconstante" impedisce il calcolo economico, pregiudica le aspettative e, quindi, blocca o ostacola gli investimenti e la loro convenienza"⁶. Con specifico riferimento alle infrastrutture in PPP, ciò si riflette in una sostanziale incertezza dei tempi, dei costi e soprattutto della regolazione economica (tariffe, pedaggi, diritti) su cui si fonda la sostenibilità del progetto, che finisce per alimentare il cosiddetto rischio regolatorio e di "change in law"⁷.

La regolazione economica del servizio idrico, sul quale qui ci si sofferma, ne offre un'esemplificazione di grande interesse⁸ giacché - sia per le caratteristiche proprie del

⁵ Risoluzione del Parlamento europeo sui partenariati pubblico-privati e il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni (2006/2043).

⁶ Relazione del Gruppo di lavoro nominato dal Presidente della Repubblica in materia economico-sociale ed europea, 12 aprile 2013, 36. Si v. anche AON, *Global Risk Management Survey 2013*, disponibile sul sito www.aon.com, che nella lista dei primi dieci fattori di criticità percepiti dalle imprese indica al secondo posto "regulatory/legislative changes" (chiaramente riconducibili a difetti di sistema), dopo "economy slowdown/slow recovery" (non sempre riconducibili a difetti di sistema, in quanto suscettibili di essere determinati anche da fattori esterni).

⁷ Per un quadro d'insieme, si v. Italiadecide, *Rapporto 2009, Infrastrutture e territorio*, Bologna, Il Mulino, 2010, in particolare 37 ss., nonché Astrid, Respubblica, Italiadecide, *Le infrastrutture strategiche di trasporto. Problemi, proposte, soluzioni*, maggio 2011. Con specifico riferimento alla regolazione economica, le vicende che dimostrano quanto sia rilevante la questione relativa all'incertezza del diritto sono molteplici: si pensi, solo a titolo esemplificativo, a quanto accaduto nell'ambito, oltre che del settore idrico, di cui si dirà più avanti, del settore autostradale, a seguito della rinegoziazione delle convenzioni imposta dall'art. 2, c. 82 ss., del decreto legge 3 ottobre 2006, n. 262, convertito dalla legge 24 novembre 2006, n. 286, del settore aeroportuale, in conseguenza del decreto legge 30 settembre 2005, n. 203, convertito dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248 (meglio nota, legge sui requisiti di sistema) e della prolungata assenza di adeguamento della regolazione Cipe e della mancata approvazione dei contratti di programma, e del settore ferroviario, per effetto della non completa attuazione della riforma introdotta dal decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188 (si v., per un quadro d'insieme, A. Biancardi (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti e infrastrutture*, Bologna, Il Mulino, 2010, *passim*).

⁸ Si avverte che il tema della regolazione economica non può essere certo disgiunto da quello più ampio della gestione delle risorse idriche, per il cui approfondimento, tra le opere più recenti, si rinvia a E. Boscolo, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Milano, Giuffrè, 2012, *passim*, nonché, per un'efficace sintesi delle questioni più rilevanti, F. Caporale, *Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici*, in *Munus*, 2013, 1 ss., ove, peraltro, si dà ampio e dettagliato conto della vasta produzione normativa, giurisprudenziale e dottrina in materia dell'ultimo triennio. Nell'economia del presente lavoro, ci si limita qui a segnalare che, in particolare di quest'ultimo contributo, si condivide in pieno l'idea di superare l'approccio ideologico tra gestione pubblica e gestione privata e di concentrare invece la riflessione sull'efficacia della regolazione (vedi pagine 33 ss.), con l'avvertenza però che questa prospettiva sia arricchita - e vuole essere questo il senso del presente lavoro - tenendo conto anche

settore sia per le vicende che ne hanno segnato gli sviluppi più recenti a partire dall'istanza referendaria del 2010 – consente di evidenziare le principali questioni problematiche, nonché le difficoltà registrate a vari livelli (legislativo, amministrativo e giudiziario) a ricercare, nell'ambito degli spazi consentiti, soluzioni coerenti con le nuove e più urgenti esigenze di sviluppo infrastrutturale⁹.

In questa prospettiva, si indicano, dapprima, alcuni dati relativi al contesto economico di settore, così da poter meglio inquadrare la rilevanza e l'impatto delle innovazioni introdotte; poi, si rilevano i principali mutamenti della regolazione, soffermandosi, in particolare, sull'abrogazione per via referendaria della remunerazione del capitale investito e sul varo del nuovo metodo tariffario "transitorio" da parte dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas (Aeeg); successivamente, si evidenziano gli effetti di tale abrogazione desunti dall'Aeeg, in parte con il supporto del Consiglio di Stato; quindi, si mettono in luce gli aspetti problematici, anche di ordine costituzionale, della ricostruzione sostenuta; infine, si prospetta la necessità di una riforma di settore e, in una prospettiva più ampia, di una riforma di sistema che possa tenere in adeguato conto l'ineludibile esigenza di attrarre i capitali privati per gli investimenti.

Il contesto economico di settore: gestioni societarie in essere, investimenti, tariffe

Il contesto economico proprio del settore idrico si presenta assai articolato e complesso¹⁰. Tre dati sono comunque particolarmente rilevanti ai fini della presente indagine.

Il primo riguarda la consistente presenza sul mercato di gestori formalmente e spesso anche sostanzialmente privati, cui compete l'impegno, oltre che alla prestazione del servizio, alla realizzazione degli investimenti: le società affidatarie del servizio idrico integrato - tutte operanti in virtù di concessioni rilasciate in periodo antecedente al 2010 - risultano 115, di cui, relativamente alla struttura, 7 interamente private, 23 a

delle esigenze degli operatori e dei finanziatori, senza i quali, per le ragioni già in parte anticipate, è difficile immaginare un credibile piano di sviluppo infrastrutturale.

⁹ Ciò, come si dirà meglio più avanti, anche per la difficoltà ad integrare il metodo giuridico con quello economico. Si v., in proposito, G. Napolitano e M. Brescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2009, 190 ss., secondo cui “[s]e interpretare, secondo l’analisi economica, non significa attribuire un significato normativo, ma effettuare una previsione sulle conseguenze materiali delle norme, allora può affermarsi che ogni trattazione di taglio giuseconomico consista in un’interpretazione alternativa del significato delle disposizioni giuridiche. L’interpretazione giuseconomicamente orientata (che nella terna disposizione-norma-effettività si concentra sugli ultimi due termini), non ignora però del tutto il legame tra il testo e i precetti che in esso possono essere individuati”.

¹⁰ Per un quadro d'insieme, si v. Intesa SanPaolo - SMR, *L'industria dei servizi idrici*, febbraio 2013, Conviri, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, dicembre 2011, e Utilitas, *Blue Book. I dati sul Servizio Idrico Integrato in Italia*, ottobre 2011.

capitale misto con socio privato selezionato con gara, 11 con socio finanziario, 61 interamente pubbliche; di queste, poi, relativamente al modello prescelto, 86 sono società per azioni (di cui alcune quotate in borsa) e 19 società a responsabilità limitata¹¹.

Il secondo dato concerne l'ingente fabbisogno di investimenti connessi all'ammodernamento e allo sviluppo della rete idrica, di cui gran parte già a carico dei suddetti gestori: gli interventi programmati nei piani di intervento ammontano a circa 38 miliardi e quelli stimati in un arco di tempo di durata trentennale (quanto è la durata massima della concessione¹²) superano addirittura i 65 miliardi (di cui 15 nei prossimi tre anni e 20 nei prossimi cinque)¹³.

Il terzo dato attiene alla preponderante copertura finanziaria degli investimenti mediante tariffa: dei 38 miliardi di interventi programmati, appena 3 sono finanziati con contributi pubblici, e dei 65 miliardi stimati, appena 5 possono seguire la medesima modalità¹⁴.

Se ne può logicamente dedurre che la tariffa, e prima ancora la regolazione tariffaria, è elemento essenziale dell'intero sistema e che un suo mutamento può avere effetti sia sull'effettiva realizzazione di adeguati investimenti sia sull'esistenza stessa di gran parte dei gestori, che si sono impegnati nel presupposto che la regolazione potesse loro assicurare la copertura dei costi e un ragionevole margine di utile. Ciò vale senza alcun dubbio per le società interamente private e per le società miste. E a ben vedere, vale in certa misura anche per le società *in house*: in questo caso, infatti, se, da un lato, potrebbe ritenersi ammissibile una mera gestione economica (tale da coprire unicamente i costi), dall'altro, non potrebbe negarsi che tale soluzione riduce comunque la propensione degli istituti di credito a concedere finanziamenti, anche in considerazione dell'estensione alle stesse società *in house* dei vincoli del patto di stabilità interno¹⁵.

¹¹ Le restanti sono 6 società cooperative per azioni e 4 società consortili a responsabilità limitata. Si confrontino Intesa SanPaolo - SMR, *L'industria dei servizi idrici*, cit., 9 ss., Conviri, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., 31 ss. e Utilitas, *Blue Book*, 58 ss.

¹² Art. 151, c. 2, lett. b), decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, recante "Norme in materia ambientale" (meglio noto, "Codice ambiente"), e art. 11, c. 2, lett. c), legge 5 gennaio 1994, n. 36, recante "Norme in materia di risorse idriche" (meglio nota "legge Galli").

¹³ Si confrontino Utilitas, *Blue Book*, 71 e 75, Intesa SanPaolo - SMR, *L'industria dei servizi idrici*, cit., 40 ss., Conviri, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., 87 ss. Si v. anche Aeeg, *Fabbisogno di investimenti e individuazione degli strumenti di finanziamento per il raggiungimento degli obiettivi di qualità ambientale e della risorsa idrica*, Documento di consultazione, 339/2013/IDR, 25 luglio 2013, punto 4.12.

¹⁴ Si confrontino Utilitas, *Blue Book*, 71 e 75, SanPaolo - SMR, *L'industria dei servizi idrici*, cit., 40 ss., Conviri, *Rapporto sullo stato dei servizi idrici*, cit., 87 ss.

¹⁵ Si v. art. 3-bis, c. 5, del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, a seguito dell'integrazione operata dal decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito

I mutamenti della regolazione tariffaria

E' proprio sulla regolazione tariffaria che più hanno inciso gli interventi normativi che si sono succeduti, in modo spesso caotico, a partire dal 2010 (successivamente cioè all'affidamento delle concessioni in essere), apportando significativi mutamenti in ordine sia ai soggetti sia ai contenuti della regolazione¹⁶, che hanno finito per alimentare ulteriori incertezze con pregiudizio per gli investimenti.

I soggetti: la soppressione delle autorità d'ambito e l'emersione dell'Aeeg

Quanto ai soggetti, il modello antecedente - disegnato prima dalla legge n. 36/1994¹⁷, poi dal decreto legislativo n. 152/2006¹⁸, nel quale il primo è confluito - era improntato a una regolazione di tipo, per così dire, "per contratto": in particolare, il governo stabiliva le componenti di costo per la determinazione della tariffa; ciascuna autorità d'ambito definiva la tariffa base e stabiliva in convenzione criteri e modalità di applicazione della stessa; il gestore calcolava e applicava la tariffa all'utenza.

Questo modello è stato prima alterato e poi superato. I primi interventi hanno riguardato le autorità d'ambito. L'art. 2, c. 186-*bis*, della legge 29 dicembre 2009, n. 191, nel quadro di un più ampio intervento di contenimento della spesa degli enti locali (non già - si noti - di efficientamento dei servizi idrici), ha stabilito la soppressione di dette autorità decorso un anno dalla entrata in vigore della legge, affidando alle regioni il compito di attribuire ad altri soggetti le relative funzioni: il termine è stato poi più volte prorogato (da ultimo fino al 31 dicembre 2012) e non tutte le regioni - che, peraltro, hanno compiuto scelte molto eterogenee - hanno provveduto ad individuare tempestivamente il soggetto subentrante¹⁹. Successivamente altri interventi hanno

dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Si tenga presente, peraltro, che gli istituti di credito richiedono generalmente un adeguato margine di garanzia rispetto a quanto strettamente necessario a coprire le rate del debito.

¹⁶ Per un quadro d'insieme, si v. M.R. Mazzola (a cura di), *La regolazione dei servizi idrici. Primo rapporto*, Astrid, aprile 2013, e Id., *Gruppo Regolazione dei Servizi Idrici. Prima Relazione*, novembre 2012, entrambe disponibili sul sito Astrid. Dello stesso autore, si v. *Il settore idrico*, in C. De Vincenti (a cura di), *Finanziamento delle local utilities e investimenti di lungo termine*, Maggioli editore, 2012, 39 ss., e, *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Passigli editore, 2010, 215 ss.

¹⁷ Art. 13.

¹⁸ Art. 154.

¹⁹ La disposizione è stata introdotta dall'art. 1, c. 1-*quinquies*, decreto legge 25 gennaio 2010, n. 2, convertito dalla legge 26 marzo 2010, n. 42, e il termine è stato prorogato, prima, dall'art. 1, c. 1, decreto legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10, poi, dall'art. 1, c. 1, decreto Presidente del Consiglio dei Ministri 25 marzo 2011 ed, infine, dall'art. 13, c. 2, decreto legge 29 dicembre 2011, n. 216, convertito dalla legge 24 febbraio 2012, n. 14. Al riguardo, C. cost. 24 luglio 2009, n. 246, e 13 aprile 2011, n. 128, con le quali la Corte ha affermato che la disciplina delle autorità d'ambito rientra tra le materie di competenza legislativa esclusiva dello Stato della concorrenza e della

interessato l'amministrazione centrale. Il decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106²⁰, nel vano tentativo di evitare il referendum indetto il 23 marzo 2011, di cui si dirà più avanti, ha istituito l'Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, assegnando ad essa, tra l'altro, il compito di predisporre il metodo tariffario per la determinazione della tariffa ed approvare le tariffe predisposte dalle autorità competenti²¹. Successivamente, nell'ambito di un più ampio intervento sempre di contenimento della spesa, il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214²², ha soppresso la neo istituita Agenzia e affidato all'Aeeg "le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici", rimettendo ad un apposito decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, poi emanato il 20 luglio 2012, la puntuale individuazione delle funzioni trasferite.

Al termine di questa complessa evoluzione, quindi, il modello regolatorio è ora incentrato su una regolazione di tipo, per così dire, "indipendente": l'Aeeg definisce le componenti di costo e il metodo tariffario per la determinazione della tariffa; l'ente che ha assunto le funzioni dell'autorità d'ambito definisce la tariffa; l'Aeeg approva la tariffa; il gestore la applica.

E' questa una innovazione assai profonda e, sul piano che qui più interessa, vale a dire della certezza delle regole in funzione degli investimenti, sicuramente molto apprezzabile: come è stato rilevato, infatti, la regolazione indipendente "dispone di fattori di legittimazione e di stabilizzazione delle regole che sorreggono la coerenza del sistema ed attenuano il rischio regolatorio, dipendente soprattutto da modifiche continue e incoerenti, connesse alla contingenza politica o al variare delle maggioranze"²³.

Va comunque osservato che il settore idrico per oltre due anni e mezzo ha registrato gravi elementi di incertezza in ordine sia alla definizione dell'autorità di regolazione sia alla individuazione delle parti e alla tenuta stessa del singolo rapporto concessorio. aspetti, questi, non certo irrilevanti nella prospettiva, non solo – come comunemente si pensa – degli operatori, ma anche dei finanziatori, tenuti a considerare tutte le ipotesi, ivi inclusa quella della cessazione, anche anticipata, del rapporto concessorio e

tutela dell'ambiente. Si v. anche F. Caporale, *La soppressione delle autorità d'ambito e la Consulta: le prospettive nella regolazione locale dei servizi idrici*, in *Munus*, 2012, 1 ss.

²⁰ Art. 10, c. 14.

²¹ Si v. G. Napolitano, *L'Agenzia per l'acqua*, in questa *Rivista*, 2011, 1077 ss.

²² Art. 21, c. 19. Si v. G. Napolitano, *La rinascita della regolazione per autorità indipendenti*, in questa *Rivista*, 2012, 229 ss., e Id., *Per un'Autorità indipendente di regolazione dei servizi idrici*, in *Federutility-Confservizi, Rafforzare le funzioni pubbliche in una nuova regolazione per il settore idrico: il quadro comunitario e nazionale*, seminario di studio, Roma, 23 aprile 2010, 4 ss.

²³ In questi termini, L. Torchia, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, in *Rassegna Astrid*, n. 7, 2013.

del conseguente subentro o di un nuovo gestore o dello stesso concedente, cui spetta, in ultima istanza, il compito di assicurare la prosecuzione della gestione e l'adempimento delle obbligazioni sottostanti²⁴. Si spiega, così, ad esempio, la ragione per cui - come è stato tempestivamente denunciato - la disposizione sulle autorità d'ambito "ha notevolmente accentuato l'incertezza del quadro giuridico di riferimento, ostacolando anche alcuni procedimenti di finanziamento in corso"²⁵.

Elementi di incertezza, peraltro, permangono anche nell'attuale assetto con riferimento a specifici aspetti giacché questo è il risultato di una stratificazione normativa che si è affiancata al Codice ambiente, senza emendarlo, sollevando non poche questioni di coordinamento e di corretta interpretazione e applicazione delle disposizioni: non a caso, al fine di dare un più solido fondamento alle prerogative dell'Aeeg relativamente all'approvazione delle tariffe, si è ritenuto di dover introdurre una specifica novella al Codice, evidenziando anche in questa circostanza i limiti propri di ogni intervento avulso da un disegno di riscrittura organica²⁶.

I contenuti: l'abrogazione della remunerazione del capitale e il nuovo metodo tariffario "transitorio"

Quanto ai contenuti della regolazione, il modello antecedente - sempre disegnato prima dalla legge n. 36/1994²⁷, poi dal decreto legislativo n. 152/2006²⁸ - era improntato, tra l'altro, sul riconoscimento in tariffa di una adeguata remunerazione del capitale investito. Più in particolare, la legge n. 36/1994, all'art. 13, c. 2 e 3, affermava il principio e demandava a un decreto ministeriale l'elaborazione di un metodo normalizzato per definire le componenti di costo e determinare la tariffa di riferimento; il decreto, poi emanato il 1° agosto 1996, definiva detto metodo normalizzato e, in questo ambito, fissava il tasso di remunerazione del capitale

²⁴ Si pensi, ad esempio, al tema assai rilevante della corresponsione del valore di subentro, che si realizza quando i termini e la durata della concessione non consentono di ammortizzare per intero il capitale investito, cosicché il gestore (e indirettamente il finanziatore) alla fine del rapporto vanta un credito nei confronti del concedente, da cui discende - sebbene generalmente coperto con le risorse acquisite da un nuovo gestore (cosiddetto, subentrante) - anche la necessità di valutare l'autonoma capacità del concedente di farvi fronte.

²⁵ Conviri, *Relazione al Parlamento sullo stato dei servizi idrici. Anno 2009*, Roma 22 luglio 2010, 50, che, pertanto, dichiara "auspicabile un nuovo intervento del Legislatore che assegni alle Regioni criteri direttivi uniformi [corsivo nostro] su tutto il territorio nazionale per l'attribuzione delle funzioni già esercitate dall'Autorità d'ambito". Si anche F. Caporale, *Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici*, cit., secondo il quale la soppressione delle autorità d'ambito "ha sconvolto l'instabile equilibrio istituzionale sino ad allora esistente".

²⁶ Art. 34, c. 29, decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, che ha riscritto l'art. 154, c. 4, del decreto legislativo n. 152/2006.

²⁷ Art. 13.

²⁸ Art. 154.

investito al 7 per cento²⁹. Similmente, il decreto legislativo n. 152/2006, all'art. 154, c. 1 e 2, affermava il principio e demandava a un decreto ministeriale la definizione delle componenti di costo per la determinazione della tariffa, disponendo altresì, all'art. 170, c. 3, lett. l), l'applicazione del decreto 1° agosto 1996 fino alla definizione del nuovo decreto, poi mai emanato, con l'effetto di mantenere in vigore quello del 1996.

Questo modello è stato stravolto prima dall'esito del referendum del 12 e 13 giugno 2011 e poi dalle nuove determinazioni dell'Aeeg assunte a partire dalla fine del 2012, che pure ne hanno mitigato in qualche misura gli effetti. Il referendum ha determinato l'abrogazione dall'art. 154, c. 1, del riferimento alla "adeguatezza della remunerazione del capitale investito", con effetto a decorrere dal 21 luglio 2011³⁰. L'Aeeg, per parte sua, ha ridefinito il metodo tariffario tenendo conto sia l'esigenza di tener fede all'esito referendario sia quella di preservare il principio comunitario dell'integrale copertura dei costi di esercizio e di investimento³¹. Così, in forza delle competenze acquisite nel 2011, a seguito di procedimento avviato a marzo 2012³², ha approvato il 28 dicembre 2012 il nuovo metodo tariffario "transitorio" per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 - 2013³³ - a valere quindi dal 1° gennaio 2012, ma con effetto sulle tariffe a decorrere dal 1° gennaio 2013 - in prospettiva della successiva determinazione del metodo definitivo³⁴.

²⁹ Paragrafo 3.3. dell'allegato al decreto ministeriale.

³⁰ Decreto Presidente della Repubblica 18 luglio 2011, n. 116, pubblicato in Guri 20 luglio 2011, n. 167.

³¹ Si v. direttiva 2000/60/CE, recante "quadro per l'azione comunitaria in materia di acque", in particolare l'art. 9, c. 1, ai sensi del quale "[g]li Stati membri tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse", unitamente alla comunicazione COM(2000)477, recante "politiche di tariffazione per una gestione più sostenibile delle riserve idriche", punto 2.1., che tra i costi che la tariffa deve integralmente coprire, indica "i costi finanziari dei servizi idrici, che comprendono gli oneri legati alla fornitura ed alla gestione dei servizi in questione. Essi comprendono tutti i costi operativi e di manutenzione e i costi di capitale (quota capitale e quota interessi, nonché l'eventuale rendimento del capitale netto)". Si v. anche comunicazione COM(2012)673, recante il "Piano per la salvaguardia delle risorse idriche europee", punto 2.3, che richiama la rilevanza del principio espresso nell'art. 9 della Direttiva 2000/60/CE.

³² Delibera 1° marzo 2012, 74/2012/R/idr, recante "Avvio di procedimento per l'adozione di provvedimenti tariffari e per l'avvio di attività di raccolta dati e informazioni in materia di servizi idrici".

³³ Delibera 28 dicembre 2012, 585/2012/R/idr, recante "Regolazione dei servizi idrici: approvazione del metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe negli anni 2012 e 2013", poi successivamente modificata.

³⁴ Tale scelta - ha spiegato l'Aeeg nella stessa delibera 585/2012/R/idr - si è resa opportuna in ragione "[del]l'attuale livello di eterogeneità della regolazione tariffaria applicata sul territorio nazionale e [del]la conseguente necessità di analizzare più approfonditamente i diversi contesti e punti di partenza", nonché di consentire "una certa gradualità di intervento", con la precisazione comunque che "per quanto compatibile, anche nella definizione del metodo tariffario transitorio [sono] applicati gli elementi che saranno alla base del modello a regime".

Il nuovo metodo tariffario transitorio innova sensibilmente la precedente regolazione³⁵. Per quanto qui interessa, si segnala, in particolare, l'eliminazione della componente relativa alla remunerazione del capitale investito e il contestuale riconoscimento della componente relativa al "costo della risorsa finanziaria" (calcolato secondo parametri standard, in misura pari al 6,4 per cento³⁶), con la fissazione di un tetto all'adeguamento tariffario. In questo modo, sebbene l'effetto della eliminazione della remunerazione risulti in qualche modo attenuato, resta confermata, almeno in termini di principio, l'impossibilità di conseguire utili, il che se può ben valere per i futuri contratti qualche problema certamente lo pone per quelli pregressi ancora in corso, che su quel presupposto sono stati stipulati.

Non è certo questa la sede per esprimere una valutazione di merito della nuova regolazione³⁷. Piuttosto, interessa qui evidenziare due aspetti. Il primo attiene ai tempi e ai caratteri della regolazione: si è dovuto attendere un anno e mezzo (al quale, in verità, si aggiungono almeno gli altri cinque dall'approvazione del Codice dell'ambiente) per adottare un quadro regolatorio definito espressamente "transitorio", che, essendo per definizione suscettibile di variazioni, non consente ancora agli operatori e ai finanziatori di valutare la sostenibilità di investimenti per loro natura di lungo termine³⁸. Il secondo aspetto riguarda la portata delle innovazioni introdotte: queste sono così tante da configurare un modello regolatorio decisamente diverso dal precedente, ponendo rilevanti questioni giuridiche ed economiche rispetto ai rapporti concessori già in essere, soprattutto con riguardo alla soppressione della remunerazione del capitale investito, giacché - come si spiegherà più avanti - a differenza delle altre innovazioni, risulta difficile recuperare questa componente mediante l'ordinario strumento del riequilibrio del Piano economico finanziario (Pef).

³⁵ Una sintesi delle principali novità è contenuta nel comunicato dell'Aeeg del 28 dicembre 2012. Si segnala, tra gli altri, anche l'assunzione del criterio dell'ammortamento tecnico (in luogo di quello finanziario), che allunga nel tempo il recupero dei capitali investiti, determinando, se eccedente la durata della concessione, un cospicuo valore di subentro; il riconoscimento del costo dell'investimento al momento dell'effettiva realizzazione (anziché al momento della programmazione), che posticipa nel tempo il recupero dei capitali investiti, rimettendo al gestore l'onere di farsene carico nella fase iniziale.

³⁶ Si v. delibera 585/2012/R/idr, allegato A, artt. 18 ss.).

³⁷ Si v. gli atti del convegno "Effetti contrattuali e finanziari della nuova regolazione del servizio idrico: verso il metodo tariffario definitivo, Firenze 14 maggio 2013, e "La nuova regolazione del servizio idrico", Genova 18 gennaio 2013, disponibili sul sito www.federutility.it, nonché M.R. Mazzola (a cura di), *La regolazione dei servizi idrici. Primo rapporto*, cit., par. 5.2. Si v. anche S. Marotta, *Le tariffe del servizio idrico integrato dopo il referendum*, in *Munus*, 2012, 657 ss.

³⁸ La stessa Aeeg, peraltro, ha recentemente riconosciuto la necessità di adottare una metodologia tariffaria con una prospettiva di più lungo termine rispetto al transitorio inizialmente considerato, dichiarando l'intenzione di far evolvere il metodo tariffario transitorio in una prospettiva di periodo regolatorio ordinario, in modo da consentire, anche nell'arco temporale 2012-2015, le necessarie valutazioni in ordine alla ri-pianificazione degli investimenti da parte dei soggetti competenti (s. v. Aeeg, *Consultazione pubblica in materia di regolazione tariffaria dei servizi idrici*, documento di consultazione 356/2013/IDR, 1 agosto 2013, punti 3.5 ss.).

Gli effetti (presunti dall'Aeeg ed implicitamente dal Consiglio di Stato)

La prospettiva della definizione di un nuovo quadro regolatorio ha posto quindi dinanzi all'Aeeg due fondamentali questioni: primo, se esso dovesse applicarsi anche ai rapporti già in essere; secondo, in caso di risposta affermativa, quale fosse il termine di decorrenza, anche ai fini dell'eventuale recupero della remunerazione del capitale investito percepito dai gestori successivamente all'esito del referendum.

L'impatto della nuova regolazione sui rapporti in essere

La questione relativa all'impatto della nuova regolazione sui rapporti in essere, come pure la potenziale incidenza della stessa sull'affidamento degli operatori (meno in verità dei finanziatori) e sulla conseguente tutela degli investimenti programmati, è risultata chiara all'Aeeg sin dall'inizio del processo regolatorio. Si poteva così ragionevolmente ritenere che essa avrebbe meritato una particolare attenzione ed uno specifico approfondimento. L'orientamento dell'Aeeg è parso invece sin dall'inizio univocamente orientato nel senso di ritenere certo l'impatto sui rapporti in essere, senza dare adeguato conto di elementi che avrebbero potuto giustificare, se non una diametralmente opposta prospettazione (che qui, peraltro, non si sostiene), quanto meno soluzioni intermedie in grado di contemperare l'esito referendario con l'esigenza di salvaguardare l'affidamento degli operatori e dei finanziatori, e, per questa via, gli investimenti³⁹.

In particolare, l'Aeeg ha disposto indistintamente l'applicazione del nuovo metodo tariffario transitorio a tutte le gestioni in essere a valere dal 1° gennaio 2012⁴⁰, anche con riguardo agli investimenti già effettuati o già avviati dai gestori, rilevando ragioni

³⁹ Già nel primo documento di consultazione del maggio 2012, l'Aeeg ha dichiarato di ritenere "opportuno [corsivo nostro] che la tariffa transitoria (così come il futuro metodo tariffario a regime) [...] venga recepita tanto nelle convenzioni d'affidamento che verranno stipulate in data successiva alla sua emanazione, quanto nelle convenzioni in essere, *anche con riferimento agli investimenti già effettuati o avviati dai gestori* [corsivo nostro]": tale soluzione, secondo l'Aeeg, trova fondamento sia in ragioni di opportunità, sulle quali ampiamente si sofferma, sia in ragioni giuridiche non meglio precisate connesse agli effetti dell'abrogazione referendaria e ai più recenti orientamenti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa, di cui sono appena citati in nota i riferimenti (si v. documento 204/2012/R/idr, punto 7.24). Nel documento di consultazione del luglio 2012, poi - nonostante la varietà delle posizioni rappresentate in occasione della prima consultazione (si v. Allegato 1. Sintesi delle osservazioni al DCO n. 204/12, in particolare i punti 77, 78, 88 e 91) - l'Aeeg, in termini più argomentati, ma sempre perentori, ha sostenuto che "l'abrogazione referendaria [...] produce, nelle convenzioni e nei contratti in essere [...] effetti analoghi a quelli che derivano dal principio di "eterointegrazione negoziale", ossia "l'eliminazione [...] delle clausole prevedenti l'adeguata remunerazione del capitale investito" (si v. documento 290/2012/R/idr, punti 3.1 ss.). Nel provvedimento finale, infine, l'Aeeg, pur dando atto delle ulteriori perplessità espresse dagli interessati, si è limitata a rinviare a quanto già illustrato nei citati documenti di consultazione (si v. le premesse contenute nella delibera n. 585/2012/R/idr).

⁴⁰ Delibera n. 585/2012/R/idr, art. 2.

sia di opportunità sia di ordine giuridico. In disparte le prime⁴¹, rispetto alle quali ci si limita ad osservare l'assenza di valutazioni relative alle potenziali ricadute sugli investimenti, con riguardo alle seconde, gli argomenti offerti sono essenzialmente incentrati sull'esito referendario. Secondo l'Aeeg l'applicazione della nuova tariffa alle sole nuove convenzioni, con esclusione dei contratti in essere, o limitazione della medesima ai nuovi investimenti, "vanificherebbe [...] l'esito del referendum poiché finirebbe per continuare a trovare applicazione il decreto 1° agosto 1996, compresa la remunerazione del capitale investito posta pari al 7%, in tutte le convenzioni in essere e per tutti gli investimenti in corso di realizzazione o di ammortamento"; di talché - ha proseguito l'Aeeg - "la soluzione preferibile per consentire il recepimento della nuova tariffa all'interno dei contratti in essere senza al contempo violare il *legittimo affidamento* [corsivo nostro] dei soggetti interessati [...] potrebbe consistere [come poi ha previsto⁴²] nell'attivare, subito dopo l'entrata in vigore del nuovo metodo temporaneo, [...] revisioni straordinarie delle convenzioni, in seno alle quali recepire immediatamente, nei piani tariffari, il provvedimento tariffario dell'Autorità". Peraltro - ha osservato l'Aeeg - la giurisprudenza costituzionale "ha ripetutamente affermato che in relazione ai rapporti di durata non può parlarsi di un legittimo affidamento nella loro immutabilità", posto che "la discrezionalità di cui gode il legislatore nel modificare la disciplina dei rapporti di durata incontra l'unico limite nella ragionevolezza della scelta legislativa, cui è inevitabilmente connessa la tutela dell'affidamento"⁴³.

Ora, la questione è indubbiamente molto complessa, e non può essere certo questa la sede per affrontarla compiutamente. Si rileva, tuttavia, che, diversamente da quanto lascia intendere la posizione espressa dell'Aeeg, anche tenuto conto dell'esito referendario, la soluzione assunta è tutt'altro che l'unica percorribile. Ciò per almeno due ragioni. Innanzitutto, perché, rispetto a fatti comunque non imputabili ai concessionari (quale appunto l'espunzione della remunerazione per via referendaria), essa - a dispetto di quanto dichiarato - di fatto, non presta alcuna tutela all'affidamento ingenerato nei soggetti interessati: come si spiegherà meglio più avanti, infatti, alle condizioni date, la revisione straordinaria delle convenzioni non consente di assicurare il riequilibrio soddisfacente del Pef, posto che, a stretto rigore, la cancellazione della remunerazione del capitale investito potrebbe essere recuperata solo con il riconoscimento di un "prezzo" (in sostanza, una qualche forma di contributo

⁴¹ L'Aeeg ha sostenuto che "una diversa soluzione vanificherebbe tanto l'esito del referendum [...] quanto l'obiettivo primario di definire un nuovo quadro regolatorio [...] applicato uniformemente su tutto il territorio"; inoltre "ciò costituirebbe un limite critico alla capacità di intervento del regolatore, anche in considerazione dei lunghi periodi di ammortamento previsti per gli investimenti in un comparto a così alto tasso di capitale come quello dei servizi idrici" (punti 7.28 e 7.29).

⁴² Delibera n. 585/2012/R/idr, artt. 5 e 6.

⁴³ Si v. documenti per la consultazione 204/2012/R/idr, punti 7.24, 7.28 e 7.30, e 290/2012/R/idr, punti 3.10 e 3.11.

pubblico)⁴⁴, che chiaramente non è nella disponibilità dell'Aeeg. In secondo luogo, perché, nella consapevolezza del punto precedente, proprio il principio di ragionevolezza – dalla stessa Aeeg evocato - avrebbe dovuto indurre quanto meno a seriamente verificare la possibilità di sperimentare soluzioni intermedie, quali quelle indicate, vale a dire l'applicazione del nuovo regime regolatorio anche alle concessioni in essere, ma limitatamente ai nuovi investimenti, lasciando eventualmente per essi al concessionario la libertà di recedere⁴⁵.

La decorrenza ex tunc e la restituzione della remunerazione del capitale

Anche nella trattazione della seconda questione relativa alla decorrenza della nuova regolazione, con particolare riferimento alla cancellazione della remunerazione del capitale investito, seppur con qualche prudenza, che ha indotto a richiedere il parere del Consiglio di Stato, l'Aeeg ha espresso una chiara preferenza per soluzioni che sembrano non tenere adeguato conto dell'esigenza di tutelare l'affidamento degli operatori.

In particolare, l'Aeeg già nel primo documento di consultazione ha manifestato l'intenzione di applicare il metodo tariffario transitorio anche per il periodo precedente alla sua emanazione e nel secondo ha dichiarato la necessità di espungere dalla tariffa la parte relativa all'"adeguata remunerazione del capitale investito" percepita dai gestori nel periodo compreso tra il 21 luglio (data da cui decorrono gli effetti del referendum) e il 31 dicembre 2011 (data oltre la quale si applica il nuovo metodo tariffario transitorio)⁴⁶. Si sono così contrapposte due tesi. Da un lato, l'Aeeg ha sostenuto che l'abrogazione referendaria "produce, nelle convenzioni e nei contratti in essere [...] effetti analoghi a quelli che derivano dal principio di "eterointegrazione negoziale", ossia "l'eliminazione [...] delle clausole prevedenti l'adeguata remunerazione del capitale investito"⁴⁷. D'altro, gli operatori hanno sostenuto che,

⁴⁴ Si v. l'art. 143, Codice dei contratti pubblici, che, con riguardo alla concessione di lavori, dopo aver sottolineato al c. 3 che "[l]a controprestazione a favore del concessionario consiste, di regola, unicamente nel diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati", precisa al c. 4 che "[t]uttavia, il soggetto concedente stabilisce in sede di gara anche un *prezzo* [corsivo nostro] nonché, eventualmente, la gestione funzionale ed economica, anche anticipata, di opere o parti di opere già realizzate, qualora al concessionario venga imposto di praticare nei confronti degli utenti prezzi inferiori a quelli corrispondenti alla remunerazione degli investimenti e alla somma del costo del servizio e dell'ordinario utile di impresa, ovvero qualora sia necessario assicurare al concessionario il perseguimento dell'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione in relazione alla qualità del servizio da prestare". Per un commento, si v. R. Garofoli e G. Ferrari, *Codice degli appalti pubblici*, Nel Diritto Editore, 2013. Relativamente alle varie forme di contributo pubblico, si v. G. Ferrante e P. Marasco, *Equilibrio economico finanziario e valutazione di congruità del contributo pubblico*, in G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto*, cit., 564 ss.

⁴⁵ Si v. art. 143, c. 8, Codice dei contratti pubblici.

⁴⁶ Si v. documenti per la consultazione 204/2012/R/idr, punti 7.5, e 290/2012/R/idr, punti 3.4 ss.

⁴⁷ Si v. documento per la consultazione 290/2012/R/idr, punti 3.6 e 3.7.

essendo il referendum intervenuto sull'art. 154, c. 1, del decreto legislativo n. 152/2006 (che prevedeva l'emanazione di un decreto ministeriale, mai emanato) e non sull'art. 170, c. 3, lett. I (che, nelle more dell'emanazione del primo, manteneva l'applicazione del decreto ministeriale 1° agosto 1996), l'abrogazione referendaria non incide sul citato decreto, che pertanto continua ad applicarsi almeno fino all'applicazione della nuova regolazione disposta dall'Aeeg (cioè fino al 31 dicembre 2011).

Diversamente dalla questione prima rilevata, in questa occasione, preso atto delle posizioni fortemente divergenti espresse in sede di consultazione, l'Aeeg ha ritenuto opportuno richiedere uno specifico parere al Consiglio di Stato, rilevando in particolare la necessità di "verificare se la parziale abrogazione per via referendaria dei criteri di cui all'art. 154, comma 1, abbia determinato ipso iure la parziale abrogazione implicita anche del D.M. 1° agosto 1996 [richiamato dall'art. 170] nella parte in cui prevede la remunerazione del capitale investito, o se invece la previsione di cui all'art. 170 [...] non toccata dal referendum, determini la vigenza del D.M. fino all'adozione del nuovo metodo tariffario da parte dell'Autorità"⁴⁸. Ed è già qui il caso di rilevare che l'Aeeg non si è limitata a porre la questione e a rappresentare le argomentazioni a sostegno dell'una o dell'altra tesi, evidenziando invece la preferenza per la prima soluzione, con il risultato - se non voluto comunque indotto - di orientare l'interprete nella direzione da essa stessa prospettata: attività, questa, certamente lecita ma chiaramente sintomatica della minore attenzione dedicata ai profili dell'affidamento e degli investimenti.

Posto dinanzi a tale quesito, il Consiglio di Stato ha ritenuto che, in conseguenza del referendum, il decreto ministeriale 1° agosto 1996 (nella parte in cui lo stesso richiama il criterio della remunerazione del capitale investito) non debba più essere applicato a far data dal 21 luglio 2011, spiegando - con un generico richiamo alla dottrina e un più puntuale riferimento alla giurisprudenza costituzionale - che tale effetto deriva non già da un'abrogazione tacita (che anzi espressamente esclude) ma da una "sopravvenuta inapplicabilità o inoperatività di disposizioni legislative collegate a quelle oggetto del quesito" referendario⁴⁹. In questo modo, peraltro, lo stesso parere ha finito implicitamente per avallare la scelta relativa alla diretta incidenza della nuova regolazione sui rapporti in essere.

Anche quella affrontata dal Consiglio di Stato, come le precedenti, è una questione molto complessa. Ci si limita, quindi, ad evidenziare che la soluzione proposta presenta

⁴⁸ Si v. "Richiesta di parere al Consiglio di Stato, in merito alla decorrenza temporale delle funzioni di regolazione tariffaria per i servizi idrici assegnate all'Autorità ai sensi dell'art. 21, comma 19, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201", 23 ottobre 2011, in particolare, paragrafo 5.

⁴⁹ C. St., sez. II, adunanza 19 dicembre 2012, parere n. 267/2013, pubblicato il 25 gennaio 2013

non pochi punti di debolezza. Ciò per almeno due ragioni. Innanzitutto, perché la dottrina è tutt'altro che pacifica sul punto: secondo alcuni, infatti, l'abrogazione referendaria di un atto determina l'abrogazione della disposizione anteriore gerarchicamente inferiore con essa incompatibile, con la precisazione comunque che la disposizione così abrogata "quasi sempre" continua ad applicarsi ai casi iniziati precedentemente fino a che questi casi si esauriscano, come accade nei rapporti di durata⁵⁰. In secondo luogo, perché nella giurisprudenza costituzionale citata non si rinvengono argomenti decisivi: le due sentenze in cui la Corte afferma il principio in forza del quale l'esito positivo del referendum determina in modo automatico l'inoperatività di altre norme che si ricollegano a quelle oggetto del quesito derivano da casi molto diversi da quello di cui si tratta⁵¹; ed anche la sentenza che ha ammesso il referendum - nel passaggio in cui la Corte evidenzia come sotteso al quesito fosse "chiaramente, la finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua"⁵² - non fornisce alcuna esplicita indicazione circa i rapporti in essere. Al di là, poi, dei rilievi indicati⁵³, su cui ovviamente si può ampiamente

⁵⁰ In questi termini, G.U. Rescigno, *Abrogazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Giuffrè, 2006, 31 ss. Si anche M.A. Livi, *Il principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, in N. Lipari (a cura di), *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, Collana 50 anni Corte costituzionale, Edizioni scientifiche Italiane, 2006, che evidenzia come tra i criteri proposti per definire quando una legge è irretroattiva, "il criterio al quale attualmente è riconosciuto maggior credito è quello che si basa sul fatto compiuto. Questo comporta che, secondo il principio di irretroattività, la nuova legge non può essere applicata ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore né a quelli sorti anteriormente ed ancora in vita, se in tal modo si disconoscano gli effetti già verificatisi del fatto passato e si tolga efficacia, in tutto o in parte, alle conseguenze attuali o future di essi. In sostanza, la legge è irretroattiva quando «non influisce sul fatto compiuto» e viceversa è retroattiva quando è «diretta ad influire sui fatti compiuti, privandoli *ex post* di ogni effetto o attribuendo loro *ex post* effetti che in precedenza non avevano», 131 ss. Si v. anche M.S. Giannini, *Problemi relativi all'abrogazione delle leggi*, Padova, Cedam, 1942, ora in M.S. Giannini, *Scritti*, Milano, Giuffrè, 2002, vol. II, in particolare 444 e 456.

⁵¹ C. cost. 12 gennaio 1995, n. 3, punto 6, in cui si ammette l'eventuale inoperatività della disciplina del credito agevolato al commercio nella parte in cui essa ricollega la concessione del credito alle finalità della pianificazione commerciale oggetto di referendum, e C. cost. 2 febbraio 1990, n. 63, punto 9, in cui si ammette l'eventuale inoperatività della disciplina delle tasse per porto d'armi ad uso di caccia nella parte in cui essa ricollega la corresponsione della tassa all'esercizio venatorio oggetto di referendum. In entrambi i casi, quindi, il referendum incide su un elemento che la disciplina considera quale presupposto per la sua applicazione, per cui, in caso di accoglimento, l'inoperatività della stessa non è altro che la logica conseguenza del venir meno del presupposto stesso.

⁵² C. cost. 26 gennaio 2011, n. 26, punto 5.2. Si evidenzia anche che nessun argomento può trarsi dal passaggio in cui la Corte afferma che la normativa residua risulta "immediatamente applicabile", giacché l'immediata applicazione è connessa alla valutazione di ammissibilità nel senso che non lascia vuoti legislativi, come, peraltro, è facile dedurre dal rinvio alla sentenza 4 febbraio 1993, n. 32, che evidenzia proprio il profilo indicato (punto 5.4).

⁵³ Si segnala che anche la configurazione di un'ipotesi di "inapplicabilità o inoperatività" suscita non pochi dubbi. Si consideri peraltro, che tale configurazione produce un effetto ancora più penetrante rispetto a quello derivante dall'abrogazione: quest'ultimo, infatti, a differenza del primo, operando *ex nunc*, almeno in termini di principio, non esclude l'efficacia della disciplina abrogata a rapporti pregressi. Si v., al riguardo, G. Tulumello, *Disapplicazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, cit., vol. III, 1983.

discutere, ai fini della presente indagine, quel che più interessa evidenziare è l'assenza di ogni considerazione da parte della magistratura amministrativa dei profili attinenti alla tutela dell'affidamento (e degli investimenti sottesi), tanto più che essa avrebbe potuto trarre interessanti spunti non solo dalla giurisprudenza costituzionale (alla quale, peraltro, impropriamente si riferisce) ma anche dalla fondamentale legge sul procedimento amministrativo⁵⁴ e dalla più avanzata giurisprudenza comunitaria, che, da tempo, per simili problematiche, richiede il congiunto superamento di due distinti test, quello di necessità (che, nel caso di specie, dopo il referendum, potrebbe sussistere) e quello di affidamento (che, per le ragioni dette, sembra più difficilmente configurabile)⁵⁵. Ecco perché l'assenza rilevata, anche in questo caso, sembra sintomatica della minore sensibilità al tema della tutela dell'affidamento in funzione della tutela degli investimenti che attraversa indistintamente i principali centri del sistema decisionale.

Così, sulla scorta del parere del Consiglio di Stato, l'Aeeg ha disposto in capo ai gestori la restituzione agli utenti degli importi indebitamente percepiti calcolati secondo criteri e modalità dalla stessa definiti⁵⁶.

Aspetti problematici

Il disconoscimento di un riequilibrio satisfattivo

Le determinazioni assunte dall'Aeeg - a un primo esame, implicitamente avallate dal Consiglio di Stato - generano un'evidente ed immediata alterazione dell'equilibrio del Pef delle gestioni (e dei connessi investimenti) come originariamente definito. È un

⁵⁴ Si v. l'art. 21-*quinquies*, che, nel momento in cui stabilisce che il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole possa essere revocato, prevede anche che "se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo"; e ancora, l'art. 21-*nonies*, che, nell'esercizio del potere di annullamento, stabilisce che l'amministrazione debba verificare la sussistenza di ragioni di interesse pubblico, il decorso di un termine ragionevole e tener conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; e ancora, in termini più ampi, l'art. 1, che, tra i principi generali dell'attività amministrativa, include senz'altro il legittimo affidamento. In giurisprudenza, si v., da ultimo, Cass. Civ. sez. lavoro 19 settembre 2013, n. 21454, in cui si legge "[i]l principio della tutela del legittimo affidamento del cittadino è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico e costituisce uno dei fondamenti dello Stato di diritto nelle sue diverse articolazioni limitandone l'attività legislativa e amministrativa [...]. Esso trova la sua base costituzionale nel principio di eguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge".

⁵⁵ Si v. M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 2008, 29 ss.

⁵⁶ Delibera 25 giugno 2013, 273/2013R/IDR, recante "Restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa alla remunerazione del capitale, abrogata in esito al referendum popolare del 12 e 13 giugno 2011, con riferimento al periodo 21 luglio – 31 dicembre 2011 non coperto dal metodo tariffario transitorio", e delibera 31 gennaio 2013, 38/2013/IDR, recante avvio del relativo procedimento.

punto, questo, di assoluta rilevanza. L'equilibrio del Pef, infatti, costituisce un elemento essenziale del rapporto concessorio non solo sul piano economico ma anche su quello giuridico: lo richiama espressamente sia la disciplina di settore, laddove impone "l'obbligo del raggiungimento dell'equilibrio economico-finanziario della gestione"⁵⁷, sia la disciplina generale, laddove fissa analogo obbligo relativamente alle concessioni di servizi e di lavori, prevedendo altresì che "i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, da richiamare nelle premesse del contratto, ne costituiscono parte integrante"⁵⁸. Detto equilibrio deve sussistere per tutta la durata del rapporto, cosicché – ferme restando i rischi (e le connesse responsabilità) a carico del concessionario - è la stessa normativa a prevedere che le variazioni apportate deliberatamente dalla parte pubblica alle condizioni di base, incluse quelle derivanti da "norme legislative o regolamentari che stabiliscono nuovi meccanismi tariffari o che comunque incidono sull'equilibrio economico finanziario, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio"⁵⁹; ed è la stessa normativa, poi, a precisare che – trattandosi di fatti non imputabili al concessionario - "in mancanza della predetta revisione il concessionario può recedere dal contratto", il che presuppone necessariamente, almeno in via ordinaria, un riequilibrio di tipo satisfattivo (o comunque rispettoso delle ragioni della controparte): sarebbe, infatti, irragionevole ritenere che la parte pubblica possa deliberatamente modificare i termini del contratto, ponendo i relativi costi a carico della controparte, senza quindi porsi il problema dei legittimi interessi del concessionario⁶⁰.

Tuttavia, nel contesto dato - come si è visto, caratterizzato, da un lato, dal vincolo della eliminazione della remunerazione del capitale investito e, dall'altro, da quello della copertura dei costi - l'Aeeg ha potuto sì affermare la necessità di procedere a revisioni straordinarie delle convenzioni (di cui il Pef è parte integrante), ma ciò al solo fine di "recepire immediatamente, nei piani tariffari, il provvedimento tariffario dell'Autorità", non certo di ristabilire l'equilibrio del Pef. Così, il risultato finale costituisce di fatto una significativa deviazione rispetto al concetto di revisione

⁵⁷ Artt. 149, c. 4, e 151, c. 2, lett. c), Codice ambiente.

⁵⁸ Artt. 30 e 143 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici.

⁵⁹ Su carattere necessariamente dinamico del Pef, si v. C. St. 10 novembre 2009, n. 653.

⁶⁰ Art. 143, c. 8, Codice dei contratti pubblici, che, per le ragioni connesse all'obbligo di mantenere l'equilibrio del Pef, non può che avere valenza generale. Al riguardo, si v. G.F. Cartei, *Interesse pubblico e rischio: il principio di equilibrio economico-finanziario nella finanza di progetto*, in G.F. Cartei e M. Ricchi (a cura di), *Finanza di progetto. Temi e prospettive*, Napoli, Editoriale scientifica, 2010, 3 ss. In giurisprudenza, si v. C. St. 15 maggio 2012, n. 3474, secondo cui il rapporto di concessione "coinvolge una stazione appaltante e un imprenditore il quale, in quanto tale, sopporta il rischio economico dell'operazione in vista del conseguimento, necessariamente non garantito, di un utile patrimoniale adeguato, mentre la stazione appaltante agisce in vista del conseguimento di un utile non patrimoniale, consistente nell'incremento dei servizi a favore della collettività" (punto 3).

convenzionale in funzione di riequilibrio comunemente inteso, vale a dire di riequilibrio soddisfattivo⁶¹.

Si aggiunga, peraltro, che, stante la normativa risultante dal referendum, un risultato diverso non sarebbe nemmeno possibile. Un riequilibrio soddisfattivo, infatti, presupporrebbe il riconoscimento in capo al gestore di misure compensative di entità pari (o almeno prossime) alla remunerazione del capitale e queste a ben vedere non potrebbero che derivare da una qualche forma di contributo pubblico, di cui solo il legislatore, non certo l'Aeeg, può disporre⁶². In altre parole, se si considerano gli strumenti ordinariamente utilizzabili per realizzare il riequilibrio in caso di alterazioni sfavorevoli al concessionario a lui non imputabili, vale a dire aumento delle tariffe, riduzione degli investimenti, estensione della durata della concessione, riconoscimento di un "prezzo" (o contributo pubblico), ci si rende conto che, nel caso di specie, solo l'ultimo strumento è in grado di assicurare un riequilibrio soddisfattivo. Ma la legge non lo prevede. Ed è proprio questo uno dei punti di maggiore criticità. Del resto, a stretto rigore, non potrebbe nemmeno dirsi – sebbene sembra essere stata proprio questa l'intenzione – che l'Aeeg, nel momento in cui ha riconosciuto il costo della risorsa finanziaria (pari al 6,4 per cento), ha in qualche modo compensato la perdita derivante dalla eliminazione della remunerazione del capitale investito (pari al 7 per cento) perché delle due l'una: stante la prospettazione dell'Aeeg, o l'onere della risorsa finanziaria riconosciuto in tariffa è aderente al costo effettivamente corrisposto per cui si agisce nell'alveo del principio della copertura dei costi, o se esso costituisce – come invece sembra – un sovrappiù è qualcosa che si avvicina molto alla remunerazione del capitale, e per questo ad alto rischio di illegittimità in assenza di una adeguata copertura legislativa. In altre parole, a legislazione vigente, sembra esservi nella prospettazione dell'Aeeg una contraddizione di fondo difficilmente ricomponibile in uno schema coerente e razionale..

La negazione del modello societario prescelto

Altro aspetto assai problematico riguarda la sostanziale negazione del modello societario prefigurato dal legislatore. Se è vero – come ha ben rilevato la Corte costituzionale – che coesistente alla nozione di rilevanza economica del servizio idrico integrato è la copertura dei costi, non già la remunerazione del capitale⁶³, è del pari vero che proprio il conseguimento di un qualche margine di utile, quale appunto un'adeguata remunerazione del capitale investito, è lo scopo tipico che il legislatore

⁶¹ Che debba trattarsi di un riequilibrio soddisfattivo ne è prova il fatto che esso deve risultare dall'accordo delle parti e che in assenza di accordo è riconosciuto comunque il diritto di recedere dal contratto (si v. art. 143, c. 8, Codice dei contratti pubblici).

⁶² Si v. ancora l'art. 143, c. 3 e 4, Codice dei contratti pubblici.

⁶³ C. cost. n. 26/2011, cit., punti 5.1 e 5.2, e 17 novembre 2011, n. 325, punto 9.1.

assegna al genere di società legittimamente prescelto dai gestori, non a caso definito delle “società lucrative”⁶⁴.

Non sfugge certo che possono darsi nell’ordinamento società di questo tipo che non hanno quale elemento qualificante il conseguimento di utili⁶⁵. Ma si tratta di ipotesi circoscritte e per di più di diritto speciale. Per cui anche in questo caso, il risultato che ne consegue sembra costituire una rilevante deviazione rispetto al modello ordinario, al quale i privati hanno legittimamente aderito perché rispondente all’obiettivo imprenditoriale perseguito.

E se fosse incostituzionale la legge risultante dal referendum?

Il quadro così delineato, guardato nel suo insieme, solleva non poche perplessità di ordine persino costituzionale relativamente alla normativa risultante dall’esito referendario come successivamente interpretata ed applicata dall’Aeeg, in parte con l’avallo del primo pronunciamento del Consiglio di Stato⁶⁶. Le possibili censure involgono almeno tre profili.

Il primo è legato al principio di irretroattività delle leggi (e degli atti giuridicamente assimilati, quali il referendum⁶⁷), in connessione con il principio di ragionevolezza e con i principi di eguale rilevanza costituzionale di legalità, di certezza del diritto e di legittimo affidamento⁶⁸. L’abrogazione referendaria, come è stato rilevato, “è «normalmente» non retroattiva, ma questa norma «ammette», in quanto tale, eccezioni”, la cui legittimità non può che essere apprezzata sulla base di uno “scrutinio

⁶⁴ G. F. Campobasso (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Milano, Utet, 2010, ed. V, 129 ss.

⁶⁵ Per un quadro d’insieme, si v. M.G. Della Scala, *Società per azioni e stato imprenditore*, Napoli, Jovine, 2012, *passim*. Si v. anche F. Caporale, *Tendenze, controtendenze e ipostatizzazioni nel governo e nella gestione dei servizi idrici*, 13 ss., che ritiene superati i limiti al ricorso alle aziende speciali, sostenendo anzi che “le forme di gestione pubblicistiche – aziende speciali o cooperazioni comunali – soddisfino meglio le condizioni di affidamento *in house*”.

⁶⁶ Per costante giurisprudenza costituzionale, infatti, l’ammissione del referendum non preclude poi la possibilità di un sindacato successivo sull’atto referendum o sulla normativa di risulta: distinzione, questa, peraltro, ritenuta meramente formalistica. Si v. C. cost. n. 26/2011, punto 3, nonché M. Luciani, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, in *Commentario della costituzione, La formazione delle leggi*, tomo I,2, Bologna, Zanichelli, 2005, 699.

⁶⁷ F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Verona, Cedam, 2009, 236 ss.

⁶⁸ Nella sentenza della Corte costituzionale n. 24 luglio 2009, n. 236, punto 6.2. si legge: [q]uesta Corte, con riferimento ai rapporti di durata, ha più volte affermato il principio secondo cui il legislatore, in materia di successione di leggi [alla cui forza il referendum è sostanzialmente assimilato], dispone di ampia discrezionalità e può anche modificare in senso sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l’oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, salvo – in caso di norme retroattive – il limite imposto in materia penale dall’art. 25, secondo comma, Cost., e comunque a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti”.

stretto”⁶⁹. Nel caso qui trattato, è indubbio – come, peraltro, sembra ammettere la stessa Aeeg - che si configuri un vero e proprio effetto retroattivo: l’eliminazione della remunerazione del capitale, sebbene a decorrere dal luglio 2011, infatti, incide su uno dei principali elementi su cui sono fondate le valutazioni economiche (e le conseguenti determinazioni) di imprenditori e finanziatori al momento della costituzione del rapporto concessorio o della conclusione del contratto di finanziamento; valutazioni che, a riprova del sostanziale effetto retroattivo prodotto, fanno largo uso di sofisticati meccanismi di attualizzazione dei dati economici considerati per l’intera durata del rapporto⁷⁰. Se quindi un effetto retroattivo sussiste, la vera questione è stabilire se il quadro normativo risultante dal referendum sia rispettoso degli altri principi suindicati⁷¹. E, da questo punto di vista, dubbi di certo si pongono giacché risulta difficilmente ragionevole e compatibile con l’idea di prevedibilità sottesa agli altri principi richiamati⁷² un intervento normativo che deliberatamente e improvvisamente privi il gestore di una delle componenti economiche su cui poggia l’equilibrio economico finanziario originariamente stabilito, senza consentire alcuna forma di compensazione.

Il secondo profilo attiene alla libertà economica, che l’art. 41 della Costituzione tutela sia nella fase iniziale di scelta dell’attività sia nei momenti successivi del suo svolgimento⁷³. Esso discende da un ulteriore sviluppo delle argomentazioni suindicate. È difficile non riconoscere, infatti, che la componente economica in questione costituisce, almeno per i privati, la ragione prima del loro coinvolgimento

⁶⁹ In questi termini, M. Luciani, *Art. 75. Il referendum abrogativo*, cit., 661 (v. anche 651 e 652, in cui più esplicitamente rileva che quello di irretroattività è “un principio derogabile, sì, ma entro limiti alquanto rigorosi e senza equivoci sulla volontà di deroga”).

⁷⁰ In questa prospettiva, appare molto interessante il criterio del fatto compiuto su cui si v. M.A. Livi, *Il principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, cit., 134.

⁷¹ La stessa giurisprudenza costituzionale citata dall’Aeeg a sostegno del suo orientamento, con riferimento ai rapporti di durata, ammette – come si è già detto - la possibilità di modificarli, “a condizione che la retroattività trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non si ponga in contrasto con altri valori e interessi costituzionalmente protetti” (così, C. cost. n. 236/2009, punto 6.2, ma si v. anche C. cost. 5 gennaio 2011, n. 1, punti 5.2 e 7, e 22 ottobre 2010, n. 302, punto 3.1).

⁷² S. Cassese, *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Giuffrè, Milano, 2003, ed. II, 213 ss., F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, Il Mulino, 27 ss., Id. 2 ss. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’“alternanza”*, Milano, Giuffrè, 2001, 3 ss. Sul legittimo affidamento, si v. anche F. Manganaro, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Edizioni scientifiche, passim; S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, passim.

⁷³ Per un inquadramento generale, si v. R. Niro, *Art. 41*, in R. Bifulco et al. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Utet, Torino, 2006, 851 ss.

imprenditoriale, per cui l'eliminazione della stessa equivale in sostanza a negare la legittima prosecuzione dell'attività intrapresa⁷⁴.

Il terzo profilo concerne la tutela dei diritti patrimoniali, il cui fondamento potrebbe rinvenirsi anche negli artt. 42 e 43 della Costituzione⁷⁵. Anch'esso deriva da un ulteriore sviluppo delle precedenti argomentazioni. Se, infatti, si conviene sul fatto che la normativa di risulta elimina una componente economica essenziale di uno dei modelli a suo tempo consentiti e liberamente scelti dai gestori, tanto da pregiudicare la prosecuzione della gestione, si può poi ben ritenere che l'operazione abbia determinato una sostanziale forma di espropriazione, in assenza delle garanzie minime previste per l'esercizio di tale prerogativa⁷⁶. Per cui, se si elimina la remunerazione, delle due l'una: o l'eliminazione non si applica ai rapporti in essere o se si applica per gli stessi deve essere prevista qualche forma di compensazione (eventualmente anche nella forma dell'indennizzo).

Sembra dunque che vi siano gli estremi per sollevare un giudizio di legittimità costituzionale sulla normativa risultante dal referendum ed aprire così la prospettiva di un'eventuale sentenza che ne dichiari l'incostituzionalità o più ragionevolmente ne riorienti l'interpretazione nel senso di far salvi i rapporti concessori in essere al momento dell'intervenuta abrogazione almeno con riguardo agli investimenti all'epoca già effettuati o avviati dai gestori⁷⁷. Il che sottende non certo un giudizio di valore ma

⁷⁴ A. Pace, *L'iniziativa economica come diritto di libertà: implicazioni teoriche e pratiche*, in Studi in memoria di Franco Piga, Milano, Giuffrè, 1992, 1630, secondo cui "sarebbe contraddittorio aver costituzionalmente riconosciuto al privato la libertà economica, se poi gli si impedisse la realizzazione del profitto. L'utile [...] è non tanto lo scopo, quanto la condizione stessa per l'esistenza dell'impresa", precisando altresì che la stessa determinazione autoritativa del prezzo "deve assicurare all'imprenditore quanto meno un ragionevole margine di utile".

⁷⁵ Per un inquadramento generale, si v. F. Macario, *Art. 42*, in R. Bifulco et al. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit., 864 ss., e A. Lucarelli, *Art. 43*, *ivi*, 883 ss.

⁷⁶ In questa prospettiva, interessanti spunti si colgono in F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, cit., 269 ss., secondo cui, riprendendo un saggio del 1973, "[l]'espropriazione presuppone un allargamento della nozione di «proprietà» quale affermata nell'art. 42 della Costituzione e a quella più ampia di situazione proprietaria, comprendente ogni situazione giuridica patrimonialmente rilevante", rilevando la necessità di accogliere il "principio dell'indennizzabilità degli interessi patrimoniali prima determinati dal legislatore e poi lesi da un suo successivo atto". Si v. anche F. Macario, *Art. 42*, cit., 867 ss., che evidenzia il carattere storicamente condizionato, e quindi mutevole, del concetto costituzionale di proprietà. Nel caso qui considerato, anche ammesso che l'intervento sia ragionevole resta comunque il fatto che esso determina un depauperamento del valore economico del bene derivante dalla titolarità di un rapporto concessorio: il valore del bene è chiaramente legato anche alla remunerazione del capitale, venuto meno questo perde di valore il bene stesso.

⁷⁷ Possibili censure di legittimità costituzionalità sono evidenziate anche in M.R. Mazzola (a cura di), *Gruppo Regolazione dei Servizi Idrici. Prima Relazione*, cit., che – dopo aver rilevato "una netta disparità di trattamento tra la disposizione per la tariffa del servizio idrico integrato, come prevista nella nuova versione dell'art. 154 a seguito del referendum abrogativo e la tariffa prevista per tutti gli altri servizi pubblici" – afferma che "si potrebbe profilare a tale riguardo un eventuale giudizio avanti la Corte Costituzionale volto ad accertare l'illogicità di siffatta disparità di trattamento". L'argomentazione

la mera constatazione che anche l'esercizio più alto della sovranità, quale quello espresso dall'istituto referendario, non è privo di limiti e che nel caso di specie i limiti sono appunto dati dalla necessità di tener conto delle posizioni pregresse che si pretende siano incise dall'esito della consultazione popolare.

Le prospettive: riforma di settore e riforma di sistema

Giunti al termine dell'analisi, si presentano di seguito due considerazioni conclusive.

La prima riguarda specificamente il settore considerato. Questo resta gravato da un elevato grado di incertezza normativa, che investe molteplici aspetti, da quelli di governance a quelli di natura più strettamente regolatoria. Sotto il primo profilo, il repentino succedersi di tante disposizioni al di fuori di un disegno unitario ha inevitabilmente complicato il quadro normativo e reso opinabile ogni determinazione. Sotto il secondo profilo, l'eliminazione della remunerazione del capitale investito con effetti sostanzialmente retroattivi, unitamente alla definizione di un nuovo metodo tariffario dichiaratamente "transitorio", hanno pregiudicato la posizione dei gestori esistenti e la possibilità per gli investitori di apprezzare compiutamente il nuovo regime. Aspetti, questi, che evidentemente il legislatore e la magistratura consultiva hanno ignorato, e che l'Aeeg, pur avendoli in mente, non ha risolto in modo del tutto convincente, nel difficile tentativo di ricercare mediante la componente oneri finanziari un compromesso tra esigenze dei gestori e istanza referendaria, apprezzabile nello sforzo ma al limite della legittimità. Peraltro, se è vero che l'Aeeg e, per parte sua, il Consiglio di Stato avrebbero potuto quanto meno meglio approfondire la questione relativa all'impatto sui rapporti in essere, è altrettanto vero che ad essi non può certo essere affidata un'impropria responsabilità di ridefinizione legislativa. L'intera vicenda ha finito così per generare un enorme contenzioso⁷⁸ e rallentare (o meglio bloccare) di fatto gli investimenti⁷⁹. Allo stato attuale, quindi, gli scenari sono due: o si rinuncia ad

proposta, tuttavia, non risulta di per sé convincente giacché essendo diverso l'oggetto ben potrebbe essere diversa la disciplina: in altre parole, non vi è ragione per ritenere che tutti i settori debbano essere disciplinati allo stesso modo.

⁷⁸ Si segnala che sono attualmente pendenti dinanzi al Tar Lombardia diversi ricorsi avverso le determinazioni dell'Aeeg intentati da soggetti vari e portatori di interessi contrapposti (gestori, autorità d'ambito, associazioni di consumatori) a riprova dell'elevato livello di incertezza del quadro normativo.

⁷⁹ Nel corso del convegno su "Effetti contrattuali e finanziari della nuova regolazione del servizio idrico: verso il metodo tariffario definitivo, cit., gli stessi principali finanziatori istituzionali, quali Banca europea degli investimenti (Bei), Cassa depositi e prestiti S.p.a. (Cdp) e, per certi aspetti, Fondo italiano per le infrastrutture (F2i), partecipato da CDP, che agiscono con finalità certamente non speculative, hanno confermato l'estrema difficoltà a finanziare il settore idrico (si v., in proposito, oltre agli atti del convegno, i resoconti di stampa *Tariffe idriche transitorie, tutti d'accordo: il metodo va migliorato*, in *Staffetta quotidiana*, 17 maggio 2013, e *Acqua, priorità per 5,6 miliardi (da finanziare)*, in *Sole24ore Edilizia e territorio*, 20 maggio 2013). Con riguardo al rischio regolatorio percepito dagli operatori privati,

effettuare adeguati investimenti, con il concreto rischio anche di vedersi comminare crescenti sanzioni per inadempimento ad obblighi comunitari⁸⁰; o si incrementano sensibilmente le risorse pubbliche destinate al settore. Poiché entrambe le strade non sembrano al momento sostenibili – anche in attesa di un eventuale giudizio di costituzionalità della normativa risultante dal referendum relativamente all’impatto sui rapporti in essere - potrebbe risultare necessario procedere a un nuovo e risolutivo intervento legislativo di riforma, che, abbandonando approcci ideologici - e possibilmente valorizzando al massimo le prerogative statali onde assicurare un adeguato livello di uniformità anche di tipo organizzativo⁸¹ - sia effettivamente in grado di conciliare l’idea dell’acqua quale bene comune con la necessità di attrarre capitali privati⁸².

La seconda considerazione ha carattere più di sistema. L’incertezza delle regole a scapito degli investimenti discende sia dalla propensione del legislatore ad innovare il quadro normativo in modo spesso caotico e non rispettoso dell’affidamento ingenerato negli investitori, sia dalla minore attenzione che anche altri attori istituzionali, quali l’amministrazione (in sede di applicazione) e la magistratura (in sede

si v. L. Anwandter e P. Rubino, *Rischi, incertezze e conflitti d’interesse nel settore del servizio idrico italiano, analisi e proposte di riforma*, in *Materiali Uval*, 2006, n. 10.

⁸⁰ Ci si riferisce alle procedure di infrazione aperte nei confronti dell’Italia per violazione della direttiva n. 91/271 sulla protezione dell’ambiente dagli scarichi di reflui urbani. Si segnala, in particolare, che con riferimento alla procedura n. 2002/2034 l’Italia è stata deferita alla Corte di giustizia europea nel dicembre del 2010 e che, con riferimento alla procedura n. 2009/2034, si riscontra la formale costituzione in mora dell’Italia nel giugno 2009.

⁸¹ La Corte costituzionale - come rilevato nella nota 19 - ha stabilito la competenza legislativa esclusiva dello Stato nel settore, per cui il riconoscimento di spazi di autonomia alle regioni non è affatto dovuto e la loro eventuale concessione deve essere attentamente valutato anche in una prospettiva economica: è evidente, infatti, che l’eccessiva frammentazione di aspetti organizzativi e funzionali costituisce un costo per l’intero sistema.

⁸² Si v. M.R. Mazzola (a cura di), *Il servizio idrico integrato*, in Astrid, *Per il governo del Paese. Proposte di politiche pubbliche*, Passigli Editori, Firenze, 2013, 233, che propone l’introduzione di un sistema improntato sulla distinzione tra un livello di servizio idrico “essenziale”, pari a 50 litri giornalieri per abitante, fornito gratuitamente a tutti, e un livello di servizio idrico “non essenziale”, pari alla quantità di acqua consumata in eccedenza, fornita ponendovi a carico la remunerazione del capitale investito. Si v. anche F. Bassanini e A. Tonetti (a cura di), *Le infrastrutture*, *ivi*, 205-206, in cui si spiega che, secondo la prospettiva indicata, “pagherebbe di più chi usa l’acqua per riempire la piscina, annaffiare il prato, fare il bagno nella Jacuzzi; non pagherebbe chi la usa solo per bere, lavarsi e lavare i piatti e la biancheria. Così facendo, non avremmo oneri per la finanza pubblica e sarebbe incentivato un uso oculato di un bene comune scarso”. In questa prospettiva, si v. anche *Relazione del Gruppo di lavoro in materia economico-sociale ed europea istituito il 30 marzo 2013 dal Presidente della Repubblica*, 12 aprile 2013, 43 e 50. Si segnala, peraltro, che, sul piano tecnico, non vi è alcuna preclusione assoluta a ripristinare in tutto o in parte la stessa previsione relativa alla remunerazione del capitale investito, ciò in considerazione dei mutamenti di contesto nel frattempo intervenuti: si pensi, ad esempio, alle maggiori ristrettezze sul piano della finanza pubblica derivanti dai nuovi vincoli costituzionali ed europei (si v., al riguardo, C. cost. 20 luglio 2012, n. 199, punto 5.2.2, in cui il giudice delle leggi riconosce la possibilità di un intervento legislativo che in qualche modo ripristini la normativa precedentemente abrogata per via referendaria allorché si sia verificato un mutamento del quadro politico o delle circostanze di fatto tale da giustificarlo).

consultiva o di risoluzione delle controversie), prestano alla problematica indicata e ai suoi riflessi sulla capacità del Paese di attrarre investitori e di realizzare infrastrutture. Non priva di responsabilità, peraltro, è la stessa scienza giuridica, che non ha ancora sufficientemente approfondito ambiti e prospettive già da tempo segnalate⁸³. Si registra così una profonda difficoltà a comprendere che una disposizione oscura o una determinazione non definitiva o una pronuncia non adeguatamente meditata si traduce inesorabilmente in un costo, che tale costo cresce in misura corrispondente al livello di incertezza generata e che al di sopra di una determinata soglia esso rende non conveniente l'investimento o eccessivamente oneroso il finanziamento, cosicché né l'uno né l'altro diventano di fatto possibili. In questo ambito, le prospettive da percorrere sono due. La prima, di tipo ordinamentale, richiede il rafforzamento, anche a livello costituzionale, dei presidi posti a garanzia della certezza (e ragionevole) stabilità del quadro regolatorio⁸⁴. La seconda invece, di tipo culturale, richiede una maggiore consapevolezza, a tutti i livelli, circa la necessità di assumere una prospettiva anche economica nelle valutazioni e nelle conseguenti determinazioni pubbliche⁸⁵. Diversamente, a rimanere frustrate non sono "solo le aspettative degli investitori, ma anche quelle dei cittadini a un miglioramento dei servizi, di cui è condizione

⁸³ Si v. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 15 e 16, secondo cui "[q]uando la ragionevole ponderazione degli interessi implica il sacrificio della tutela dell'affidamento, la tutela dell'affidamento non viene meno, ma si sposta sul suo equivalente pecuniario. Se e quando l'affidamento ha un contenuto economicamente valutabile. Come questa funzione, comunque integrativa della buona fede, possa esplicarsi nell'ordinamento italiano è ancora tutto da approfondire sia in dottrina che in giurisprudenza, nonostante le prospettive indicate già nel lontano 1973 nello scritto su «Buona fede e tutela dell'affidamento nella programmazione economica». Si v. anche M.A. Livi, *Il principio di irretroattività della legge nel diritto dei contratti*, cit., 134.

⁸⁴ Astrid – Italiadecide – Respublica, *Infrastrutture e competitività 2013*, giugno 2013, 237, evidenzia la necessità di "affermare il principio per cui i rapporti definiti, sulla base dei quali gli operatori (ivi compresi i finanziatori) fanno legittimo affidamento, non possono essere arbitrariamente messi in discussione. Il principio andrebbe affermato innanzitutto in via legislativa. Considerando poi la frequente tendenza da parte dello stesso legislatore ad incidere su rapporti in essere, esso dovrebbe trovare una qualche forma di consacrazione anche a livello costituzionale", segnalando altresì diverse ipotesi: "dall'affermazione espressa di un principio generale, quale quello del legittimo affidamento (che contribuirebbe a rafforzare il fondamento di un principio attualmente ricavabile in ambito costituzionale e legislativo solo per via deduttiva), alla previsione di forme di aggravamento procedurale rispetto all'adozione di atti implicanti revisioni di precedenti assetti regolamentari comportanti una significativa riduzione della redditività di investimenti già effettuati (che indurrebbero il decisore pubblico a ponderare più attentamente la praticabilità e gli effetti dell'orientamento annunciato)". Prendendo spunto dalle riflessioni di F. Merusi, si potrebbe altresì ragionare sull'opportunità di estendere la nozione di proprietà di cui all'art. 42 cost. a quella più ampia di situazione proprietaria, comprendente ogni situazione giuridica patrimonialmente rilevante. In questa prospettiva, si v. la pronuncia International centre for settlement of investment disputes, *Metalclad Corporation vs. The United Mexican States*, case No. ARB(AF)/97/1, 30 agosto 2000.

⁸⁵ In proposito, si v. G. Napolitano, *Dal diritto pubblico dell'economia all'economia del diritto pubblico*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, 224 ss., nonché, in termini generali, S. Cassese, *Il sorriso del gatto, ovvero dei metodi nello studio del diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 597 ss.

indispensabile la realizzazione di opere volte alla manutenzione delle infrastrutture esistenti e alla costruzione di nuove”⁸⁶.

⁸⁶ In questi termini, G. della Cananea, *Stato e mercato: le infrastrutture per i servizi pubblici*, in *Munus*, 2013, 16, il quale rileva come l’ordinamento italiano offra una “cornice giuridica inadeguata per gli investimenti”.