

I meccanismi tariffari nel settore idrico

di Anna Fittante

26 ottobre 2017

SOMMARIO: 1. Principali tappe evolutive della legislazione nel settore idrico – 2. Le Tariffe Idriche – 3. Orientamenti giurisprudenziali – 4. Prospettive *de iure condendo* – 5. Il principio “*chi inquinata paga*”.

1. Principali tappe evolutive della legislazione nel settore idrico

Il servizio idrico rappresenta una tipica ipotesi di monopolio naturale ex articolo 43 Cost. e richiede ingenti costi di investimento e di gestione.

A fronte della posizione di preminenza riconosciuta allo Stato anche dalla riserva costituzionale, secondo parte della dottrina, i servizi pubblici sono individuati in relazione al dato formale della provenienza da un soggetto qualificabile come pubblica amministrazione. Con il superamento del modello di Stato c.d. “imprenditore” e i processi di liberalizzazione si afferma la concezione oggettiva, tuttora prevalente in dottrina e in giurisprudenza, che si sofferma sul tipo di attività e sull’interesse perseguito, non più sul soggetto preposto, determinando il passaggio dalla nozione di pubbliche amministrazioni ontologicamente tali a quella di pubbliche amministrazioni teleologicamente tali.¹ A livello europeo le direttive sulla liberalizzazione dei servizi pubblici hanno aperto il mercato alla concorrenza tra più operatori demandando alle autorità nazionali di regolazione il compito di fissare standard e linee guida nel settore di riferimento.

L’attività di regolazione, coinvolgendo aspetti economici e sociali, mira a operare in fase preventiva mediante la pianificazione e la determinazione dei prezzi e delle tariffe e in fase successiva attraverso un apprezzabile sistema di controlli, al fine ultimo di assicurare risultati economicamente efficienti e socialmente desiderabili. I principi generali si ricavano dalle pronunce della giurisprudenza comunitaria e, con riferimento alle autorità di settore, a livello nazionale anche dalla legge n. 481/1995. Possono essere menzionati a titolo esemplificativo: doverosità, *par condicio* e non discriminazione degli utenti, universalità e continuità nella fruizione del servizio pubblico essenziale.

Tra i principali attori operanti nel settore idrico si annoverano lo Stato, le regioni, il Comitato di vigilanza sull’uso della risorsa idrica, istituito dalla Legge Galli con funzioni informative e di supporto, le Autorità di bacino con funzioni di pianificazione, gli Enti d’ambito, operativi negli ambiti territoriali ottimali e l’Autorità per l’Energia Elettrica, il Gas e il Servizio Idrico Integrato (AEEGSI).

Con specifico riferimento al riparto verticale di competenze, con la Legge Giolitti del 1903, che sanciva la proprietà demaniale pubblica di tutte le acque (confermata poi

¹ CARINGELLA F., *I principi del diritto amministrativo*, Dike Giuridica Editrice, 2016 p. 163 ss.

dal codice civile ai sensi dell'articolo 832) e istituiva le aziende municipalizzate, la gestione del servizio idrico veniva conferita direttamente ai comuni.

Uno tra gli interventi normativi più significativi risale poi alla legge n. 36/1994 (detta "Galli" dal nome del suo relatore in Commissione ambiente della Camera) con cui il legislatore, prendendo atto dell'eccessiva frammentazione amministrativa e funzionale, istituisce il servizio idrico integrato.

Nello specifico la riforma mirava a suddividere il territorio in ambiti territoriali ottimali, individuati dalle regioni, al fine di garantire interventi *ad hoc* e a separare la titolarità pubblica del servizio dalla gestione privata dello stesso, affidata, in tutte le sue fasi (estrazione, distribuzione, scarico e depurazione), a un unico soggetto.²

Inoltre si conferiva agli enti locali il compito di disciplinare i rapporti con il gestore attraverso un'apposita convenzione avente ad oggetto il regime giuridico, l'obbligo del raggiungimento dell'equilibrio di bilancio, una durata dell'affidamento massima di 30 anni, e le modalità di controllo sulla qualità del servizio e sul livello di efficienza.

Con riferimento alle modalità di gestione, veniva richiamata la legge n. 142/1990 che prevedeva l'amministrazione del servizio idrico in economia, a mezzo di azienda speciale, a mezzo di società a prevalente capitale pubblico locale, in concessione a terzi. A ben vedere il tentativo di riforma del legislatore è rimasto parzialmente inattuato, sia a causa della reticenza degli enti locali, sia a fronte dell'instabilità derivante dalla tensione tra istanze di liberalizzazione e di pubblicizzazione.

Il sistema delineato, confluito negli artt. 112 e ss. del d.lgs. n. 267/2000 (testo unico sull'ordinamento degli enti locali), ha innescato una serie di procedure di infrazione della Commissione a causa della violazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza.³

Occorrerà pertanto attendere il d.l. n. 112/2008, convertito con modificazioni nella legge n. 133/2008, relativo ai "servizi pubblici di rilevanza economica" che ai sensi dell'articolo 23-*bis* prevedeva tre modalità di gestione dei servizi pubblici locali: affidamento diretto a società miste a capitale pubblico-privato, partecipate dall'ente affidante, con selezione del socio privato mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, affidamento "*in house*" in presenza di particolari condizioni che, a fronte di caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non avrebbero permesso un efficace ed utile ricorso al mercato, e infine la gestione diretta.

La disciplina in esame, pur avendo superato il vaglio della Consulta, è stata oggetto di censura all'esito delle consultazioni referendarie del 2011, che avendo abrogato il suddetto articolo 23-*bis*, hanno determinato la riespansione delle norme comunitarie e delle regole concorrenziali minime in tema di gara a evidenza pubblica.

Sulla questione dei modelli di gestione il legislatore è nuovamente intervenuto con l'art. 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124, delegando al Governo la redazione di un Testo Unico in materia di Servizi Pubblici da coordinarsi con il Testo Unico sulle Partecipate Pubbliche, D.Lgs. 19 agosto 2016, n. 175.

² GIANNELLI N., *La riforma dei servizi idrici: uno sguardo alla normativa nazionale e regionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, vol. 2, 2006, p. 285-286

³ SCALIA F., *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in *Federalismi.it*, vol. 8, 20 aprile 2016, pp. 8-9

Con riferimento al Servizio Idrico Integrato l'articolo 7 dello schema di decreto sui servizi pubblici aveva previsto l'affidamento mediante procedura a evidenza pubblica, affidamento *in house* coerentemente con le condizioni fissate dal diritto dell'Unione Europea, affidamento a società mista con gara a doppio oggetto per la scelta del socio privato.

Il tentativo di riforma è stato tuttavia interrotto a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale, la quale con sentenza 30 novembre 2016, n. 251, ha dichiarato l'illegittimità della Legge Madia precisando che la declaratoria è circoscritta *"alle disposizioni di delegazione della legge n. 124 del 2015, oggetto del ricorso, e non si estendono alle relative disposizioni attuative. Nel caso di impugnazione di tali disposizioni, si dovrà accertare l'effettiva lesione delle competenze regionali, anche alla luce delle soluzioni correttive che il Governo riterrà di apprestare al fine di assicurare il rispetto del principio di leale collaborazione"*.⁴

Ne consegue che, a fronte della violazione delle prerogative regionali, il giudice delle leggi ha inibito la prosecuzione della concomitante riforma: il Testo Unico sulle Partecipate Pubbliche non è stato espunto dall'ordinamento, mentre la delega contenuta nell'articolo 19 della legge 7 agosto 2015, n. 124 sui servizi pubblici non è stata esercitata.

È intervenuto in sede consultiva anche il Consiglio di Stato, sottolineando la necessità di portare a termine le previsioni contenute nella legge delega, a seguito della declaratoria di illegittimità costituzionale, al fine di salvaguardare anche le potenzialità della riforma complessiva. Nel merito, il parere sottolinea che i decreti legislativi già adottati rimangono validi, fino ad eventuale nuova pronuncia che li riguardi direttamente, coerentemente con le statuizioni della Corte Costituzionale.⁵

Il Testo Unico sulle Partecipate Pubbliche abbraccia la nozione comunitaria di servizio pubblico, classificato rispettivamente i servizi di interesse generale e servizi di interesse economico generale. L'articolo 2, lett. h), del decreto legislativo in esame annovera tra i primi *"le attività di produzione e fornitura di beni o servizi che non sarebbero svolte dal mercato senza un intervento pubblico o sarebbero svolte a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che le amministrazioni pubbliche, nell'ambito delle rispettive competenze, assumono come necessarie per assicurare la soddisfazione dei bisogni della collettività di riferimento, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale, ivi inclusi i servizi di interesse economico generale"*. Nella seconda categoria rientrano invece *"i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato"*. La Corte Costituzionale ha chiarito che tale seconda fattispecie corrisponde al nostro servizio pubblico di rilevanza economica.⁶ Per quanto concerne la loro gestione, il mancato esercizio della delega contenuta nell'articolo 19 della Legge Madia comporta la riespansione delle norme comunitarie e delle regole concorrenziali minime in tema di gara a evidenza pubblica, al pari di quanto accaduto a seguito della consultazione referendaria.

⁴ NERI S., *L'istituto della delega legislativa nell'esperienza della c.d. legge Madia*, in NERI S., VENANZONI A., *La Riforma Madia alla prova dei decreti attuativi. Commentario ai decreti legislativi della legge 124 del 2015*, LUISS University Press, 2017, pp. 17-18

⁵ Consiglio di Stato, comm. spec., Parere 17 gennaio 2017, n. 83

⁶ Corte cost., Sentenza 17 novembre 2010, n. 325

Le nuove norme devono essere lette congiuntamente con la disciplina del Codice dell'ambiente, il cui articolo 149-bis demanda all'ente locale il compito di provvedere all'organizzazione del servizio, senza indicare le modalità di gestione, ma limitandosi a richiamare le disposizioni comunitarie. Ne consegue il naturale coordinamento con lo schema del Testo Unico sulle partecipate pubbliche, che ridisegna la figura dell' *in house providing* alla luce delle disposizioni contenute nella direttiva 2014/24/UE64. L'asset così delineato valorizza il ruolo dei soggetti privati, presenti anche nelle società *in house*.

Relativamente al potere di regolazione, con l'art. 21, comma 19, d.l. n. 201/2011 il legislatore assegna all'Autorità dell'Energia Elettrica e del Gas le funzioni regolatorie in materia di servizio idrico integrato.

La costituzione di un'autorità indipendente consente invero allo Stato di attribuire determinati comparti dell'attività pubblicistica a un organismo *ad hoc*, dotato di indipendenza dal potere politico e da quello giurisdizionale e detentore di particolari competenze tecniche che garantiscono l'esercizio di poteri incisivi e mirati.

Ne consegue che l'attività di regolazione si sostanzia nella fissazione di piani, standard, prezzi e tariffe, nel rilascio di concessioni e nella fase di controllo successivo, conferendo alle autorità di settore poteri normativi e anche sanzionatori attivabili in caso di inosservanza ai precetti stabiliti.

2. Le Tariffe Idriche

Come premesso, uno dei principali strumenti a disposizione del regolatore è la fissazione di prezzi e tariffe per l'accesso al servizio. Le esigenze da soddisfare sono molteplici e mirano a realizzare interessi contrapposti di matrice pubblicistica e privatistica.

Nello specifico, occorre contemperare le istanze sociali connesse alla fruizione di un servizio pubblico essenziale, la tutela ambientale volta al risparmio idrico e al divieto di sprechi in un'ottica solidaristica per le generazioni future, gli interessi economici derivanti da una gestione efficiente.

Originariamente la *ratio* sottesa era prevenire la fissazione di prezzi monopolistici in settori operanti in condizioni di monopolio naturale in cui l'offerta era limitata.

In merito alla natura giuridica dell'atto tariffario, a fronte di una risalente giurisprudenza che propendeva per la qualificazione in termini di atto politico idoneo a porre in essere scelte sulla rilevanza del pubblico interesse, parte della dottrina sosteneva la tesi dell'atto normativo, osservando il carattere della generalità e astrattezza, e l'applicazione nei confronti di un numero indeterminato di destinatari.

In senso critico si osservava tuttavia che un atto, per essere qualificato come normativo, non può essere sprovvisto del profilo della innovatività, del tutto assente nello strumento tariffario. Prevalente risulta pertanto la tesi dell'atto amministrativo generale.⁷

La tariffa relativa ai consumi idrici è pertanto un atto amministrativo, di regola irretroattivo, che introduce in via autoritativa ed unilaterale una prestazione imposta per la fruizione di un servizio essenziale per il soggetto.

⁷ CARINGELLA F., *Manuale di diritto amministrativo*, Dike ed., 2015, p. 591

Per effetto dei diversi obiettivi sociali, ambientali ed economici da perseguire, i criteri di calcolo delle tariffe tengono conto di una pluralità di voci: costi di funzionamento, investimenti, tasse, manutenzione e un margine equo di profitto.

Orbene tale ultima componente ha suscitato difficoltà in sede di prassi applicativa, dovute all'individuazione delle modalità di determinazione, che può condurre ad abusi se non correttamente regolate. Non è mancato ad esempio il fraudolento sovradimensionamento dei costi di produzione e degli investimenti fissi da parte dei gestori privati che miravano al conseguimento di un sovraprofitto. Per ovviare a questi effetti distorsivi la dottrina britannica ha elaborato la teoria del "*price cap*". Quest'ultima individua quale dato di partenza la tariffa applicata nell'anno corrente, calcola poi l'aumento connesso all'inflazione (Retail Price Index) e contestualmente sottrae un coefficiente x consistente nel margine di miglioramento in termini di efficienza.⁸

Tale formula lascia certo un margine di apprezzamento nella valutazione del livello di efficienza, ma induce le imprese a migliorarsi in termini di innovazione e contenimento delle spese. Tanto minore sarà il coefficiente da detrarre, tanto maggiore sarà la possibilità di realizzare un profitto per il gestore.

Il metodo del *price cap*, favorendo gestioni più efficienti in considerazione della possibilità di ottenere un ritorno economico, si è rivelato più efficace del *fail rate of return*, che al contrario determina in modo fisso il tasso di profitto.

Nel nostro ordinamento i sistemi di calcolo elaborati per rispondere alle istanze sociali, ambientali ed economiche sono stati originariamente tre: la tariffa a blocchi crescenti, i sussidi incrociati, il *price cap* con alcuni elementi di differenziazione. Nel primo caso, per esigenze di risparmio idrico, il prezzo era tanto basso quanto ridotto era il consumo, ma essendo parametrato unicamente sulla quantità di risorsa erogata, determinava delle diseguaglianze tra nuclei familiari più o meno numerosi. La tecnica dei sussidi incrociati tendeva a diversificare il prezzo in relazione al tipo di consumo, favorendo quello umano. Non era tuttavia possibile avere certezza in ordine al tipo di utilizzo effettuato da ciascuno.

Con riferimento invece al *price cap*, sono stati sperimentati due correttivi: il *rate of return* (tasso fisso di remunerazione) e il *revenue cap* (parametrizzazione sulla domanda). Entrambe le tecniche non si sono rivelate risolutive: la prima opzione prestava il fianco ad abusi, la seconda falsava il calcolo non essendo possibile una puntuale determinazione della domanda.⁹

Relativamente al settore idrico, negli anni 80' del secolo scorso, le tariffe erano determinate dai Comitati Provinciali per i Prezzi, chiamati a monitorare l'andamento dei costi e che operavano sulla base delle indicazioni ottenute dai comuni.

Con l'avvento della legge Galli, venne introdotto il principio della copertura integrale dei costi di produzione e di investimento. L'articolo 13 prevedeva invero: "*La tariffa è determinata dalla qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle opere di salvaguardia, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio*".

⁸ LA SPINA A., MAJONE G., *Lo Stato Regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000, p. 70

⁹ CAPORALE F., *Legislazione, Consulta, democrazia diretta: i nodi irrisolti dei servizi idrici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, vol. 9, 2011, p. 1026-1027

Le ragioni di tale intervento sui sistemi di calcolo erano connesse alla apertura ai soggetti privati auspicata dalla riforma. La normativa devolveva al CoViRi (Comitato per la vigilanza nel settore idrico, dal 2010 ConViri) il compito di individuare una formula per il calcolo che, di fatto, non è mai stata elaborata. Ne consegue che l'unico riferimento era dato dalla formula fornita dal Ministero nel 1996 che introduceva il c.d. metodo normalizzato. Quest'ultimo includeva in tariffa costi operativi, ammortamenti, quantità erogate, incremento di efficienza, inflazione programmata, tetto massimo consentito e presupponeva una remunerazione fissa (7%) del capitale investito.

Il sistema in questione recepiva tutte le criticità del c.d. *fail rate of return* in quanto al gestore veniva garantita una percentuale fissa che prescindeva dal livello di efficienza corrisposto e che, conseguentemente tendeva a spingere l'asticella qualitativa verso il basso.

In una relazione del 2009 il CoViRi¹⁰ osservava infatti la mancata attuazione in diversi ambiti territoriali del metodo normalizzato e la conseguente applicazione delle tariffe CIPE, più basse rispetto alle altre perché prive della quota di copertura degli investimenti e in alcuni casi non aggiornate. La mappatura delineava pertanto un sistema frammentario, diseguale e che aveva determinato una notevole crescita della spesa media annua dovuta alle tariffe idriche.

Si aggiunge che la formula fornita dal Ministero nel 1996 non teneva conto dei costi ambientali e del principio "*chi inquina paga*", richiamato nell'articolo 9 della Direttiva sulle Acque 2000/60/CE secondo cui: "*Gli stati tengono conto del principio del recupero dei costi dei servizi idrici, compresi i costi ambientali e relativi alle risorse, prendendo in considerazione l'analisi economica effettuata in base all'allegato III e, in particolare, secondo il principio «chi inquina paga»*".

Il sistema di calcolo così delineato è stato stravolto dalla consultazione popolare del 2011. Contestualmente all'abrogazione dell'articolo 23-bis, gli Italiani hanno votato favorevolmente all'eliminazione della componente "*adeguata remunerazione del capitale investito*" dall'articolo 154 del Codice dell'ambiente, d.lgs. n. 152/2006 che conseguentemente recita: "*La tariffa costituisce il corrispettivo del servizio idrico integrato ed è determinata tenendo conto della qualità della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'entità dei costi di gestione delle opere, e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'ente di governo dell'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio «chi inquina paga». Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo*".

La Corte Costituzionale con sentenza n. 26 del 2011 ha affermato la legittimità del quesito volto a escludere qualunque logica di profitto nella gestione del servizio e ha ritenuto la normativa residua immediatamente applicabile, persistendo la nozione di tariffa come corrispettivo determinata in modo tale da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del *full recovery cost*.

Parte della dottrina¹¹ analizza i profili di criticità della pronuncia in questione sotto il profilo dell'asserita assenza di chiarezza del quesito referendario che avrebbe

¹⁰ CAROSELLI A., *Lo Stato dei Servizi Idrici nella Relazione ConViri*, Giornale Dir. Amm., vol. 5, 2011, p. 2

¹¹ CAIAZZO M., *Il Seguito dell'abrogazione referendaria sull'adeguata remunerazione del capitale investito*, in Consulta online, 19 ottobre 2015, p. 726-729

dovuto specificare l'eliminazione della sola quota della componente tariffaria che assicurava, in maniera fissa e predeterminata, la remunerazione netta del capitale investito e non anche delle quote correlate al costo del capitale. Ravvisa inoltre incompletezza nell'assenza di alcun riferimento all'articolo 170, comma 3, lett. l), del d.lgs 3 aprile 2006, n. 152, ai sensi del quale: *“fino all'emanazione del decreto di cui all'art. 154, comma 2, continua ad applicarsi il d.m. 1^o agosto 1996”*. Tale disposizione avrebbe invero determinato una riviviscenza del metodo normalizzato anche in seguito all'esito favorevole del referendum.

Nella situazione di incertezza normativa sul criterio applicabile con l'art. 21, comma 19, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. “Salva Italia), il legislatore sopprime l'Agenzia Nazionale per la Regolazione e la Vigilanza in materia di acque e assegna all'Autorità dell'Energia Elettrica e del Gas le funzioni di regolazione in materia di servizio idrico, poi implementate con DPCM del 20 luglio 2011. Orbene l'articolo 2 della L. n. 481/1995, rubricato “Funzioni delle Autorità” annovera espressamente il compito di *“stabilire e aggiornare, in relazione all'andamento del mercato, la tariffa base, i parametri e gli altri elementi di riferimento per determinare le tariffe di cui al commi 17, 18 e 19, nonché le modalità per il recupero dei costi eventualmente sostenuti nell'interesse generale in modo da assicurare la qualità, l'efficienza del servizio e l'adeguata diffusione del medesimo sul territorio nazionale, nonché la realizzazione degli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse di cui al comma di cui al comma 1 dell'articolo 1, tenendo separato dalla tariffa qualsiasi tributo od onere improprio [...]”*

Le medesime attribuzioni sono ribadite dall'articolo 3 del DPCM del 20 luglio 2011 il quale specifica ulteriormente che l'Autorità *“[...] predisporre e rivede periodicamente il metodo tariffario per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, ovvero di ciascuno dei singoli servizi che lo compongono compresi i servizi di captazione e adduzione a usi multipli e i servizi di depurazione ad usi misti civili e industriali, di cui alla precedente lettera c) sulla base del riconoscimento dei costi efficienti di investimento e di esercizio sostenuti dai gestori, prevedendo forme di tutela per le categorie di utenza in condizioni economico sociali disagiate individuate dalla legge e fissa, altresì, le relative modalità di revisione periodica, vigilando sull'applicazione delle tariffe.”*

L'articolo 2, comma 17 della L. n. 481/1995 definisce le tariffe come i prezzi massimi unitari al netto delle imposte e il successivo comma 18 annovera tra i criteri di determinazione il tasso di variazione medio annuo riferito ai dodici mesi precedenti dei prezzi al consumo per le famiglie di operai e impiegati rilevato dall'ISTAT, chiarendo l'applicazione del metodo c.d. *price cap* inteso quale limite massimo della variazione di prezzo vincolata per un periodo pluriennale.

Orbene concluso il trasferimento delle competenze in capo all'Autorità, quest'ultima ha chiesto al Consiglio di Stato di esprimersi sull'esito della consultazione referendaria chiarendo se quest'ultima avesse condotto all'abrogazione tacita del metodo normalizzato di cui al d.m. del 1996 che computava una quota fissa di remunerazione del capitale investito. Il Consiglio di Stato rispondeva favorevolmente al quesito, supportando l'argomentazione di una incompatibilità fra il metodo applicato dal d.m. del 1996 e la volontà popolare.

In data 28 dicembre 2012, L'Autorità per L'Energia Elettrica, il Gas e il Sistema Idrico ha emanato la delibera 585/2012/R/idr, con cui approvava il metodo tariffario transitorio (MTT) per la determinazione delle tariffe per gli anni 2012-2013 e con

successiva delibera 38/2013/R/idr, ha avviato il procedimento volto alla restituzione agli utenti finali della componente tariffaria del servizio idrico integrato relativa all'adeguata remunerazione del capitale investito che, nel periodo 21 luglio - 31 dicembre 2011 successivo al referendum, era stata calcolata in bolletta.

Nel consegue che le modalità di elaborazione del quesito referendario, il silenzio del legislatore e l'incertezza normativa e giurisprudenziale dimostrano un quadro non ancora definito relativamente ai metodi di calcolo che si dimostrino coerenti con la volontà popolare e idonei al soddisfacimento delle esigenze sociali, ambientali ed economiche.

3. Orientamenti giurisprudenziali

La delibera con la quale l'AEEGSI ha adottato i nuovi criteri per la determinazione delle tariffe idriche non è esente da profili di criticità ed è stata oggetto di recenti interventi giurisprudenziali.

Il Forum italiano dei Movimenti per l'acqua, promotore dell'iniziativa referendaria, ha denunciato l'inserimento della componente "oneri finanziari" sulla base dell'asserita reintroduzione, con diversa denominazione, dell'originaria remunerazione del capitale investito.

Vengono invero riconosciuti in tariffa, ai sensi dell'articolo 4 della delibera n. 585/2012/R/idr, i "[...] costi delle immobilizzazioni, intesi come la somma degli oneri finanziari, degli oneri fiscali e delle quote di restituzione dell'investimento".

Emerge, nell'ottica dei promotori, l'intenzione dell'Autorità di mascherare la remunerazione del rischio di impresa (margine di profitto puro) come costo rimborsabile.¹²

Nello specifico la copertura del capitale proprio investito e non solo di quello preso a prestito, rappresenterebbe una sorta di incentivo per gli investitori privati.

Ne è conseguita l'impugnativa innanzi al giudice amministrativo ad opera di alcune associazioni a tutela dei consumatori (Acqua Bene Comune, Federconsumatori e Codacons) che miravano a ristabilire una gestione pubblicistica del servizio in coerenza con la volontà popolare. Nello specifico l'obiettivo di fondo era garantire che il diritto all'acqua fosse estraneo a logiche tariffarie di profitto per ritornare ad essere un diritto fondamentale gestito nell'interesse delle generazioni future.

Orbene sul punto gli orientamenti prevalenti sono essenzialmente due ed investono il dibattito sugli effetti del referendum abrogativo.

Parte della dottrina e della giurisprudenza costituzionale ha sostenuto che il referendum ex articolo 75 Cost. determina l'abrogazione non solo della disposizione specificamente individuata, ma altresì delle norme estraibili dalla stessa, nonché del principio politico su cui è chiamata ad esprimersi la volontà popolare.¹³

Seguendo tale linea direttrice e conferendo carattere sostanziale al quesito referendario, i ricorrenti sostengono la necessità di attribuire rilievo al principio politico

¹² "Dal decreto di Ferragosto alla tariffa di Capodanno. Ovvero come uccidere la Democrazia durante le vacanze", comunicato consultabile sul sito www.acquabenecomune.org.

¹³ CAIAZZO M., *Il Seguito dell'abrogazione referendaria sull'adeguata remunerazione del capitale investito*, op. cit., p. 740

detraibile dall'abrogazione dell'adeguata remunerazione del capitale investito consistente nella esclusione di qualunque forma di profitto per il gestore privato.

Ne consegue che il compito dei regolatori risulta disatteso se non garantiscono una stretta rispondenza tra costi sostenuti e ricavi conseguiti con esclusione di qualunque forma di ritorno sul capitale investito.

Sul versante opposto, muovendo dall'individuazione di quanto forma oggetto di un referendum abrogativo si segnala un *revirement* della Consulta (seppur riferito alla materia elettorale), secondo cui l'espunzione riguarda non la norma, ma la disposizione.¹⁴

Orbene il Tar Lombardia aderisce all'orientamento in esame secondo il quale un'interpretazione letterale e non politico-ideologica dell'articolo 154 c. 1, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, nella versione post referendaria, non esclude la possibilità di conseguimento di un profitto. Preliminarmente espone la natura di servizio di interesse economico generale (chiarita dalla Corte Costituzionale),¹⁵ suscettibile di una gestione imprenditoriale atta alla realizzazione di un utile e poi richiama il potere unicamente ricognitivo e non creativo del giudice. Sostiene che la normativa di risulta, improntata al principio di "*full recovery cost*", non esclude la possibilità di conseguire un profitto se vengono mantenuti costi di gestione inferiori agli standard fissati dall'AEEGSI.

Con il referendum si è invero inteso abrogare la percentuale fissa del 7 % garantita dal sistema normalizzato in modo fisso e predeterminato, ma non può escludersi in assoluto la possibilità di remunerare il capitale investito in via fattuale *ex post*.¹⁶ Il Tar rammenta che i costi sono riconosciuti in tariffa mediante due sistemi: il rimborso o i costi standard determinati dal regolatore. Quest'ultima tecnica, richiamata dalla legge n. 481 del 1995 (c.d. metodo del *price cap*), riconoscendo i costi standard prefissati dal regolatore, garantisce al gestore efficiente di trarre un profitto se riesce a mantenersi al di sotto degli stessi. Del resto la giurisprudenza amministrativa ha più volte evidenziato il rischio che il rimborso automatico possa far ricadere sugli utenti le inefficienze aziendali.

L'Autorità nel metodo transitorio elaborato ha aderito a una ricostruzione strettamente economica del concetto di costo annoverando il c.d. costo opportunità o costo implicito e riconoscendo pertanto in tariffa anche il costo derivante dell'investimento del capitale proprio.

Il Tar osserva sul punto che l'articolo 154 nella nuova formulazione impone la copertura integrale dei costi di investimento senza operare alcuna distinzione; conseguentemente la decisione del Regolatore di coprire anche il costo derivante dall'investimento del capitale proprio non è ritenuta in aperto contrasto con la volontà popolare.

Del resto a livello economico non sussistono differenze tra costo del capitale proprio e del capitale preso a prestito ed escludere la remunerazione del primo

¹⁴ Corte Costituzionale, Sent. 25 gennaio 2012, n. 13

¹⁵ La qualifica di servizio di interesse economico generale trova conferma nella sentenza della Corte Costituzionale, 24 novembre 2010, n. 325

¹⁶ VACCARI S., *Il metodo tariffario del servizio idrico integrato alla luce del primo contenzioso*, in *Munus*, n. 2 del 2014, p. 301

condurrebbe all'esito paradossale di indurre gli investitori a ricorrere unicamente ai finanziamenti esterni, con evidenti ripercussioni a carico degli utenti finali.¹⁷

Il Tar Lombardia richiama diversi atti provenienti dalle Istituzioni dell'Unione europea, tra cui la Comunicazione della Commissione COM (2000) 477 del 26.7.2000, per la quale la politica di tariffazione deve tenere conto dei "costi finanziari", comprendenti anche i costi del capitale, la Comunicazione della Commissione COM(2012) 672 che effettua un esplicito richiamo al recupero dei costi finanziari dei servizi idrici e l'articolo 9 della Direttiva sulle acque pubbliche.

Sulla base di queste argomentazioni, con le sentenze 26 marzo 2014, n. 779, e 26 marzo 2014, n. 780, vengono rigettati i ricorsi con salvezza del M.T.T. emanato dall'AEEGSI.

Orbene a seguito di ricorso in appello, promosso dal Forum Italiano dei Movimenti per l'Acqua e Federconsumatori contro il metodo tariffario del servizio idrico elaborato dall'Autorità per l'Energia Elettrica, il Gas e il Servizio Idrico, il Consiglio di Stato il 14 ottobre 2015 ha disposto con ordinanza un'ulteriore consulenza tecnica per assicurare la completezza dell'istruttoria, di cui si attende l'esito, nelle more del presente elaborato.

4. Prospettive *de iure condendo*

Il tema dei meccanismi di determinazione delle tariffe assume particolare rilievo in un sistema in cui il gestore del servizio non può determinare liberamente il "prezzo". Tale fattore non costituisce elemento di competitività e conseguentemente occorre emergere sotto il profilo dell'efficienza produttiva.

Ne consegue la necessità di agevolare strategie di *pricing* che tendano ad incentivare un'efficiente allocazione delle risorse. Questo è tanto più vero in un settore che opera in condizioni di monopolio naturale, in cui i costi di gestione sono particolarmente incisivi e in cui non è possibile stabilire *ex ante* il volume della domanda.

Con riferimento al tentativo di ripristinare la remunerazione del capitale investito occorre rammentare che sin dalla Legge Galli del 1994 il legislatore ha inteso aprire il mercato agli investimenti privati che difficilmente intervengono in assenza di un ritorno economico.

Si richiama inoltre la relazione introduttiva ai quesiti referendari che escludeva espressamente la proposta Iannello-Nannetti volta ad eliminare la disposizione che garantiva il recupero in tariffa dei costi di gestione ed investimento al fine di evitare che tramite quest'ultimi potesse conseguirsi un profitto. I promotori adducevano esigenze di chiarezza comunicativa.¹⁸

Occorre pertanto capire se la formula più generica adottata nel quesito sia il frutto di una carenza in termini di completezza espositiva o corrisponda all'intento di non escluderlo a priori. Certo è che la campagna mediatica nota come "ri-pubblicizzazione

¹⁷ VACCARI S., *Il metodo tariffario del servizio idrico integrato alla luce del primo contenzioso*, op. cit.

¹⁸ Relazione introduttiva ai quesiti referendari di G. AZZARITI, G. FERRARA, A. LUCARELLI, U. MATTEI, L. NIVARRA e S. RODOTÀ, in <http://www.acquabenecomunetoscana.it/referendum/wp-content/uploads/2010/04/Relazione-introduttiva-ai-quesiti-referendari-per-la-ripubblicizzazione-dellacqua-2010.pdf>

dell'acqua" ha ingenerato equivoci, specie in un sistema normativo complesso come il nostro in cui anche la giurisprudenza costituzionale sembra scissa sulla portata estensiva o meno del referendum abrogativo.

Può in ogni caso rilevarsi la emersione di un servizio pubblico locale di interesse economico generale privo di remuneratività, anche potenziale.

Sul punto, la Corte Costituzionale ha in realtà chiarito che la "rilevanza economica" del servizio pubblico presuppone necessariamente la copertura dei costi, ma non anche la remunerazione del capitale.¹⁹ Parte della dottrina osserva tuttavia che un modello imprenditoriale di gestione comporta l'apporto di capitale e il conseguimento di un profitto, in assenza del quale la presenza del soggetto privato è improbabile. Inoltre, si postula l'avvenuto inserimento di una riserva implicita di gestione in capo alla p.a. a seguito della tornata referendaria. La ragione è da rinvenire nel fatto che l'eliminazione della remunerazione del capitale, non esclude teoricamente una gestione privatistica, realizzando una riserva esplicita, ma ciò avviene in via fattuale attraverso la preclusione circa la realizzazione di un profitto.²⁰

Orbene occorre considerare che il fabbisogno strutturale del servizio idrico esige risorse cospicue, non sostenibili unicamente con la finanza pubblica e di ciò probabilmente si è occupata l'Autorità che, con la delibera oggetto di impugnazione, ha individuato una soluzione di compromesso. Quest'ultima presta il fianco a un'elusione della volontà popolare, non escludendo un ritorno economico sul capitale investito.

Alla luce di quanto esposto emerge la tensione tra volontà popolare e praticabilità del modello emerso a seguito del referendum.

Recentemente è stato sottoposto all'esame della Commissione Ambiente in Parlamento il Disegno di Legge A.C. 2212 "*Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico*" che, ai sensi dell'articolo 1, mira a definire i principi in base ai quali deve essere gestito il patrimonio idrico nazionale.

La proposta prende posizione sulla natura di servizio privo di rilevanza economica, sottratto ai principi della libera concorrenza e finanziato attraverso meccanismi tariffari e di fiscalità generale. L'articolo 5 prevede l'avocazione in capo al Ministero dell'ambiente della funzione regolatoria del governo del ciclo naturale dell'acqua e della sua salvaguardia come bene ambientale, cui si aggiunge la determinazione delle componenti delle tariffe differenziate per uso umano e per tutti gli usi produttivi. Si prevede inoltre il divieto di separazione della gestione ed erogazione del servizio idrico, che possono essere affidate esclusivamente ad enti di diritto pubblico, disciplinando altresì la fase transitoria mediante la trasformazione delle società miste in società a capitale interamente pubblico. Viene invero istituito il Fondo nazionale per la ripubblicizzazione del servizio idrico integrato, finanziato tramite anticipazione della Cassa Depositi e Prestiti e volto a gestire questa fase transitoria di trasformazione. L'articolo 9 demanda al Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare la definizione del metodo per la determinazione della tariffa in conformità ai principi della integrale copertura dei costi di gestione, della copertura parziale dei costi di investimento, con specifico riferimento all'ammortamento e agli oneri finanziari

¹⁹ Corte Costituzionale, Sentenza 24 novembre 2010, n. 325

²⁰ TRAVI A., *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in Rivista della Regolazione dei Mercati, fasc. 1/2014, p. 136

derivanti dagli investimenti effettuati tramite il fondo, copertura dei costi attinenti le attività di depurazione o di riqualificazione ambientale e copertura dei costi relativi alle attività di prevenzione e di controllo.

Un'ulteriore novità consiste nella tariffazione progressiva differenziata per fasce di consumo considerando un'erogazione minima giornaliera di un massimo di 50 litri per persona, con costi a carico della fiscalità generale.

La proposta di riforma in esame rimodula l'intero servizio idrico, realizzando le intenzioni di coloro che hanno votato favorevolmente all'abrogazione dell'articolo 23-bis nel 2011. Pur indicando le potenziali coperture finanziarie, occorre verificarne la fattibilità.

Con specifico riferimento alle modalità di determinazione delle tariffe, i promotori sembrano aver preso atto della rilevanza costituzionale e comunitaria del principio *"chi inquina paga"* ed evidenziano la necessità di bilanciare la tutela della risorsa idrica con il diritto fondamentale all'acqua. In tal senso, tenendo in debita considerazione il principio di proporzionalità nell'individuazione delle misure più idonee, occorre evitare sprechi e garantire che il quantitativo minimo assicurato sia effettivamente quello indispensabile ad una vita dignitosa, disincentivando ogni possibile uso inconsapevole. Si richiama sul punto l'articolo 60 del Collegato ambientale ai sensi del quale: *"l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico, al fine di garantire l'accesso universale all'acqua, assicura agli utenti domestici del servizio idrico integrato in condizioni economico-sociali disagiate l'accesso, a condizioni agevolate, alla fornitura della quantità di acqua necessaria per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali, modulando adeguatamente la metodologia tariffaria. [...] Al fine di assicurare la copertura degli oneri derivanti dal comma 1, l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico definisce le necessarie modifiche all'articolazione tariffaria per fasce di consumo o per uso, determinando i criteri e le modalità per il riconoscimento delle agevolazioni di cui al medesimo comma 1"*.²¹

La proposta in esame è attualmente in discussione al Senato e, in caso di eventuale approvazione, dovrà essere coordinata con le disposizioni contenute nel testo unico sui servizi pubblici, con il codice dell'ambiente e con la normativa comunitaria.

La gestione strettamente pubblicistica auspicata appare difficilmente conciliabile con le recenti novità di cui al testo unico sulle partecipate pubbliche che al contrario sembra valorizzare il ruolo dei soggetti privati operanti in regime di concorrenza per il mercato.

Inoltre, la connessione tra assenza di rilevanza economica del servizio ed esclusione di remuneratività, induce a riflettere sulla interdipendenza di questi due fattori, nell'ottica del legislatore.

5. Il principio *"chi inquina paga"*

L'articolo 1, comma 1, della Legge Galli ha introdotto nel nostro ordinamento il principio secondo il quale le acque sotterranee e superficiali costituiscono una risorsa e devono essere salvaguardate e utilizzate secondo criteri di solidarietà. La norma può

²¹ LEGGE 28 dicembre 2015, n. 221, Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali (16G00006) (GU n.13 del 18-1-2016)

essere letta in una duplice dimensione: spaziale e temporale. Sul primo fronte, occorre elaborare politiche di gestione della risorsa che assicurino livelli qualitativi minimi su tutto il territorio nazionale; con riferimento alla temporalità, è doveroso prevenire il depauperamento del bene comune che deve essere salvaguardato da ogni danno che possa precluderne un'adeguata fruizione per le generazioni future.²²

Le politiche tariffarie devono quindi essere ispirate al rispetto del principio di solidarietà conciliato con esigenze di economicità e imprenditorialità.

A livello comunitario la Direttiva quadro sulle acque (*Direttiva 2000/60/CE*) postula la copertura integrale dei costi, inclusi quelli ambientali, e il principio "chi inquina paga" secondo il quale il responsabile di eventuali danni ambientali deve risponderne economicamente.

Essendo la normativa europea indirizzata al risparmio idrico e alla tutela ambientale, auspica l'individuazione da parte degli stati membri di metodi tariffari che incentivino un utilizzo efficiente delle risorse idriche e che attribuiscono agli inquinatori/utilizzatori il relativo costo.

La nostra legislazione ha dato attuazione con la Legge Galli soltanto alla norma che impone la copertura integrale dei costi, senza modulare i sistemi tariffari in modo da computare la voce di costo ambientale. Il Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare ha adottato il relativo decreto attuativo solo di recente (*DM 24 febbraio 2015, n. 39*), facendo salve le eventuali metodologie disposte medio tempore dalle Autorità competenti.

Per costo ambientale deve intendersi, ai sensi del decreto in questione, "[...] qualsiasi spesa, intervento o obbligo per il ripristino, la riduzione o il contenimento del danno prodotto dagli utilizzi per raggiungere gli obiettivi di qualità delle acque previsti nei piani di gestione, imputabile direttamente al soggetto che utilizza la risorsa e/o ricevere uno specifico servizio idrico". Il criterio di determinazione dei suddetti costi, c.d. "cost based" è basato sulla valutazione di quanto necessario per riparare il danno ambientale, nonché per il miglioramento e la protezione del bene.

Medio tempore nella delibera 662/2014/R/idr, l'Autorità per l'energia elettrica, il Gas e il Sistema Idrico ha computato nelle voci di costo ambientale i costi di progettazione degli impianti di depurazione destinati a "riparare" il danno ambientale, tenendo conto dei soli costi operativi e non anche di investimento.²³

Con riferimento al secondo periodo regolatorio, l'Autorità ha individuato ulteriori variabili da annoverare, operando una distinzione tra costi ambientali (EnvC), legati all'attività di depurazione, e costi della risorsa (ResC) rappresentati invece dagli oneri locali.²⁴

Si distingue tra costi ambientali considerati endogeni, riferiti alla depurazione, potabilizzazione e alle operazioni di telecontrollo, e i costi ambientali e della risorsa considerati invece aggiornabili, preposti ad attività di tutela, produzione delle risorse idriche, riduzione ed eliminazione del danno ambientale e mitigazione del costo-opportunità della risorsa.

Il quadro normativo di risulta è suscettibile di ulteriori variazioni conseguenti sia all'eventuale proposta di legge di riforma del servizio idrico A.C. 2212, sia

²² LUGARESI N., MASTRANGELO F., *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Maggioli Editore, 2004, p. 130

²³ Delibera 23 dicembre 2014, 662/2014/R/idr

²⁴ 26 novembre 2015, 577/2015/R/idr, Metodo tariffario per il secondo periodo regolatorio (2016-2019)

all'evoluzione giurisprudenziale sulla remunerabilità del costo-opportunità, suscettibile di incidere anche relativamente agli investimenti infrastrutturali nell'ottica della tutela ambientale, evitando eventuali duplicazioni a carico degli utenti finali.