

PROF. AVV. GIULIO NAPOLITANO

ORDINARIO DI ISTITUZIONI DI DIRITTO PUBBLICO
NELL'UNIVERSITÀ DI ROMA TRE

Spett.le Acea s.p.a.
Direzione Funzione Legale
c.a. dott. Renato Conti
P.le Ostiense n. 2 – 00154 Roma

Parere

Sugli effetti dell'abrogazione referendaria della disciplina dei servizi pubblici locali

1. I quesiti

Avuto, riguardo agli esiti delle consultazioni svoltesi lo scorso 12 e 13 giugno, Acea s.p.a. chiede un parere in ordine agli effetti determinati dall'approvazione dei referendum popolari n. 1 e n. 2 sulla disciplina dei servizi pubblici locali.

Il referendum popolare n. 1 aveva a oggetto l'intera disciplina dettata dall'articolo 23-*bis* del Decreto Legge 112/2008, convertito con L. 133/2008, così come modificato e integrato dall'articolo 15, comma 1, del Decreto Legge 135/2009, convertito con L. 166/2009, in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica. Tale disciplina, in particolare, introduceva rigorose disposizioni volte a favorire il ricorso a procedure di gara per l'affidamento dei servizi pubblici locali e conseguentemente subordinava all'esistenza di specifiche circostanze eccezionali la possibilità per gli enti locali di disporre l'affidamento *in house* dei servizi.

In tale contesto, il legislatore disciplinava anche il c.d. "regime transitorio degli affidamenti", dettando le regole in base alle quali le gestioni in essere al momento dell'entrata in vigore della norma – che non fossero risultate pienamente in linea con le nuove disposizioni in materia

di affidamento dei servizi - potevano considerarsi equiparate a quelle assentite successivamente all'operatività dell'art. 23-bis.

Alla luce dell'abrogazione dell'intero disposto dell'art. 23-bis, ~~XXXX~~ chiede di conoscere il nuovo assetto normativo dei servizi pubblici locali e di verificare, in questo nuovo e mutato contesto, la legittimità e la validità delle convenzioni e dei contratti di servizio che regolano i rapporti tra soggetto affidante e soggetto gestore e la possibilità che gli stessi continuino a produrre effetti giuridici.

Il referendum popolare n. 2, invece, aveva a oggetto la disciplina tariffaria del servizio idrico integrato dettata dall'articolo 154, comma 1, del D. Lgs. 152/2006 (c.d. Codice dell'ambiente), nella parte in cui faceva riferimento, tra i criteri di determinazione della tariffa, ~~al costo~~ "alla determinazione della remunerazione del capitale investito".

A tale proposito, Acea s.p.a. chiede un parere in merito alla nuova disciplina della tariffa del servizio idrico integrato e alla validità e cogenza della vigente regolazione tariffaria dettata dal d.m. 1° agosto 1996 (il c.d. n. [redacted]). In particolare, chiede di conoscere la legittimità e la validità degli atti stipulati nel corso degli anni in base alle previsioni ora abrogate, con precipuo riferimento agli investimenti già avviati e alla possibilità di ritenere detti investimenti garantiti sotto il profilo del [redacted] anche del [redacted] del capitale in [redacted].

2. Effetti generali dell'abrogazione referendaria

Per rispondere ai quesiti posti bisogna innanzi tutto considerare che, in via generale, secondo quanto disposto dall'art. 37, legge 25 maggio 1970, n. 352, recante "Norme sui referendum previste dalla Costituzione e sulla iniziativa legislativa del popolo", in attuazione dell'art. 75 Cost., qualora l'esito del referendum sia favorevole all'abrogazione di una legge o di sue singole disposizioni o parti, l'avvenuta abrogazione è dichiarata dal Presidente della Repubblica con proprio decreto.

...ale, l'abrogazione referendaria [redacted] di una [redacted] delle norme eventualmente abrogate dalla legge o dalla disposizione normativa sottoposta con esito positivo a quesito referendario (Corte costituzionale, sent. n. 31/2000 e n. 40/1997). Ciò non significa che l'abrogazione referendaria determini necessariamente una lacuna normativa. [redacted] infatti, [redacted] come l'ap[redacted] di [redacted] e norme generali. In altri termini, l'abrogazione

della norma speciale determina la riespansione di quella generale da essa specificata o derogata. Tale conseguenza, che non va confusa con l'ipotesi della reviviscenza, peraltro, deriva non dalla volontà referendaria di ripristinare la regola generale, quanto piuttosto da una reazione automatica dell'ordinamento, della quale, indipendentemente da quella volontà, l'interprete prende atto (F. Sorrentino, *Le fonti del diritto italiano*, Padova, Cedam, 2009, p. 241).

Per quanto riguarda l'efficacia temporale dell'abrogazione referendaria, la legge chiarisce che «l'abrogazione ha effetto a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto nella Gazzetta ufficiale». Peraltro, su proposta del Ministro interessato, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, il Presidente della Repubblica può ritardare l'entrata in vigore della abrogazione per un tempo non superiore a 60 giorni dalla data della pubblicazione del decreto stesso.

Nel caso in esame, il Governo potrebbe motivare la richiesta di ritardare l'entrata in vigore dell'abrogazione con l'esigenza di assicurare *medio tempore* l'entrata in funzione dei nuovi soggetti istituzionali – l'Agenzia nazionale per i servizi idrici e gli organismi istituiti dalla legislazione regionale in sostituzione delle Autorità d'ambito in corso di scioglimento – chiamati a ridefinire il quadro regolatorio risultante dall'approvazione dei quesiti referendari, in particolare di quello relativo alla disciplina tariffaria del servizio idrico integrato.

A prescindere dall'eventualità di una proroga di sessanta giorni, si può comunque osservare che dalla lettera dell'art. 75 della Costituzione e della relativa legge di attuazione discende chiaramente che l'abrogazione referendaria non può in alcun modo operare retroattivamente. Ciò significa che nessun effetto essa può produrre su rapporti esauriti, anche se a ridosso dell'approvazione della legge poi abrogata o della stessa consultazione referendaria. Analoga conclusione deve raggiungersi per i rapporti in corso, regolati da atti amministrativi adottati in conformità a quanto previsto dalla disciplina legislativa a suo tempo vigente (anche se ora abrogata in esito al referendum). Tali atti, infatti, sono soggetti al consolidato principio secondo cui "tempus regit actum". Al riguardo, tuttavia, bisogna sin d'ora avvertire che in taluni casi è possibile distinguere tra prestazioni già svolte e prestazioni ancora oggetto di esecuzione. In presenza di determinate condizioni, pertanto, l'adempimento di queste ultime potrebbe essere regolato dalla nuova disciplina risultante dall'avvenuta abrogazione referendaria.

3. Le modalità di affidamento dei servizi pubblici locali

Il referendum popolare n. 1 aveva ad oggetto la disciplina in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica dettata dall'articolo 23-*bis* del Decreto Legge 112/2008, convertito con L. 133/2008, così come modificato dall'articolo 15, comma 1, del Decreto Legge 135/2009, convertito con L. 166/2009.

La normativa in questione, come rilevato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 24/2011 di ammissione del quesito referendario, mirava a favorire la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica da parte di soggetti scelti a seguito di gara ad evidenza pubblica. A tal fine, prevalendo sulle «discipline di settore [...] incompatibili», salvo quelle relative ai quattro cosiddetti «settori esclusi» (distribuzione di gas naturale; distribuzione di energia elettrica; gestione delle farmacie comunali; trasporto ferroviario regionale), stabiliva che l'affidamento della gestione del servizio pubblico locale dovesse avvenire, «in via ordinaria», mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, a favore non solo di società di capitali, ma, più in generale, di «imprenditori o [...] società in qualunque forma costituite». In questa prospettiva, subordinava l'affidamento a società a capitale misto alla selezione del socio privato con partecipazione non inferiore al quaranta per cento mediante procedura di gara a doppio oggetto (relativa cioè sia alla qualità di socio sia all'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio).

La normativa, nel contempo, limitava consistentemente i casi di affidamento diretto. La possibilità di provvedere alla gestione *in house*, infatti, oltre a dover rispettare le condizioni previste dall'ordinamento comunitario (capitale interamente pubblico, controllo analogo, prevalenza dell'attività in favore dell'ente o degli enti pubblici controllanti), veniva subordinata all'ulteriore condizione della ricorrenza di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato». L'affidamento diretto (senza gara ad evidenza pubblica), «in deroga» ai conferimenti effettuati in via ordinaria, quindi, doveva essere adeguatamente pubblicizzata e motivata sulla base di un'analisi di mercato, con trasmissione di una relazione da parte dell'ente all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, per un parere obbligatorio (ma non vincolante), da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione.

A seguito dell'accoglimento del quesito referendario in questione, l'intera disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica dettata dall'art. 23 *bis* è destinata ad essere abrogata con efficacia *ex nunc* (il giorno successivo alla pubblicazione del relativo d.P.R., o, in casi eccezionali, nei successivi sessanta giorni). In conformità a quella che la Corte costituzionale, nel ritenere ammissibile il quesito referendario, ha considerato la «obiettiva ratio» di quest'ultimo, vengono così espulse dall'ordinamento le norme, che «limitano, rispetto al diritto comunitario, le ipotesi di affidamento diretto e, in particolare, quelle di gestione *in house* di pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica (ivi compreso il servizio idrico)».

Più complesso è stabilire quale sia, per effetto dell'abrogazione dell'art. 23 *bis*, la disciplina applicabile ai servizi in esame. La stessa Corte aveva rilevato che, dall'abrogazione in via referendaria dell'art. 23 *bis*, non sarebbe conseguita «alcuna reviviscenza delle norme abrogate da tale articolo». L'effetto, al contrario, sempre secondo la Corte, sarebbe stato quello dell'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (...) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica». Proprio per questa ragione, d'altra parte, all'ammissione del quesito referendario non aveva ostato alcun impedimento di natura comunitaria, nemmeno per quanto riguardava la normativa risultante dall'eventuale abrogazione referendaria.

A seguito dell'esito positivo della consultazione referendaria, dunque, l'intera materia dei servizi pubblici a rilevanza economica «nei settori inclusi», nell'assenza di una specifica e analitica regolamentazione nazionale, rimane disciplinata dal T.U. sugli enti locali, per quanto riguarda specificamente la proprietà e la gestione degli impianti, delle reti e delle dotazioni destinati all'esercizio dei servizi, e dai principi generali posti dal dettato comunitario, così come interpretati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e del Tribunale di primo grado (oltre che dalla giurisprudenza amministrativa nazionale).

La disciplina ricavabile dai principi del diritto comunitario, in particolare, come rilevato dalla stessa Corte costituzionale, è «meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum». Essa, infatti, non subordina l'affidamento *in house* al ricorrere di «situazioni eccezionali che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono

un efficace ed utile ricorso al mercato». Né tale disciplina prevede che il ricorrere di tali condizioni debba essere previamente verificato attraverso un'analisi di mercato svolta dall'ente locale e quindi vagliato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Ciò non toglie che gli affidamenti *in house*, coerentemente al dettato comunitario, continueranno a costituire una forma di affidamento rigorosamente ancorata alla ricorrenza degli specifici presupposti del "controllo analogo" e della "prevalenza dell'attività" individuati dalla giurisprudenza europea. Inoltre, se l'abrogazione dei commi 4 e 4-bis dell'articolo 23-bis del d.l. n. 112/2008 cancella le puntuali condizioni legittimanti e gli specifici oneri procedurali cui tale scelta veniva subordinata, questo non significa che gli enti locali non siano più tenuti a motivare congruamente le proprie scelte gestionali. Da un lato, infatti, l'affidamento diretto può essere contestato davanti al giudice amministrativo da un imprenditore del settore che lamenti l'illegittima, in quanto irragionevole e arbitraria, esclusione del ricorso al mercato per la fornitura del servizio in questione. Dall'altro, l'amministratore locale è esposto a responsabilità erariale laddove l'immotivato ricorso alla gestione pubblica *in house* si riveli più onerosa per l'ente locale di quanto sarebbe stata la fornitura del servizio da parte di un gestore selezionato tramite gara (a seguito, cioè, di una procedura concorrenziale preordinata appunto a selezione l'offerta meno costosa e più vantaggiosa per la collettività).

Per converso l'affidamento dei servizi pubblici locali a soggetti terzi, siano essi a partecipazione integralmente privata o invece mista, rimane perfettamente ammissibile. Quest'ultima, anzi, costituisce oggetto di un vero e proprio *favor* per forme di PPP di tipo "istituzionalizzato" in diversi documenti comunitari (dalla *Comunicazione della Commissione europea al Parlamento e al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni*, del 15 novembre 2005, alla *Risoluzione del Parlamento europeo n. 2006/2043 (INI)*, del 26 ottobre 2006). La costituzione di moduli societari misti o, più in generale, l'affidamento a privati della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica, dunque, rimane ammissibile e la scelta del gestore privato dovrà di norma avvenire con gara, nel rispetto di criteri di trasparenza e non discriminazione.

Appare altresì consentito – essendo venute meno anche le norme restrittive fissate dall'art. 23-bis, co. 9 – l'esercizio dell'attività d'impresa al di fuori dell'ambito territoriale dell'ente costituente o partecipante, almeno in tutti i casi in cui esse siano selezionate con una procedura di

gara e, tramite idonee forme di separazione contabile e amministrativa, dimostrino di non alterare la selezione concorrenziale in virtù dell'eventuale affidamento diretto altrove conseguito.

4. Regime giuridico degli affidamenti in atto

Ricostruiti gli effetti dell'abrogazione referendaria sulla disciplina regolatrice dei nuovi affidamenti di servizi pubblici locali, bisogna ora verificare quale sia l'eventuale impatto della consultazione popolare sugli affidamenti e sulle gestioni in essere.

In proposito si deve necessariamente muovere dalle conclusioni prima raggiunte in via generale, secondo cui l'abrogazione referendaria ha esclusivamente efficacia *ex nunc*. Ne discende, pertanto, che, anche ove vi fosse un'insanabile contrasto tra la nuova disciplina risultante dall'esito positivo della consultazione popolare e quella in vigore al momento del rilascio dell'affidamento (circostanza peraltro esclusa da quanto sopra argomentato), quest'ultimo continuerebbe a essere regolato dalla disciplina originaria, conformemente al principio "*tempus regit actum*", in particolare per quanto riguarda la fonte di legittimazione del medesimo. Ne consegue che, in base ai principi generali, l'atto di affidamento e la relativa convenzione mantengono intatta la loro originaria validità ed efficacia.

Il problema, peraltro, presenta tratti peculiari in questo caso, in quanto, tra le disposizioni caducate contenute nell'art. 23-bis, vi erano anche quelle che introducevano una normativa transitoria per gli affidamenti già in essere al momento dell'entrata in vigore della nuova disciplina: ciò al dichiarato fine di garantirne l'allineamento allo spirito più marcatamente pro-competitivo della riforma. Tale normativa transitoria, al co. 8, lett. d), prevedeva, tra l'altro, che «gli affidamenti diretti assentiti alla data del 1° ottobre 2003 a società a partecipazione pubblica già quotate in borsa a tale data e a quelle da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, cessano alla scadenza prevista nel contratto di servizio, a condizione che la partecipazione pubblica si riduca anche progressivamente, attraverso procedure ad evidenza pubblica ovvero forme di collocamento privato presso investitori qualificati e operatori industriali, ad una quota non superiore al 40 per cento entro il 30 giugno 2013 e non superiore al 30 per cento entro il 31 dicembre 2015». Precisava ulteriormente la norma che «ove siffatte condizioni non si verificano, gli affidamenti cessano improrogabilmente

e senza necessità di apposita deliberazione dell'ente affidante, rispettivamente, alla data del 30 giugno 2013 o del 31 dicembre 2015».

L'abrogazione per via referendaria della normativa transitoria in questione, tuttavia, produce come unico effetto il venir meno di qualsiasi incentivo legislativo alla riduzione della quota di capitale pubblico nelle società quotate in borsa. Con la "minaccia" della perdita dell'affidamento (a prescindere, in questa sede, da ogni valutazione di legittimità costituzionale di una siffatta disposizione), infatti, il legislatore mirava semplicemente a perseguire un disegno di politica economica e istituzionale, quello di ridurre la portata del c.d. "socialismo municipale", attraverso la prospettazione di vantaggi (in termini di evitati svantaggi) derivanti dalla scelta della (parziale) privatizzazione. La caducazione della norma transitoria susseguente all'abrogazione referendaria dell'art. 23-bis, pertanto, determina semplicemente il venir meno delle basi normative di tale strategia, ma non è certo idonea a rimettere in questione gli assetti oggi esistenti. Gli affidamenti già assentiti, dunque, rimarranno in vigore per tutta la durata originariamente prevista a prescindere dalla composizione del capitale sociale dei soggetti beneficiari. Il discorso vale in particolare per gli affidamenti rilasciati entro il 1° ottobre 2003 nei confronti di società quotate in borsa, o da queste partecipate, già espressamente esclusi dalla cessazione automatica anticipata dalla l. n. 350/2003.

Rimane naturalmente da verificare se e in che misura gli affidamenti rilasciati sulla base di precedenti assetti legislativi possano considerarsi conformi ai principi del diritto comunitario. Si tratta, peraltro, di una questione che potrà eventualmente costituire oggetto di esame e di eventuale procedura d'infrazione soltanto in sede comunitaria, fermo restando che ogni odierna contestazione difficilmente potrebbe passare indenne il vaglio dei giudici europei, almeno nei casi in cui, per il decorso del tempo, si sia consolidato il legittimo affidamento dei gestori in ordine alla piena conformità al diritto comunitario dell'attività svolta e del relativo titolo giuridico. Potranno invece riprendere il loro corso eventuali procedure di infrazione comunitaria sospese o archiviate proprio sulla base del più rigoroso e severo intervento del legislatore nazionale nel 2008 e nel 2009. Gli enti locali, a loro volta, potranno procedere in autotutela soltanto nei casi in cui la gestione *in house* con capitali e apporti integralmente pubblici non risponda ai requisiti in materia di prevalenza dell'attività e controllo analogo fissati dalla

giurisprudenza comunitaria, non venendo in questione, in tali casi, alcun problema di tutela del legittimo affidamento privato.

Per completezza di discorso, infine, si deve precisare che in nessun modo dall'accoglimento dei quesiti referendari è possibile trarre indicazioni prescrittive in ordine a un ipotetico ritorno a forme di gestione integralmente pubblica dei servizi idrici. Come osservato dalla Corte costituzionale, infatti, l'obiettivo dei sottoscrittori del referendum va desunto esclusivamente dalla finalità «incorporata nel quesito», cioè dalla «finalità obiettivamente ricavabile in base alla sua formulazione ed all'incidenza del referendum sul quadro normativo di riferimento». Come evidenziato in precedenza, il quadro normativo risultante dall'accoglimento del quesito referendario in nessun modo opera nel senso di impedire *pro futuro* il rilascio degli affidamenti a società miste o a soggetti privati, né tanto meno impone o legittima la revoca degli affidamenti già assegnati agli stessi.

Il quesito referendario che mirava a escludere in radice la possibilità di affidare a soggetti terzi la gestione dei servizi idrici, d'altra parte, è stato considerato inammissibile dalla Corte costituzionale. Ci si riferisce in particolare al quesito che, intervenendo sull'art. 150 del Codice dell'ambiente, mirava ad affermare il principio della necessaria «titolarità delle partecipazioni pubbliche in capo agli enti locali compresi nell'ambito territoriale ottimale». La Corte, tuttavia, con la sentenza n. 25/2011, ha affermato che «il quesito in esame si rivela inidoneo e non coerente (con conseguente difetto di chiarezza) rispetto al fine, che l'iniziativa referendaria si propone, di rendere inapplicabile al servizio idrico integrato la disciplina delle modalità di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica».

5. La disciplina tariffaria del servizio idrico integrato

Il secondo quesito referendario accolto riguardava i criteri di determinazione della tariffa del servizio idrico integrato fissati dall'art. 154, comma 1 (Tariffa del servizio idrico integrato) del Decreto Legislativo n. 152 del 3 aprile 2006 recante "Norme in materia ambientale", con particolare riferimento al criterio "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito".

L'abrogazione referendaria, dunque, interviene sulla norma che statuisce la natura di corrispettivo di detta tariffa e reca un elenco di criteri – tra i quali figurava l'abrogata remunerazione del capitale investito – destinati a informare il decreto del Ministero dell'Ambiente e

della Tutela del territorio e del Mare (la cui adozione è prescritta dal successivo comma 2) che dovrà definire "le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua".

Si noti, peraltro, che il previsto decreto ministeriale attuativo dell'articolo 154 cit. non è stato ancora adottato, con la conseguenza che, fino ad oggi, ha continuato a trovare applicazione, secondo quanto previsto dalla norma transitoria dettata dall'art. 170, il decreto ministeriale 1° agosto 1996, recante il "Metodo normalizzato per la definizione delle componenti di costo e la determinazione della tariffa di riferimento del servizio idrico integrato" (c.d. metodo normalizzato). Tale provvedimento, emanato in attuazione della normativa-quadro all'epoca vigente, prevede espressamente che la tariffa di riferimento del servizio idrico integrato sia costituita, tra le altre componenti, dalla "remunerazione del capitale investito". Il metodo normalizzato, pertanto, negli ultimi quindici anni, è stato utilizzato dalle Autorità d'ambito per determinare i corrispettivi concretamente applicati all'utenza dai gestori del servizio.

La valutazione dell'effettivo impatto dell'abrogazione referendaria, peraltro, è resa più complessa dalla modifica della disciplina della materia intanto recata dal d.l. n. 70/2011, senza che su di essa venisse trasferito il quesito referendario. Il decreto legge, infatti, ha istituito l'Agenzia di vigilanza sulle risorse idriche, ridefinendo competenze e modalità di determinazione del servizio idrico integrato.

In base alla nuova disciplina, l'Agenzia «definisce, tenuto conto della necessità di recuperare i costi ambientali anche secondo il principio "chi inquina paga", le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativa ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua».

L'Agenzia, pertanto, «predispone il metodo tariffario per la determinazione, con riguardo a ciascuna delle quote in cui tale corrispettivo si articola, della tariffa del servizio idrico integrato, sulla base della valutazione dei costi e dei benefici dell'utilizzo delle risorse idriche e tenendo conto, in conformità ai principi sanciti dalla normativa comunitaria, sia del costo finanziario della fornitura del servizio che dei relativi costi ambientali e delle risorse, affinché sia pienamente realizzato il principio del recupero dei costi ed il principio "chi inquina paga"».

Quindi, l'Agenzia fissa «le relative modalità di revisione periodica, vigilando sull'applicazione delle tariffe, e, nel caso di inutile decorso dei termini previsti dalla legge per l'adozione degli atti di definizione della

tariffa da parte delle autorità al riguardo competenti, come individuate dalla legislazione regionale in conformità a linee guida approvate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare previa intesa con la Conferenza unificata, provvede nell'esercizio del potere sostitutivo». Infine, l'Agenzia «approva le tariffe predisposte dalle autorità competenti».

6. La conformazione del potere amministrativo di regolazione tariffaria

Per meglio comprendere gli effetti derivanti dall'accoglimento del quesito referendario in questione bisogna muovere dall'assunto che il frammento normativo oggetto dell'abrogazione referendaria attiene alla regolazione del potere amministrativo di determinazione della tariffa. Destinataria del precetto è dunque la pubblica amministrazione, sia a livello centrale sia a livello locale. A monte, ai sensi dell'art. 154, co. 2, del Codice dell'ambiente, il Ministro dell'ambiente è chiamato a definire con decreto le componenti di costo per la determinazione della tariffa relativi ai servizi idrici per i vari settori di impiego dell'acqua. A valle, l'Autorità d'ambito determina la tariffa base, nell'osservanza di quanto stabilito dal decreto ministeriale in questione. Soltanto una volta completato tale procedimento, «la tariffa è applicata dai soggetti gestori, nel rispetto della Convenzione e del relativo disciplinare».

L'abrogazione referendaria, peraltro, è destinata a incidere direttamente sull'esercizio di un potere amministrativo, quello di determinazione della tariffa idrica, di cui nel frattempo sono mutati sia la competenza sia i criteri regolatori. Spetta, infatti, alla nuova Agenzia e non più al Ministro procedere tempestivamente alla determinazione della tariffa di riferimento in applicazione dei criteri dettati dal Codice dell'ambiente e dal d.l. n. 70/2011 e relativa legge di conversione, nel contempo espungendo la voce relativa al criterio dell'adeguata remunerazione del capitale investito oggetto del quesito referendario.

Dall'approvazione del quesito referendario, dunque, discende un preciso obbligo in capo alla nuova Agenzia a procedere tempestivamente alla determinazione della nuova disciplina tariffaria. Ogni ingiustificato ritardo in tal senso costituirebbe una illegittima violazione del mandato derivante dall'affermazione in sede referendaria della volontà popolare (anche se allo stato la giurisprudenza non ritiene il Comitato promotore legittimato a proporre ricorso per il mancato adeguamento legislativo e amministrativo all'esito referendario). L'Agenzia, in caso di ingiustificato

ritardo o inazione, peraltro, potrebbe essere esposta ad un'azione collettiva da parte dei consumatori e degli utenti che lamentino la lesione della propria sfera patrimoniale a causa della mancata revisione della disciplina tariffaria in conformità all'esito referendario.

7. Effetti nei rapporti convenzionali tra autorità affidante e gestore

In attesa della nuova regolazione tariffaria da parte dell'Agenzia ci si può chiedere se l'abrogazione referendaria, una volta dichiarata con d.P.R. ed entrata in vigore, possa intanto condurre all'automatica caducazione *ex nunc* della voce costituita dall'adeguata remunerazione del capitale investito nell'ambito delle singole tariffe determinate dalle Autorità d'ambito e applicate dai gestori.

Un argomento in tal senso potrebbe derivare dal fatto che, nella disciplina della tariffa di riferimento contenuta nell'art. 1 del citato d.m. 1° agosto 1996, la componente per la remunerazione del capitale investito costituisce semplicemente uno degli addendi della formula matematica ivi riportata. Il risultato di tale formula, pertanto, potrebbe essere ricalcolato automaticamente, semplicemente espungendo l'addendo cancellato a seguito della consultazione tariffaria. Le Autorità d'ambito, quindi, potrebbero limitarsi a prendere atto della modifica così intervenuta e procedere, attraverso una semplice sottrazione della voce oggetto del quesito referendario, alla rideterminazione delle singole formule tariffarie che i gestori dovranno poi applicare all'utenza finale.

Nei confronti di tale opzione, peraltro, è possibile muovere tre ordini di obiezioni.

In primo luogo, la formula tariffaria chirurgicamente amputata risulterebbe a quel punto in contrasto sia con la disciplina nazionale (come fissata dal T.u.e.l., dal Codice dell'ambiente e dal d.l. n. 70/2011) sia con la disciplina comunitaria di cui alla direttiva quadro sulle acque n. 2000/60/CE. Quanto alla disciplina nazionale va rammentato che, con riferimento a tutti i servizi pubblici locali, l'art. 117 del T.u.e.l., stabilisce il principio generale in base al quale tra i criteri di calcolo della tariffa figura, oltre a quello dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerente con le prevalenti condizioni di mercato, anche quello della «integrale copertura dei costi, ivi compresi gli oneri di ammortamento tecnico-finanziario». A sua volta, l'art. 154, co. 1, del Codice dell'ambiente, nella parte non oggetto di quesito referendario, stabilisce che la determinazione tariffaria deve comunque assicurare «la

copertura integrale dei costi di investimento». Infine, la nuova disciplina della potestà tariffaria dell'Agenzia dispone che essa debba garantire la piena copertura del «costo finanziario della fornitura del servizio» (co. 11, lett. d). La disciplina comunitaria, a sua volta, obbliga gli Stati a osservare il principio del «recupero dei costi dei servizi idrici, compresi quelli ambientali e delle risorse» (considerando n. 38 e art. 9).

In secondo luogo, bisogna considerare che la fissazione della tariffa a livello locale è funzionalmente vincolata, ai sensi del co. 4 dell'art. 154 del Codice dell'ambiente, alla predisposizione del piano economico-finanziario, che costituisce parte integrante della pianificazione d'ambito regolata dall'art. 149. Ciò significa che tariffa e investimenti "simul stabunt, simul cadent".

In terzo luogo, in conformità al principio "tempus regit actum", tutti gli investimenti già effettuati dal gestore, anche laddove le opere non siano completate, dovranno continuare a essere coperti e remunerati in base alla tariffa a suo tempo fissata dall'Autorità d'ambito, fino al completamento di tali opere e al relativo ammortamento, a tutela non solo dell'interesse economico-finanziario del gestore, ma anche dell'interesse pubblico. Discorso diverso potrebbe valere per gli investimenti soltanto programmati, ma non ancora avviati, che, pertanto, potrebbero essere regolati dalla nuova disciplina tariffaria.

Ulteriori e più specifiche regole di comportamento a carico dell'Autorità ambito e del gestore possono derivare da disposizioni e clausole contenute nelle singole convenzioni. Queste di norma prevedono una procedura ordinaria di revisione tariffaria e una procedura speciale, legata alla eventuale revisione del piano d'ambito. L'abrogazione referendaria e la conseguente revisione del metodo normalizzato, tuttavia, costituiscono una causa straordinaria di revisione della tariffa (e del piano d'ambito), cui si dovrà procedere anche durante la normale vigenza della tariffa previamente determinata, senza dunque aspettare il decorso del termine (di norma un triennio) previsto per le modifiche ordinarie.

In quest'ultima prospettiva, secondo alcune convenzioni, incombe sul gestore l'onere di notificare all'Autorità d'ambito il verificarsi dell'evento che costituisce causa di revisione straordinaria. Tale evento, secondo le previsioni convenzionali, può essere costituito sia dall'introduzione di nuove disposizioni legislative e regolamentari, sia da variazioni del metodo normalizzato disposto dalle autorità competenti.

Nel caso in esame, pertanto, si può ipotizzare che il gestore provveda a notificare all'Autorità d'ambito la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto del Presidente della Repubblica con cui viene dichiarata l'avvenuta abrogazione della disposizione sottoposta a quesito referendario. Dal d.P.R., tuttavia, per le ragioni sopra evidenziate, non discende ancora alcun obbligo di provvedere a carico dell'Autorità d'ambito, posto che quest'ultima dovrà comunque attendere la definizione della nuova tariffa di riferimento da parte dell'Agenzia.

In questa fase, peraltro, Autorità d'ambito e gestore potranno congiuntamente valutare e concordare l'opportunità di sospendere temporaneamente la realizzazione di nuovi investimenti, in tutti i casi in cui le opere da realizzare non siano indifferibili e urgenti. Tale decisione, ove non risulti pregiudizievole per il pubblico interesse, consentirebbe la più ampia applicazione del nuovo metodo tariffario che nel frattempo sarà fissato dall'Agenzia in conformità all'esito della consultazione referendaria e della nuova disciplina regolatrice della materia.

Una volta intervenuta la nuova determinazione tariffaria dell'Agenzia, quindi, l'Autorità d'ambito dovrà procedere alla variazione straordinaria della tariffa, la quale, secondo gli accordi convenzionali, potrà eventualmente determinare anche la contestuale variazione del piano d'ambito.

X 8. Effetti nei rapporti contrattuali tra gestore e utenti

Dal discorso sin qui svolto emerge che, in assenza della revisione della disciplina tariffaria disposta a monte dall'Agenzia nazionale e a valle dall'Autorità d'ambito, nessun obbligo o responsabilità possono essere imputati al gestore del servizio idrico integrato. Questi, pertanto, dovrà continuare a emettere fattura nei confronti dei singoli clienti applicando, come previsto dal Codice dell'ambiente, la disciplina tariffaria vigente, così come fissata dall'autorità pubblica competente.

In base alla convenzione stipulata con l'Autorità d'ambito o alla carta dei servizi unilateralmente adottata, tuttavia, di norma «il gestore dovrà informare l'utenza delle variazioni tariffarie, in maniera chiara e tempestiva» (così, a titolo meramente esemplificativo, art. 12, co. 9, della Convenzione stipulata con l'Ato Roma 2). In questa prospettiva, nel caso in esame, il gestore potrà informare gli utenti, nella prima bolletta utile, dell'avvenuta pubblicazione in Gazzetta ufficiale del d.P.R. che dichiara l'abrogazione di parte della disciplina regolatrice della materia tariffaria. Contestualmente, il gestore potrà comunicare agli utenti che

L'applicazione della nuova tariffa da parte del gestore sarà subordinata, come previsto dalla normativa vigente, al perfezionamento della procedura amministrativa di rideterminazione del metodo tariffario a livello nazionale e della sua conseguente applicazione a livello locale da parte dell'Autorità d'ambito.

Una volta effettuata la rideterminazione della disciplina tariffaria da parte delle autorità competenti a livello nazionale e locale, quindi, il gestore procederà all'applicazione della nuova tariffa quale corrispettivo del servizio prestato, in conformità alla mutata legislazione in materia così come risultante (anche) dall'approvazione del quesito referendario n. 2.

9. Conclusioni

Dall'analisi sin qui svolta possono in sintesi trarsi le seguenti conclusioni:

- a) l'abrogazione referendaria delle norme in materia di servizi pubblici locali di cui ai quesiti nn. 1 e 2 avrà effetto a decorrere dal giorno successivo a quello della pubblicazione del decreto del Presidente della Repubblica nella Gazzetta ufficiale, ovvero, su proposta del Ministro interessato, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, entro sessanta giorni dalla data della pubblicazione del decreto stesso;
- b) l'abrogazione referendaria opera *ex nunc* e non determina alcuna reviviscenza delle norme abrogate dalle disposizioni sottoposte con esito positivo a quesito referendario;
- c) conformemente ai principi del diritto comunitario regolatori della materia, l'affidamento dei servizi pubblici locali a soggetti terzi, siano essi a partecipazione integralmente privata o mista, rimane perfettamente ammissibile e dovrà avvenire nel rispetto di criteri di gara aperti, trasparenti e non discriminatori;
- d) gli affidamenti rilasciati in base alle normative previgenti, con i relativi contratti di servizio e convenzioni, in base al principio *tempus regit actum*, mantengono intatta la loro originaria validità ed efficacia;
- e) la tariffa del servizio idrico integrato, fissata in conformità alla disciplina dettata dal c.d. metodo normalizzato adottato con d.m. 1° agosto 1996, rimane in vigore fino alla nuova regolamentazione tariffaria da parte dell'Agenzia nazionale, che

sarà adottata in conformità ai criteri previsti dall'art. 154 del Codice dell'ambiente, così come eliso dall'esito referendario, e dal d.l. n. 70/2011;

- f) gli investimenti effettuati dal gestore del servizio idrico integrato, anche laddove le opere non siano completate, dovranno continuare a essere coperti e remunerati in base alla tariffa a suo tempo fissata dall'Autorità d'ambito, fino al completamento di tali opere e al relativo ammortamento;
- g) a seguito della rideterminazione del metodo tariffario da parte dell'Agenzia nazionale per i servizi idrici, e della sua conseguente attuazione a livello locale da parte dell'Autorità d'ambito, il gestore procederà all'applicazione della nuova tariffa nei confronti dei propri clienti.

Roma, 24 giugno 2011

Prof. Avv. Giulio Napolitano

