

## L'inganno referendario

### Perché i quesiti sull'acqua cambiano poco ma peggiorano tutto

Serena Sileoni e Carlo Stagnaro

Che aspetto avrà il settore idrico il 13 giugno 2011 dopo la chiusura dei seggi, nell'ipotesi che i due quesiti referendari a esso riferiti abbiano raggiunto il quorum e che i sì abbiano prevalso?

Partiamo dall'articolo 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008 n.112, oggetto del quesito. Concentriamoci, a questo proposito, sugli effetti sul solo settore dell'acqua, anche se una situazione simile si presenterebbe anche in altri comparti, quali il trasporto pubblico locale o la gestione dei rifiuti. Cosa cambia, in virtù del pronunciamento popolare?

#### Gara che esce dalla porta, rientra dalla finestra

La questione è, giuridicamente parlando, piuttosto complessa, e questo paper potrà apparire pedante e cavilloso come solo le questioni di diritto sanno essere. Ma vale la pena compiere uno sforzo di concentrazione, per capire quanto rischia di essere dispendiosamente inutile tutto questo baccano referendario.

Un primo aiuto per capire quale sarà quella che, con linguaggio tecnico, si definisce normativa di risulta lo offre la Corte costituzionale. Nella sentenza che ha ammesso il referendum sull'art. 23 bis, la Corte si è chiesta, come d'abitudine, se l'eventuale disciplina risultante dal referendum comportasse un significativo inadempimento di specifici ed inderogabili obblighi internazionali, comunitari o, comunque, direttamente imposti dalla Costituzione.

Secondo la Corte, dall'abrogazione dell'art. 23 bis «conseguirebbe l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria [...] relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica»<sup>1</sup>. Questo perché, come vedremo tra poco, i servizi pubblici locali ricadono nei servizi generali di rilevanza economica che sono assoggettati a una disciplina comune dell'Unione europea.

Secondo i promotori del referendum, invece, l'abrogazione dell'art. 23 bis «comporterebbe uno stop all'obbligo di cedere ai privati la gestione del servizio idrico integrato e contemporaneamente farebbe venire meno l'interesse da parte dei privati a intervenire in questo settore stante l'impossibilità di trarne profitto. Si riaprirebbe nei territori e in tutto il paese la discussione e il confronto sulla rifondazione di un nuovo modello di pubblico, che può definirsi tale solo se costruito sulla democrazia partecipativa, il controllo democratico e la partecipazione diretta dei lavoratori, dei cittadini e delle comunità locali.

<sup>1</sup> Corte cost., n. 24/2011.

#### KEY FINDINGS

- Gli effetti sulla regolazione del servizio idrico conseguenti alla eventuale abrogazione referendaria sono di tre ordini: giuridici, economici e politici.
- Giuridicamente, il referendum avrà effetti molto più modesti rispetto a quelli annunciati dai sostenitori del referendum, poiché la normativa comunitaria impone dei vincoli che impediscono la mera "ripubblicizzazione" dell'acqua.
- Nemmeno l'abrogazione del criterio della remunerazione del capitale investito avrà conseguenze dirette sulla determinazione delle tariffe, a meno di non modificare ulteriori norme che non sono oggetto di quesito referendario.
- A fronte della limitatezza degli effetti del referendum, vi sarà tuttavia un forte impatto politico, le cui conseguenze sul piano fiscale e economico saranno fortemente negative, non solo per gli operatori economici, ma soprattutto per i cittadini/utenti del servizio idrico.

*Serena Sileoni è Fellow dell'Istituto Bruno Leoni.*

*Carlo Stagnaro è Direttore Ricerche e Studi dell'Istituto Bruno Leoni.*

Verrebbero di conseguenza poste le premesse per l'approvazione della legge d'iniziativa popolare, già consegnata al Parlamento nel 2007 dal Forum italiano dei movimenti per l'acqua, corredata da oltre 400.000 firme di cittadini, la quale tende alla completa ripubblicizzazione dell'acqua potabile in Italia».<sup>2</sup>

Al di là dei toni naïf sulla partecipazione diretta dei lavoratori e dei cittadini, il proposito dei sostenitori del referendum è quello di tornare alla situazione originaria dei servizi pubblici, in cui “pubblico” stava ad indicare il soggetto che gestiva il servizio, in regime evidentemente monopolistico.

È questo un ritorno al passato giuridicamente possibile?

Parrebbe di no, perché, come ha chiarito la Corte, dall'esito abrogativo discenderebbe comunque l'applicazione della normativa comunitaria che, negli anni, ha richiesto il contemperamento tra la garanzia di servizio universale nell'erogazione dei servizi pubblici e la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore, anche in materia di servizi pubblici, in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

Prima di analizzare cosa richiede l'Unione europea, è forse necessaria una premessa sul rapporto tra regole europee e regole nazionali.

In estrema sintesi, l'integrazione europea ha comportato in maniera sempre più stringente che gli Stati membri riconoscano la prevalenza del diritto europeo nelle materie di sua competenza, anche laddove queste materie siano concorrenti con quelle nazionali. In sostanza, in caso di conflitto tra quanto prevede una norma europea e quanto prevede una norma nazionale, si dà preferenza alla prima.

Cosa impone, dunque, la normativa comunitaria, tanto da far ritenere che questo referendum sia stato un inutile spreco di denaro pubblico?

Partendo dai trattati, gli articoli 16 e 86 del Trattato che istituisce la Comunità europea riconosce che: 1) «in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere i loro compiti»; 2) «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità» (v. ora artt. 14 e 106 TFUE). A queste disposizioni, si deve aggiungere il protocollo n. 26 al Trattato sull'Unione europea entrato in vigore da quasi due anni e dedicato proprio ai servizi di interesse generale.

Come emerge dalle disposizioni citate, il diritto europeo non conosce la nozione di “servizio pubblico”, quanto piuttosto quella di “servizio di interesse generale”.

Con tale locuzione, le istituzioni comunitarie intendono quell'insieme di situazioni giuridiche che devono essere garantite sia dagli operatori non economici che da quelli

<sup>2</sup> Così si legge nel sito del Comitato del Forum italiano dei movimenti per l'acqua: [http://www.acquabenecomune.org/raccoltafirme/index.php?option=com\\_content&view=articleid=365:perche-un-referendum&catid=34:quesiti&Itemid=53](http://www.acquabenecomune.org/raccoltafirme/index.php?option=com_content&view=articleid=365:perche-un-referendum&catid=34:quesiti&Itemid=53).

operanti nel mercato, entrambi tenuti ad assicurare l'accesso agli utenti al servizio in conformità ai principi di non discriminazione e di libertà di circolazione.<sup>3</sup>

Poiché nell'ordinamento italiano i servizi pubblici sono quelle attività che soddisfano i bisogni fondamentali dei cittadini, il cui accesso non deve dipendere dal reddito e dalle ricchezze individuali, è evidente come sia possibile accostare la definizione domestica di servizi pubblici a quella europea di servizi di interesse generale. Ciò riguarda anche i servizi pubblici locali, come riconosciuto peraltro dalla Corte costituzionale: «emerge con chiarezza che la nozione comunitaria di SIEG [servizio di interesse economico generale], ove limitata all'ambito locale, e quella interna di SPL [servizio pubblico locale] di rilevanza economica hanno “contenuto omologo”, come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 272 del 2004».<sup>4</sup>

Compreso, dunque, che la disciplina dei servizi pubblici deve essere coerente con le regole comunitarie sui servizi di interesse generale, esaminiamo meglio cosa essi siano e cosa preveda il diritto europeo.

I servizi di interesse generale si dividono in due categorie: quelli di *interesse economico* e quelli *non di interesse economico*.

In realtà, le norme di diritto europeo originario (potremmo dire, le norme “costituzionali” dell'Unione europea) conoscono, come si è appena visto, solo la nozione di servizio di interesse economico generale, anche se la prassi e l'evoluzione del diritto comunitario hanno affiancato a tale concetto quello di servizio non economico di interesse generale, che compare per la prima volta, senza essere definito né disciplinato, nella direttiva 2006/123/CE, la cd. direttiva Bolkenstein [art. 2, par. 2, a)].

La distinzione tra gli uni e gli altri dipende dalla presenza o meno del requisito dell'*economicità*, intendendosi per economica quell'attività che consiste nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato (cfr. Corte di giustizia CE, 12 settembre 2000, C-180 e 184/98), ovvero quell'attività prestata dietro corrispettivo economico (cfr. direttiva “Bolkenstein”). Sono quindi servizi non economici di interesse generale quelli che si pongono fuori dal mercato.

La distinzione, già poco chiara, risulta ancora meno chiara se si segue il ragionamento della Commissione europea, che, per lasciare liberi gli Stati di organizzare i propri servizi – economici e no – secondo le modalità migliori in base alle caratteristiche specifiche di ogni paese, ha fornito una serie di criteri guida molto incerti per rilevare il requisito dell'*economicità*. Infatti, secondo la Commissione, «l'ambito e l'organizzazione dei SIEG variano notevolmente tra i vari Stati membri a seconda della storia e della cultura dell'intervento pubblico in ogni Stato membro. Esiste quindi una considerevole varietà di SIEG e le disparità possono essere a livello di esigenze e di preferenze degli utenti che dipendono da situazioni geografiche, sociali e culturali differenti. Spetta quindi sostanzialmente alle autorità pubbliche, a livello nazionale, regionale o locale, decidere in merito al carattere e alla portata di un servizio d'interesse generale».<sup>5</sup> Ecco perché, conformemente al principio di sussidiarietà e di proporzionalità, l'UE interviene entro i limiti delle competenze ad essa conferite dal TFUE e nella misura necessaria.

Questa elasticità lasciata agli Stati di decidere se gestire un servizio come di interesse economico o privo di interesse economico non vuol dire, comunque, che gli Stati, a pre-

3 Si vedano *Libro Verde e Libro Bianco sui servizi di interesse generale*, rispettivamente COM(2004) 374 e COM(2003) 270.

4 Corte Cost., n. 325/2010.

5 *Guida relativa all'applicazione ai servizi d'interesse economico generale*, SEC(2010) 1545.

scindere da come hanno organizzato il servizio, sono liberi di ritenerlo appartenente alla prima piuttosto che alla seconda categoria.

Al contrario, è la modalità di organizzazione del servizio, e non semplicemente la formale classificazione del legislatore nazionale, che ricostruisce il servizio come economico o non economico. E i requisiti che l'Unione europea ha enucleato per stabilire quando un servizio sia economico o no (e quindi quando sia assoggettabile alle regole della concorrenza o no) sono assai stringenti.

Si è detto che, per l'UE, i servizi economici di interesse generale si distinguono dagli altri per il requisito della economicità. Ora, secondo la Commissione e la Corte europea di giustizia, qualsiasi prestazione di servizi remunerata deve essere considerata un'attività economica. In particolare, la Corte ritiene che la remunerazione non deve necessariamente essere il corrispettivo al servizio pagato da coloro che ne beneficiano, né dipende dallo status giuridico dell'operatore (che può essere di carattere pubblico o non a scopo di lucro), né dalla natura del servizio (ad esempio, il fatto che una prestazione rientri nel campo della previdenza sociale o della sanità non comporta di per sé l'esclusione dell'applicazione delle disposizioni del trattato). A tal proposito, non si può escludere a priori, ma solo dopo un'analisi caso per caso, che un'attività non sia economica perché sia svolta dai membri di una comunità religiosa o di un'associazione sportiva dilettantistica, o perché si configura come sociale, o perché – come si è detto – il legislatore l'ha qualificata “non economica” o “non commerciale”.

Viceversa, un'attività è non economica, per l'UE, quando è connessa all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri (per esempio esercito e polizia, giustizia, organizzazione penitenziaria) o quando ha un carattere puramente sociale. Il carattere puramente sociale non va confuso con la nozione di servizi sociali di interesse generale, che possono anche essere organizzati secondo il criterio dell'economicità. «In pratica, fatta eccezione per le attività relative all'esercizio dei pubblici poteri, che ai sensi dell'articolo 45 del trattato CE sono escluse dall'applicazione delle regole del mercato interno, ne consegue che la stragrande maggioranza dei servizi può essere considerata “attività economica” ai sensi delle norme del trattato CE in materia di mercato interno (articoli 43 e 49)».<sup>6</sup>

Il metodo di distinzione tra attività economica e no, dunque, è molto empirico, ma tende fortemente ad allargare la categoria dei servizi di rilevanza economica e a restringere quella dei servizi che ne sono privi. E comunque, la Commissione considera come servizi di interesse economico quelli forniti dalle grandi industrie di rete (telecomunicazioni, servizi postali, elettricità, gas, trasporti), la gestione dei rifiuti, il servizio di radiodiffusione e, finalmente, l'approvvigionamento idrico.<sup>7</sup>

La distinzione tra le due categorie è essenziale poiché, a seconda che si tratti di servizio economico o servizio non economico, sono applicabili o meno le regole sulla concorrenza e il divieto di aiuti di Stato. Solo i servizi di interesse economico, infatti, come dice appunto il Trattato, debbono bilanciare il rispetto delle regole di mercato con l'esigenza, connessa al particolare tipo di bene-prodotto, di garantirne il servizio universale (continuità e qualità del servizio, accessibilità delle tariffe, tutela degli utenti e consumatori a prescindere dalla localizzazione geografica e dalle condizioni economiche degli utenti).

<sup>6</sup> Si veda *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni: I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale*, COM(2007) 725.

<sup>7</sup> Si veda *Libro Verde sui servizi di interesse generale*, cit. e *Comunicazione della Commissione sui servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale*, cit.

Ciò non significa che l'Unione imponga una modalità di gestione specifica dei SIEG, ma che gli Stati, nell'organizzarli, devono garantire che non violino le norme in materia di mercato interno e concorrenza, e quindi anche sugli aiuti di Stato, proprio perché la loro attività prevede una remunerazione per la copertura dei costi. In sostanza, i servizi economici di interesse generale rientrano nel mercato europeo, anche se, in considerazione della specifica missione loro affidata, possono beneficiare di deroghe e condizioni particolari di erogazione (concessione di diritti esclusivi o speciali, forme di autorizzazione e controllo, etc.). L'essenziale è che non sia annullato il principio di libera concorrenza, considerando anche che – secondo l'UE – gli «obiettivi di sviluppo di servizi d'interesse economico generale di elevata qualità, accessibili e a prezzi abbordabili, da un lato, e quello del mercato interno aperto e concorrenziale [sono] tra loro compatibili e che dovrebbero essere complementari. L'esperienza acquisita, dimostra che i mercati aperti alla concorrenza contribuiscono a migliorare l'efficienza, l'abbordabilità dei prezzi e la gamma dei servizi offerti».<sup>8</sup> Difatti, «gli iniziali timori che l'apertura del mercato avrebbe avuto un impatto negativo sui livelli di occupazione o sulla fornitura di servizi di interesse economico generale si sono fino ad oggi dimostrati infondati. L'apertura del mercato ha reso i servizi in genere più accessibili. Per i consumatori a basso reddito, ad esempio, la percentuale di entrate personali necessarie per acquistare un numero medio di chiamate telefoniche o un volume standard di consumo elettrico è diminuito nella maggior parte degli Stati membri fra il 1996 e il 2002».<sup>9</sup>

In definitiva, nell'organizzare la fornitura e la gestione dei SIEG, gli Stati sono vincolati agli obblighi di servizio pubblico (servizio universale, continuità, qualità di servizio, accessibilità dei prezzi, protezione degli utenti e dei consumatori) e al tempo stesso alle norme a tutela del mercato interno e della concorrenza.

A questo punto, occorre chiedersi cosa vuol dire concorrenza.

Per dirla con la Corte costituzionale, la concorrenza presuppone «la più ampia apertura al mercato a tutti gli operatori economici del settore in ossequio ai principi comunitari della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi»<sup>10</sup>. Essa pertanto può essere tutelata tramite misure «antitrust», misure dirette a tutelare la concorrenza «nel» mercato e «per» il mercato. Nell'ambito di tali misure e, in particolare di quelle del terzo tipo, «rientra espressamente la previsione di *procedure concorsuali competitive di evidenza pubblica* volte [...] a garantire il rispetto, per un verso, dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di proporzionalità e di trasparenza e, per l'altro, delle regole dell'efficacia e dell'efficienza dell'attività dei pubblici poteri, al fine di assicurare la piena attuazione degli interessi pubblici in relazione al bene o al servizio oggetto dell'aggiudicazione».<sup>11</sup>

Dalla rapida sintesi del quadro europeo, ricaviamo le seguenti conclusioni.

## 1.

Il servizio idrico è un servizio economico di interesse generale, sia perché risponde al requisito dell'economicità, sia perché, come visto, la Commissione espressamente lo definisce tale.

Così conferma, inequivocabilmente, anche la Corte costituzionale: «Con riferimento alla fattispecie in esame, il legislatore statale, in coerenza con la menzionata norma-

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione, cit.

<sup>9</sup> Libro Verde sui servizi di interesse generale, cit.

<sup>10</sup> Corte cost., n. 401 del 2007.

<sup>11</sup> Corte cost., n. 325/2010 (corsivo nostro).

tiva comunitaria e sull'incontestabile presupposto che il servizio idrico integrato si inserisce in uno specifico e peculiare mercato (come riconosciuto da questa Corte con la sentenza n. 246 del 2009), ha correttamente qualificato tale servizio come di rilevanza economica, conseguentemente escludendo ogni potere degli enti infrastatali di pervenire ad una diversa qualificazione». <sup>12</sup> D'altro canto, come abbiamo detto all'inizio, la stessa sentenza che ha deciso dell'ammissibilità del referendum ha ribadito che il servizio idrico rientra tra quelli di rilevanza economica.

Non varrebbe ad asserire il contrario, per quanto abbiamo detto circa l'inutilità di una diversa qualificazione a livello nazionale, che il legislatore italiano all'indomani del referendum definisca il servizio idrico come di interesse *non* economico.

L'opinione della Corte costituzionale, infatti, poggia proprio sul concetto – sopra esaminato – di rilevanza economica, ribadendo che un servizio di interesse generale mantiene questa caratteristica quando: a) il gestore possa immettersi in un mercato ancora non esistente, ma che abbia effettive possibilità di aprirsi e di accogliere, perciò, operatori che agiscano secondo criteri di economicità; b) l'esercizio dell'attività avvenga con metodo economico, nel senso che essa, considerata nella sua globalità, deve essere svolta in vista quantomeno della copertura, in un determinato periodo di tempo, dei costi mediante i ricavi (di qualsiasi natura questi siano, ivi compresi gli eventuali finanziamenti pubblici).

Non basta dunque, insiste la Corte, in armonia con quanto dicono le istituzioni comunitarie, che gli Stati membri o gli enti infrastatali «possano soggettivamente e a loro discrezione decidere circa la sussistenza di tale interesse [economico generale], poiché esso si riferisce alla possibilità di immettere una specifica attività nel mercato corrispondente (reale o potenziale) ed ha, pertanto, natura essenzialmente oggettiva». <sup>13</sup> Vedremo nella seconda parte come l'oggettiva determinazione del servizio idrico sia legata anche a quelle norme sulla remunerazione che non sono oggetto di referendum.

## 2.

In quanto servizio economico di interesse generale, il servizio idrico è sottoposto, comunque, alla disciplina europea, la quale bilancia l'apertura del mercato dei SIEG alla necessità di garantirne un servizio universale.

A tal proposito, bisogna specificare che l'art. 23 bis, oggetto di referendum, pone per certi versi una disciplina pro-concorrenziale più severa, rispetto a quella richiesta dall'Unione europea, benché al tempo stesso, per come formula l'eccezionalità dell'affidamento *in house*, può essere interpretata come una disciplina più blanda di quella comunitaria. Quel che rileva, comunque, è che l'abrogazione dell'art. 23 bis non porterà certo un annullamento dell'assetto concorrenziale del mercato, il quale è obbligo comunitario minimo inderogabile per gli Stati membri. Torneremo, quindi, non a un regime pubblicistico del servizio idrico, ma a un regime concorrenziale regolato da una disciplina comunitaria avente un identico verso rispetto a quella nazionale che si vuole abrogare.

## 3.

Nemmeno le regioni potranno eludere la normativa comunitaria semplicemente qualificando il servizio idrico come servizio non economico di interesse generale.

---

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Ibidem.

Infatti, la Corte costituzionale riconosce che anche i servizi locali possano essere, alla luce del diritto comunitario, sia di rilevanza economica che privi di rilevanza economica. I primi, sottostanno alle regole sulla concorrenza dettate dal legislatore europeo e nazionale, e solo per i secondi può esservi «spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale».<sup>14</sup> Esclusivamente per questa seconda categoria le regioni possono quindi avere un'autonomia politica e legislativa in merito alla definizione e alla gestione del servizio. Quelli a rilevanza economica, al contrario, ricadono secondo una ormai assodata giurisprudenza della Corte costituzionale nella materia di esclusiva competenza statale della tutela della concorrenza.

Dunque, il fatto che i servizi locali di rilevanza economica rientrino nella tutela della concorrenza e che quelli idrici siano qualificabili come servizi di rilevanza economica, porta la Corte a concludere che «secondo la giurisprudenza di questa Corte, le regole che concernono l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica – ivi compreso il servizio idrico – ineriscono essenzialmente alla materia “tutela della concorrenza”, di competenza esclusiva statale, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost.»<sup>15</sup> con la conseguente inibizione per le regioni a derogare a detta disciplina.

Inutilmente, dunque, le regioni possono affrettarsi a stilare disegni di leggi che dichiarino che l'acqua è un «bene comune di proprietà collettiva»<sup>16</sup> o che «il servizio idrico integrato in quanto d'interesse generale riconducibile ai diritti fondamentali della persona non rientra tra i servizi pubblici locali a rilevanza economica»,<sup>17</sup> cercando di operare una evidente pressione politica attraverso strumenti che né l'ordinamento nazionale né l'ordinamento comunitario consentono loro.

### La remunerazione del capitale investito: se non in tariffa, dove?

Questo dato di fatto deve fare i conti col secondo quesito referendario, teso a modificare il Codice dell'ambiente del 2006, al comma 1, art. 154, limitatamente alla previsione che la tariffa per il servizio idrico integrato, nella sua determinazione, tenga conto, tra l'altro, «dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito».

La tesi che sosterremo è che la vittoria dei sì non abbia, di per sé, conseguenza diretta né sulle tariffe in essere, né su quelle future, a meno che essa non determini un cambiamento delle norme o delle prassi regolatorie in un modo che, tuttavia, va ben al di là della portata del quesito stesso. Per arrivare a questa conclusione, è utile anzitutto fissare un principio che non ci pare venga intaccato dalla lettera del quesito, che non è chiamato in causa dalla Corte costituzionale nel momento in cui valuta il quesito come ammissibile, e che gli stessi promotori del referendum non hanno mai esplicitamente

<sup>14</sup> Corte cost., n. 272/2004.

<sup>15</sup> Corte cost., n. 325/2010. Cfr. sentt. n. 272/2004 e 307/2009.

<sup>16</sup> Disegno di legge pugliese su *Governo e gestione del servizio idrico integrato* proposto dalla giunta regionale il 5 febbraio 2010 e in esame in Consiglio, atto n. 390.

<sup>17</sup> Art. 40, legge regionale delle Marche n. 16/2010 di assestamento del bilancio, come modificato dall'art. 35 della legge n. 20/2010. È interessante peraltro notare che questo articolo è stato aggiunto a distanza di poco più di un mese dalla sentenza della Corte costituzionale n. 325/2010 che, come si è visto, è stata chiara nel qualificare il servizio idrico come servizio pubblico di natura economica e, in quanto tale, sottratto alla legislazione regionale. Due le ipotesi: o si tratta di una coincidenza temporale, che dimostra che la regione non ha avuto il tempo di esaminare la pronuncia della Consulta, o che si tratta di un tentativo di forzatura politica rispetto a una decisione giurisdizionale. Che si tratti di una pressione politica che parte dagli enti territoriali, lo dimostra la decisione del consiglio comunale di Venezia, ente territoriale privo di potestà legislativa, di modificare il proprio statuto con delibera n. 14 del 18 gennaio 2010, aggiungendo l'art. 2 bis secondo cui l'acqua è un bene comune pubblico.

contestato: che la gestione del servizio idrico debba rispettare il vincolo dell'equilibrio finanziario. In altre parole, le modalità di determinazione della tariffa, ovvero le fonti attraverso cui il gestore (pubblico o privato) attinge per finanziare le sue attività, non possono pregiudicare la sua possibilità di coprire integralmente i costi (inclusi i costi operativi, quelli relativi agli investimenti, gli oneri finanziari, ecc.). Del resto, sostenere altrimenti equivarrebbe ad autorizzare implicitamente il gestore dei servizi idrici a venire meno ad almeno alcuni fra i suoi obblighi finanziari: verso i fornitori, i dipendenti, l'amministrazione fiscale, gli istituti di credito, eccetera. Ciò è logicamente e giuridicamente impossibile. In parole più semplici, il gestore dei servizi idrici dovrà in ogni caso raggiungere (almeno) il pareggio di bilancio. Può cambiare il mix di strumenti per raggiungere tale obiettivo, ma esso non può essere messo in dubbio.

Poiché l'obbligo di equilibrio economico-finanziario non può venire meno, la domanda *implicitamente* posta dal quesito referendario è in quale modo i costi debbano essere coperti. Esistono, in via di principio, quattro strumenti: 1) ribaltare tutti i costi in tariffa; 2) finanziare gli investimenti e/o i costi operativi attraverso il prelievo fiscale; 3) finanziare gli investimenti e/o i costi operativi attraverso l'indebitamento dell'esercente il servizio idrico e/o dell'ente pubblico concedente; 4) cancellare gli investimenti e puntare alla sola copertura dei costi operativi. Quest'ultima ipotesi è percorribile solo in parte, poiché almeno alcuni degli investimenti programmati (in particolare relativamente alla potabilizzazione delle acque e alla depurazione dei reflui) sono necessari a perseguire il rispetto della normativa comunitaria in materia di qualità delle acque, la cui sistematica violazione ha già causato l'avvio di una procedura di infrazione.

Quindi, non solo i costi operativi devono essere in qualche modo coperti, ma almeno alcuni degli investimenti pianificati dovranno essere effettuati. A quest'ultimo scopo, occorrerà raccogliere dei capitali. Che essi vengano raccolti sul mercato dei capitali (attraverso emissioni azionarie od obbligazionarie), attraverso prestiti bancari o da parte della Cassa depositi e prestiti, oppure dall'accensione di mutui da parte degli enti concedenti, in ogni caso questi capitali hanno un *costo* – cioè richiedono una remunerazione – che in qualche modo deve essere ripagato. Tale costo può essere ripagato o ribaltandolo in tariffa (come generalmente avviene adesso e come le istituzioni internazionali raccomandano),<sup>18</sup> o attraverso contributi da parte dell'ente concedente (che può ricavare le risorse o dalla leva fiscale o con ulteriore indebitamento). Fatti salvi casi eccezionali, la possibilità di finanziare investimenti e/o il costo dei capitali attraverso l'indebitamento degli enti locali non è praticamente a disposizione, dati i vincoli del Patto di stabilità interno. Nella pratica, dunque, restano due soli strumenti: la tariffa e la fiscalità locale. L'unico modo per non dover remunerare i capitali è raccogliergli a costo zero, cioè raccogliere l'intero capitale (e non solo la sua remunerazione) attraverso la fiscalità locale.

A questo punto, è necessario dissipare un'ambiguità che i promotori del referendum hanno sovente alimentato e che la stessa Corte costituzionale, nel giudicare dell'ammissibilità del quesito, non sembra aver completamente chiarito. La remunerazione del capitale non è la stessa cosa dell'utile o del profitto della società che gestisce il servizio idrico integrato. La remunerazione del capitale è un *costo* che è necessario pagare per ottenere i capitali necessari all'investimento. In senso lato, tale costo viene pagato (ancorché indirettamente) anche quando la fonte del prelievo è il fisco: infatti quei capitali, sottratti al settore privato, hanno un "costo opportunità" pari al rendimento che avrebbero potuto generare se lasciati nelle mani dei proprietari originari, che in generale sarà superiore allo zero (senza contare la "perdita secca" di efficienza, o *deadweight loss*,



implicita nel trasferimento di risorse per via fiscale). Al contrario, i profitti della società dipendono dalla sua capacità da un lato di essere efficiente nella gestione operativa, dall'altro di minimizzare i costi dei fattori produttivi (incluso il capitale). In generale, dunque, si può affermare che, a parità di ricavi, i profitti saranno tanto maggiori quanto maggiore è l'efficienza dell'impresa in questione. Curiosamente, l'insistenza sui profitti da parte dei promotori del referendum appare del tutto controintuitiva: nella "vita reale", chiunque (individuo, società o ente pubblico) debba acquistare un bene o un servizio si preoccupa del *prezzo* e della *qualità* offerta, non dei margini a disposizione del venditore. Un servizio migliore a un costo contenuto è preferibile a uno peggiore per un prezzo esorbitante, anche se il venditore del primo – grazie, per esempio, a una migliore organizzazione dei suoi fattori produttivi – riesce a spuntare margini più generosi. Altra cosa, naturalmente, è l'entità della remunerazione, che il decreto ministeriale 1 agosto 1996 fissa al 7 per cento.

In sostanza, e riassumendo, una prima conclusione a cui siamo pervenuti, è che il costo (o remunerazione) del capitale è pressoché inevitabile, a meno che gli investimenti (o addirittura i costi operativi) non vengano finanziati per via fiscale. Resta, allora, da rispondere a due domande: 1) quale distribuzione dei costi è preferibile, dal punto di vista dell'efficienza economica e della sostenibilità ambientale? 2) l'eventuale vittoria dei sì ai referendum avrà degli effetti, e quali, sul mix di finanziamento degli investimenti?

La risposta a queste domande è strettamente intrecciata, e produce effetti pure sulle conseguenze del primo quesito – in quanto, come vedremo, l'attuale sistema è meglio in grado di attrarre l'interesse dei privati e quindi di dare maggiore sostanza ai principi concorrenziali che il nostro ordinamento deriva, in forma più o meno restrittiva, dal diritto comunitario.

La teoria economica e l'evidenza disponibile suggeriscono che l'imputazione di *tutti* i costi (incluso il costo del capitale) in tariffa è preferibile. Essenzialmente sono tre le ragioni di ciò: 1) il *cash flow* futuro è percepito più sicuro nel caso in cui dipenda dalla tariffa e non sia legato alla fiscalità locale e alle politiche di bilancio degli enti locali, con la conseguente maggiore facilità di finanziare gli investimenti. *A contrario*, il mondo finanziario teme che l'eventuale coinvolgimento delle finanze pubbliche locali possa produrre incertezza e blocco degli investimenti.<sup>19</sup> 2) Da un punto di vista tanto di efficienza economica quanto di sostenibilità ambientale, la piena copertura dei costi tramite la tariffa è coerente col "polluter pays principle", un principio che è riconosciuto e adottato da tutte le norme europee in materia ambientale. Il disallineamento tra i costi privati del consumo e quelli sociali dell'inquinamento potrebbe produrre sovraconsumo e sovra-inquinamento, riducendo il benessere sociale e imponendo costi sociali più alti, o sotto forma di inquinamento non controllato, o sotto forma di maggiori oneri per la depurazione a carico della fiscalità. A questo si aggiunga che potrebbero esservi conseguenze paradossali anche sotto il profilo redistributivo, dato l'alto tasso di evasione fiscale del nostro paese e specialmente delle aree più bisognose di investimenti (il Sud). 3) Come dato di fatto, la Conviri documenta che, a fronte di una media del 56 per cento di investimenti effettivamente realizzati rispetto al totale pianificato, si riscontra una minore scostamento per gli investimenti totalmente finanziati in tariffa (66 per cento) rispetto a quelli assistiti da contributi pubblici (36 per cento).<sup>20</sup>

Posto che vi sono ragioni economiche, giuridiche e di equità per garantire la piena copertura dei costi tramite la tariffa, l'eventuale vittoria dei "sì" al referendum del 12-13

19 Fitch Ratings, *Italian referendum could put water sector investments at risk*, 3 giugno 2011.

20 Conviri, *Relazione annuale al Parlamento sullo stato dei servizi idrici 2009*.

giugno sortirà l'effetto di impedirne la realizzazione e, quindi, di ridurre il benessere sociale? La risposta non può che essere interlocutoria. In generale, però, ci sembra si possa sostenere che a) di per sé il quesito non impedisce la piena copertura dei costi tramite la tariffa; b) di fatto, esso produrrà un indebolimento del principio che, con insufficiente determinazione, è stato perseguito dal 1994; c) ciò potrebbe verificarsi solo in presenza di precise determinazioni politiche e regolatorie, in linea con le richieste dei promotori del referendum, che però avrebbero effetti assai critici sul funzionamento del sistema idrico nei prossimi anni.

Per capire le ragioni della nostra tesi, occorre leggere il testo integrale dell'art. 154, comma 1 del decreto legislativo n. 152 del 3 aprile 2006 (in grassetto le parole che verrebbero eliminate):

ART. 154

(tariffa del servizio idrico integrato)

1. 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, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'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.

Anzitutto, è chiaro che il legislatore non fa un elenco perentorio delle voci di costo che possono riversarsi in tariffa: chiede semplicemente che, nella determinazione della tariffa, "si tenga conto" delle voci qui elencate. La cancellazione di una di esse non implica necessariamente il *divieto* di tenerne comunque conto. Infatti, lo stesso comma richiede «che [attraverso la tariffa] 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"». In sostanza, se per remunerazione del capitale investito si intende quantomeno il costo del capitale (stimato per esempio attraverso il Wacc), esso potrebbe (e, a nostro parere, dovrebbe) integrare la tariffa *anche nel caso di vittoria dei sì*. Detto altrimenti, poiché la legge richiede espressamente che i costi siano coperti integralmente dalla tariffa (la quale, peraltro, può essere formulata con criteri progressivi sia rispetto al consumo, sia rispetto al reddito), e poiché la remunerazione del capitale è (o può essere) un costo di produzione, è possibile che, pur in assenza della sua esplicita menzione, essa venga caricata in tariffa nell'esercizio delle funzioni regolatorie. Altra cosa, come detto, è se il saggio di remunerazione del 7 per cento (decreto ministeriale 1 agosto 1996) sia adeguato. Chi scrive ritiene che non sia corretto adottare un unico tasso, senza riguardo né al tipo di investimenti in questione, né agli scenari macroeconomici (in particolare gli andamenti attesi dell'inflazione), né alla composizione del finanziamento delle opere. In alcuni casi il 7 per cento potrebbe essere *troppo*, in altri *troppo poco*: si tenga conto, per esempio, che gli investimenti nelle infrastrutture energetiche possono essere remunerati fino al 9 per cento, e in circostanze eccezionali addirittura all'11 per cento. Il referendum, tuttavia, non intacca questo aspetto, che dovrebbe necessariamente essere rivisto e ripensato in sede legislativa. Solo a fronte di un'esplicita decisione di *non remunerare* il capitale (o di remunerarlo a un tasso molto basso) il quesito sortirebbe gli effetti che gli vengono attribuiti dai promotori. Effetti che però, come abbiamo visto, sarebbero devastanti dal punto di vista degli investimenti (e della loro effettiva realizzazione).

A questo punto, cosa bisogna aspettarsi? Il problema fondamentale riguarda lo iato che c'è tra la comunicazione referendaria – che ha presentato il voto come un pronunciamento contro gli aumenti tariffari – e l'effetto formale e sostanziale del quesito, anche in caso di vittoria. La nostra tesi è che, da un punto di vista meramente tecnico, esso potrebbe non produrre alcun cambiamento. Il cambiamento sarebbe di natura politica o nell'atteggiamento dei regolatori, ma – per le ragioni dette – quanto più esso fosse coerente con le indubie “intenzioni” dei promotori e dei votanti, tanto più avrebbe conseguenze negative di natura ambientale, redistributiva e sulle prospettive degli investimenti futuri. Infatti, quanto più esso venisse letto come un invito a trasferire voci di costo dalla tariffa alla fiscalità (come chiedono i referendari), seppure in palese violazione della lettera e dello spirito dello stesso art. 154, tanto più i costi del consumo idrico non sarebbero pienamente internalizzati dal consumatore, le prospettive degli investimenti si sgretolerebbero, la discrezionalità degli uomini politici nella scelta non solo degli investimenti ma anche della loro remunerazione aumenterebbe. Inoltre, un secondo, più concreto (dal punto di vista finanziario) ma più sfuggente (dal punto di vista giuridico), effetto sarebbe quello di aumentare il rischio regolatorio percepito. Questo sì scaccerebbe i privati dall'acqua – ma al prezzo di creare enormi difficoltà anche alla maggioranza di gestori pubblici (il 97 per cento, secondo la Convi, degli affidamenti interessano soggetti pubblici o misti). Un aumento del rischio percepito si tradurrebbe, per paradosso, nella richiesta di interessi maggiori sui mutui, e quindi renderebbe ancor più difficile (o più costoso) il finanziamento degli investimenti pur sempre necessari.

L'effetto diretto e indiretto del referendum, dunque, sarebbe tanto maggiore quanto più il legislatore intervenisse, in caso di vittoria dei sì e di raggiungimento del quorum, in coerenza col “messaggio” referendario e con lo “spirito” della consultazione. Esso sarebbe senza dubbio quello di rendere il settore meno appetibile per i privati, ma il conseguente rafforzamento dei gestori pubblici (specialmente quelli interamente pubblici) sarebbe più l'effetto di una fuga che quello di una effettiva preferenza di legge, e nulla avrebbe a che fare con la maggiore o minore efficienza o capacità di gestire i servizi idrici. Anzi: proprio l'efficienza nella gestione (e gli strumenti per incrementarla) è il convitato di pietra al referendum.

## Conclusioni

Proviamo, in conclusione, a dare una sintetica risposta alla domanda iniziale: quali cambiamenti produrrà un esito positivo del referendum?

Le prospettive da cui rispondere sono due.

Dal punto di vista del diritto, non si potrà tornare, come sembrano volere i sostenitori del sì, a una ripubblicizzazione del settore idrico. Molto più relativamente, si dovranno riformulare le regole con cui l'ordinamento italiano disciplina una materia che ricade necessariamente in un mercato europeo dove vige il principio di libera concorrenza, applicandosi nel frattempo la 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».<sup>21</sup>

Gli effetti reali del referendum saranno dunque molto più modesti rispetto agli effetti percepiti. Il motivo per cui gli elettori sono stati spinti in questa campagna referendaria a votare per il sì non potrà, molto semplicemente, essere raggiunto. A nulla vale che si cerchi di esercitare una pressione politica tramite un istituto – quale il referendum

<sup>21</sup> Così ha ammonito la Corte costituzionale nel giudizio di ammissibilità di questo referendum, sent. n. 24/2011.

abrogativo – che nel nostro ordinamento non può avere una finalità consultiva o di indirizzo. Non incide, cioè, sulle intenzioni o sugli orientamenti politici, ma incide sulle disposizioni di legge, provocando effetti che possono essere diversi rispetto alle intenzioni dichiarate. Non è una differenza da poco o un ragionamento cavilloso che interessa solo i giuristi: la Corte costituzionale in continuazione, anche in occasione di queste consultazioni referendarie, ricorda che «l'intento dei sottoscrittori del referendum va desunto non dalle dichiarazioni eventualmente rese dai promotori (dichiarazioni, oltretutto, aventi spesso un contenuto diverso in sede di campagna per la raccolta delle sottoscrizioni, rispetto a quello delle difese scritte od orali espresse in sede di giudizio di ammissibilità), ma 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. Sono dunque irrilevanti, o comunque non decisive, le eventuali dichiarazioni rese dai promotori (*ex plurimis*, sentenze n. 16 e n. 15 del 2008, n. 37 del 2000, n. 17 del 1997)».<sup>22</sup>

Cionondimeno, il ridotto impatto “tecnico” dei quesiti deve però fare i conti con la loro ampia portata politica e regolatoria, che a sua volta si traduce negli orientamenti del mercato finanziario e degli operatori privati del settore. Da questa seconda prospettiva, la portata del referendum sarebbe davvero importante e produrrebbe effetti grandemente negativi.

Anzitutto, riducendo la pressione ad adottare criteri stringenti nelle gare, ne farebbe strumenti di selezione relativamente meno adeguati. In combinato disposto con la più difficile finanziabilità degli investimenti – perché la remunerazione del capitale sarebbe lasciata alla volubilità dei comuni anziché alla relativa certezza delle tariffe – agirebbe da disincentivo verso gli attori più strutturati, con la conseguente perdita di efficienza. Di converso, questo renderebbe meno forti le pressioni verso l'efficienza nella struttura dei costi, che altrimenti potrebbero sortire effetti positivi di disciplina finanziaria sugli stessi gestori pubblici.

In conclusione, l'effetto dei referendum non sarebbe – di per sé – la ripubblicizzazione del comparto, ma l'erosione della credibilità delle gare e la maggiore difficoltà di finanziamento. Tutto ciò non produrrebbe alcuna riduzione dei costi, anche se potrebbe determinare un abbassamento (o un minore incremento) delle tariffe. Ma qui si nasconde l'incredibile *illusione fiscale* che i promotori del referendum sembrano aver alimentato con successo: spostare un costo non equivale a cancellarlo, e l'unico modo per cancellarlo è, in generale, rinunciare all'investimento. A farne le spese sarebbe, allora, la qualità del servizio e, nelle zone non adeguatamente servite, la presenza di servizi di depurazione.

L'ultimo paradosso è che, poiché le zone dove le perdite sono più alte e la depurazione più insufficiente coincidono generalmente con quelle dove le finanze pubbliche si trovano in condizioni più precarie, cioè col Sud, questo referendum si configura come un atto contro il Mezzogiorno, che condannerà una parte importante della popolazione a continuare a vivere, nel Ventunesimo secolo, preda di razionamenti e priva del rispetto degli standard ambientali più basilari.

Per tutte queste ragioni, nell'interesse del paese e del settore bisogna sperare che il referendum non abbia successo, o che il suo esito venga rapidamente corretto con norme equivalenti, dal punto di vista dell'efficacia, efficienza ed equità, a quelle che sono state appena abrogate.



## IBL Briefing Paper

### CHI SIAMO

L'Istituto Bruno Leoni (IBL), intitolato al grande giurista e filosofo torinese, nasce con l'ambizione di stimolare il dibattito pubblico, in Italia, promuovendo in modo puntuale e rigoroso un punto di vista autenticamente liberale. L'IBL intende studiare, promuovere e diffondere gli ideali del mercato, della proprietà privata, e della libertà di scambio. Attraverso la pubblicazione di libri (sia di taglio accademico, sia divulgativi), l'organizzazione di convegni, la diffusione di articoli sulla stampa nazionale e internazionale, l'elaborazione di brevi studi e briefing papers, l'IBL mira ad orientare il processo decisionale, ad informare al meglio la pubblica opinione, a crescere una nuova generazione di intellettuali e studiosi sensibili alle ragioni della libertà.

### COSA VOGLIAMO

La nostra filosofia è conosciuta sotto molte etichette: "liberale", "liberista", "individualista", "libertaria". I nomi non contano. Ciò che importa è che a orientare la nostra azione è la fedeltà a quello che Lord Acton ha definito "il fine politico supremo": la libertà individuale. In un'epoca nella quale i nemici della libertà sembrano acquistare nuovo vigore, l'IBL vuole promuovere le ragioni della libertà attraverso studi e ricerche puntuali e rigorosi, ma al contempo scevri da ogni tecnicismo.

### I BRIEFING PAPER

I "Briefing Papers" dell'Istituto Bruno Leoni vogliono mettere a disposizione di tutti, e in particolare dei professionisti dell'informazione, un punto di vista originale e coerentemente liberale su questioni d'attualità di sicuro interesse. I Briefing Papers vengono pubblicati e divulgati ogni mese. Essi sono liberamente scaricabili dal sito [www.brunoleoni.it](http://www.brunoleoni.it).