

LA GUERRA DELL'ACQUA. DALLA PROPRIETÀ DEL BENE ALLA GESTIONE DEL SERVIZIO

Sommario: Introduzione. – 1. Sulle forme di gestione dei servizi pubblici. – 2. L'acqua come bene pubblico oggetto di tutela. – 2.1. (segue) L'evoluzione della disciplina verso la tutela... – 2.2. (segue) ... e la pubblicità. – 2.3. (segue) Le infrastrutture. – 3. Il diritto all'acqua a livello internazionale e sovranazionale. – 4. Sul servizio idrico. – 4.1. (segue) La disciplina. – 4.2. (segue) La tariffa. – 4.3. (segue) L'attualità del servizio idrico. – 4.4. (segue) L'affidamento. – 4.5. (segue) L'autorità di vigilanza. – 5. La giurisprudenza costituzionale. – 6. Apertura al mercato e obblighi comunitari. – 7. I *referendum*. – 8. La guerra dell'acqua. – 8.1. Per l'imposizione delle gare. – 8.2. Per la pubblicizzazione del servizio. – 8.3. Per una migliore concorrenza. – 8.4. Nell'immediato futuro – Conclusioni.

Introduzione.

I due *referendum* sulla c.d. "privatizzazione dell'acqua"¹ in realtà hanno avuto un ambito di applicazione più ampio e più ristretto di quanto proclamato. Più ampio perché uno di essi ha riguardato la disciplina dell'affidamento della gestione dei servizi pubblici locali (e quindi ha interessato tra l'altro anche il trasporto pubblico, la gestione dei rifiuti, l'illuminazione pubblica, i servizi cimiteriali, la pulizia dei giardini e delle scuole); l'altro invece si è occupato della remunerazione della gestione del servizio idrico, e quindi ha inciso sul calcolo di una componente della tariffa, aspetto molto rilevante, ma non l'unico di cui tenere conto per chi voglia evitare la cd. privatizzazione della risorsa.

Al fondo di questa vicenda il terreno di scontro è costituito dalle diverse visioni circa il rapporto pubblico/privato nella gestione dei servizi pubblici e in particolare del servizio idrico². Su questo campo si affrontano la visione secondo la quale il modello di gestione appare neutrale rispetto al soddisfacimento

¹ Il presente lavoro costituisce un primo esito dell'indagine svolta all'interno del progetto di ricerca dell'Università di Roma La Sapienza coordinato dalla dott.ssa Eleonora Rinaldi, dal titolo *Ambiente e territorio: tra proprietà collettive e nuovi beni comuni*.

² Può essere utile tenere presenti alcune informazioni: due terzi delle imprese operanti nel settore idrico sono francesi. Le grandi multinazionali sono *Veolia Eau, Lyonnaise des Eaux, Saur, Aguas de Barcelona, United Utilities Water*, quotate in Borsa e influenzate nella loro attività dai rispettivi governi. Le modalità di gestione del servizio differiscono notevolmente nei diversi Stati: in Francia si adotta il sistema della gestione delegata, secondo il quale il pubblico ha la proprietà della rete, effettua gli investimenti ed affida con la gara la gestione del servizio; i privati concludono per lo più contratti di affitto delle reti. Grande scalpore ha destato la notizia che il Comune di Parigi, dopo venticinque anni, nel 2010 è tornato ad un modello di gestione pubblicistica, non rinnovando le concessioni ai privati, per ridurre le tariffe e l'aumento degli investimenti. Nel Regno Unito la gestione del servizio è privatizzata dal 1989, quando sono state alienate anche le infrastrutture; sono stati privatizzati in particolare i dieci organismi regionali che presiedevano gli ambiti del servizio; è presente un forte regolatore, l'OFWAT; è notevole la quantità di investimenti (80 mld. di sterline di investimenti), così come buone le condizioni del servizio; non sono previste gare. In Germania il servizio è affidato ai Comuni, le forme di gestione sono le più diverse, il finanziamento degli investimenti avviene con ricorso al credito locale, e la rete presenta pochissime dispersioni. Negli Usa in prevalenza ci sono *public authorities*, enti pubblici senza capitale, e gli investimenti sono effettuati con obbligazioni municipali a lunga scadenza che ripianano solo i costi: è il paese con i consumi più alti. Anche in altri paesi ci sono meccanismi legati al soggetto pubblico per gli investimenti, come la Cassa depositi e prestiti. Si v. a cura della Camera dei Deputati, *La gestione dei servizi idrici in Francia, Germania e Spagna, Note informative sintetiche (a cura dell'Ufficio Legislazione Straniera)*, N. 6/Parte I, 9 febbraio 2009; ANEA, *Bluebook*, 2005, 99 ssg.; sul tema delle tariffe in chiave comparata si v. INDIS, *Il servizio idrico in Italia, Rapporto 2005 Efficienza e qualità dei servizi idrici in Europa La struttura dei costi dell'industria idrica italiana*, Rimini, 2005; sulla situazione francese in particolare A. MOISELLO, *La gestione del sistema idrico francese*, www.fondazioneamga.org.

degli interessi ai quali è preordinato il servizio stesso e quella secondo cui il modello scelto permea gli interessi che si vogliono promuovere o difendere.

Questo lavoro trae spunto dal *referendum* sull'art. 23-bis per comprendere il dibattito sulla cd. privatizzazione dell'acqua. Per questo motivo si procederà ad una ricostruzione del rapporto pubblico-privato nella gestione dei servizi pubblici locali. Subito dopo si verificherà se il servizio idrico presenti delle peculiarità: per questo anzitutto si cercherà di cogliere le principali caratteristiche del bene acqua; poi si esaminerà se esso nel nostro ordinamento sia tutelato e considerato un bene pubblico o privato; dopo questa verifica si cercherà di capire se esista un cd. "diritto all'acqua", anzitutto a livello internazionale e sovranazionale; si vedrà quindi come concretamente sia governata l'acqua e quindi come si sia giunti all'attuale quadro di gestione del servizio idrico, e come esso venga in astratto e in concreto gestito, soffermandosi in particolare sull'organizzazione, sulle autorità di riferimento, sulle modalità di affidamento del servizio e sulle tariffe. La ricerca dovrà poi guardare alla giurisprudenza costituzionale, che è intervenuta a più riprese sul tema della gestione del servizio idrico, e al *referendum*, che ha posto nel nulla la novella legislativa del 2008. A questo punto si avranno tutti gli strumenti per potere esaminare i punti forti e deboli della gestione pubblica, privata o condivisa dell'acqua, e si potrà volgere uno sguardo alle possibili opzioni che ora si pongono all'interprete e al legislatore. Al di là dell'esito dei *referendum* stessi, infatti è offerta un'occasione per cominciare ad interessarci a un tema cruciale per il nostro futuro.

1. Sulle forme di gestione dei servizi pubblici.

La discussione sulla cd. privatizzazione dell'acqua non si comprende se non la si iscrive nel processo sempre più ampio di coinvolgimento dei privati (e di adozione degli strumenti del diritto civile) nella gestione dei servizi pubblici locali al quale abbiamo assistito in questi anni.

Si tratta di una vera e propria parabola, se pensiamo a come il servizio idrico, nell'Italia unita, sia nato sotto il segno della gestione da parte dei privati: dopo l'epidemia di colera del 1884 più di 6000 Comuni su 8000 erano sprovvisti di fognature e quasi la metà non possedeva un acquedotto. La rete idrica è stata costruita da soggetti privati, ma la possibilità di usufruire dei servizi era riservata a una quantità esigua di cittadini.

L'intervento pubblico in quel contesto è apparso necessario anzitutto per ragioni sanitarie, ma anche per ragioni sociali. Lo strumento adottato è stato la municipalizzazione dei servizi pubblici locali (idrici, energetici, di trasporto), e di conseguenza del servizio idrico si sono occupate aziende pubbliche. La legge Giolitti 103 del 19 marzo 1903 e il successivo T.U. 2578 del 15 ottobre 1925 sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province, discipline che hanno sistemato la materia, hanno espressamente indicato il servizio idrico (distribuzione e costruzione di acquedotti e fognature) tra quelli dei quali i Comuni potevano assumere la gestione, mediante la costituzione di aziende speciali, al fine di limitare la tendenza di dare concessioni ai privati per evitare gli investimenti³.

³ Sul servizio pubblico, *ex multis*: F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Nov. dig. it.*, Torino, 1970, *ad vocem*; S. CATTANEO, *Servizi pubblici*, in *Enc. dir.*, Milano, 1990, *ad vocem*. Tra le opere monografiche: U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; R. VILLATA, *Pubblici servizi. Discussioni e problemi*, Milano, 1999; E. SCOTTI, *Il pubblico servizio: tra tradizione nazionale e prospettive europee*, Padova, 2003; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bari, 2005. Si v. anche L. BERTONAZZI - R. VILLATA, *Servizi di interesse economico generale*, in M.P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, parte speciale, tomo IV, Milano, 2007, 1791 ss. e A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. Amm.*, 1994, 459. Sui servizi pubblici locali, in generale: I. M. MARINO, *Servizi pubblici e sistema autonomistico*, Milano, 1987; M. DUGATO, *I servizi pubblici locali*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, parte speciale, III, Milano, 2003, 2581 ss.; G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. CASSESE, VI, Milano, 2006, 5527 ss.; M.P. CHITI (a cura di), *Le forme di gestione dei servizi pubblici locali tra diritto europeo e diritto locale*, Bologna, 2006; C. FRANCHINI, *Le principali questioni della disciplina dei servizi pubblici locali*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 1 ss.; A. VIGNERI, *La riforma dei servizi pubblici, valutazioni e prospettive*, *Astrid-online.it*. Tra i contributi da segnalare: L. AMMANNATI - F. DI PORTO, *Il caso italiano, ovvero dell'infinito conflitto tra monopolio e liberalizzazione*, in L. AMMANNATI, F. DI PORTO (a cura di), *Concorrenza e sussidiarietà nei servizi pubblici locali. Modelli europei a confronto*, Milano, 2007, 57 ss.; F. BOVINI, *Profilo storico-giuridico dei servizi pubblici locali*, in *I servizi pubblici locali*, a cura di S. MANGIAMELI, Torino, 2008, 3 ss.; R. CAVALLO PERIN - D. CASALINI, *L'in house providing: un'impresa dimezzata*, in *Dir. amm.*, 2006, 51 e R. CAVALLO PERIN, *Commento all'art. 113, in Commentario al Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali* (diretto da) R. CAVALLO PERIN - A. ROMANO, Padova, 2006, 621 ss.; D.U. GALETTA, *Forme di gestione dei servizi pubblici locali ed in house providing nella recente giurisprudenza comunitaria e nazionale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 17 ss.; F. GOISIS, *Nuovi sviluppi comunitari e nazionali in tema di in house providing e suoi confini*, in *Dir. amm.*, 2008, 579 ss.; G. GRECO, *Gli affidamenti "in house" di servizi e forniture, le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*

La decisione circa l'affidamento ai privati è così stata assegnata al soggetto pubblico: i Comuni avrebbero potuto scegliere discrezionalmente se gestire beni e servizi in economia, in via diretta, tramite aziende municipalizzate o affidarli in concessione⁴.

Quanto alle aziende speciali, esse erano al contempo distinte e dipendenti dall'ente locale di riferimento: da un lato erano distinte dall'amministrazione ordinaria del Comune, con bilanci e conti separati, e avevano la capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine; dall'altro erano soggette alla vigilanza del consiglio comunale i cui utili netti, detratto quando destinato al miglioramento ed allo sviluppo della azienda stessa e a ridurre le tariffe dei servizi, erano devoluti al bilancio comunale. Alle perdite eventuali si sarebbe fatto conto, in ultima analisi, con il bilancio comunale.

Questo sistema normativo è rimasto sostanzialmente stabile per molto tempo, fino al 1990, quando è stata introdotta la possibilità di affidare i servizi pubblici locali a società per azioni (art. 22 legge 142 dell'8 giugno sull'ordinamento delle autonomie locali): più precisamente a società a prevalente partecipazione pubblica, quando ritenuto opportuno dall'ente locale, e comunque fatte salve le altre modalità di gestione (in economia⁵, con concessione, con azienda speciale, con istituzione)⁶. È stato osservato che tre erano le esigenze: qualità (in quanto si riteneva vi fosse bisogno di una gestione imprenditoriale dei servizi, e quindi di professionalità adeguate), reperimento delle risorse finanziarie (il modello delle aziende non consentiva il ricorso a capitali esterni), minore burocrazia (le procedure amministrative erano considerate farraginose e non adatte⁷). Di fatto è stata così ammessa la possibilità di ingresso dei privati al fianco del soggetto pubblico nella gestione dei servizi.

Da quel momento in poi appare evidente il favor istituzionale sia verso una gestione concorrenziale che promuovesse il coinvolgimento dei privati sia verso la definitiva affermazione della società di capitali come strumento per la gestione.

Poco dopo l'introduzione della riforma del 1990 è stato anzitutto ammesso il ribaltamento del rapporto pubblico-privato: è stato infatti consentito il ricorso allo strumento della Spa a partecipazione pubblica non maggioritaria (con l'art. 12 della legge 498 del 23 dicembre 1992, Interventi urgenti in materia di finanza pubblica), asseritamente per permettere forti capitalizzazioni delle società. Il sistema avrebbe così consentito al soggetto pubblico persino di ritrarsi dalla gestione ed assumere il ruolo di semplice azionista.

Nel nuovo millennio il percorso è stato intrapreso in maniera ancora più decisa, perché si è passati dalla facoltà all'obbligo, sotto tre profili: si è tentato in più riprese di imporre l'ingresso dei privati nei servizi; si è imposto il ricorso allo strumento della società di capitali; si è cercato di limitare il più possibile il ricorso a gestioni pubbliche, comprimendo così l'autonomia di scelta degli enti locali.

Già nel 2001 questi profili sono evidenti.

Nel primo senso si è anzitutto fatto ricorso a formule che consentissero di operare una distinzione tra ipotesi in cui la competizione aperta ai privati dovesse realizzarsi e ipotesi in cui la competizione potesse essere frutto di una scelta dell'ente pubblico. Così è emersa in tutta la sua forza la centralità della distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale (si v. l'art. 35 della legge n. 448 del 2001 legge finanziaria per il 2002, che ha riscritto l'art. 113 del TUEL⁸, nel quale nel frattempo era confluito l'articolo 22 della legge 142 del 1990⁹): si è previsto per i primi l'affidamento a società di capitali previo

2000, 1461 ss.; L. PERFETTI, *Miti e realtà dei servizi pubblici locali*, in *Dir. amm.*, 2006, 387 ss.; R. URSI, *Le società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm.*, 2005, 179; P. RUBINO, *L'evoluzione dell'esperienza economica dei servizi pubblici locali, Profilo storico-giuridico dei servizi pubblici locali*, in *I servizi pubblici locali*, cit., 21 ss.

⁴ Si noti che in particolare, per i servizi di acquedotto e fognatura (di cui al numero 1 dell'art. 1), il t.u. esprimeva una preferenza per la loro gestione in economia, in quanto accomunabili ai servizi di tenue importanza o privi di rilevanza industriale: "Sono di regola esercitati in economia i servizi di cui ai numeri 1, 3, 7, 8, 10, 11, 12, 14 e 19 dell'art. 1, nonché tutti gli altri servizi per la cui tenue importanza in rapporto a quella del comune, o perché non aventi carattere prevalentemente industriale, non sia il caso di farne assumere l'esercizio nelle forme e col procedimento stabilito per la costituzione dell'azienda speciale" (art. 15).

⁵ Modalità eccezionale e limitata ai casi di modesta portata.

⁶ Tra gli altri, M. MAZZARELLI, *Note sull'utilizzazione di società per azioni controllate da parte degli enti locali territoriali per la gestione di pubblici servizi: l'art. 22 lett. e), della legge n. 142/1990 e la normativa comunitaria*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1991, 764; G. DE MINICO, *La società per azioni a prevalente partecipazione pubblica locale secondo l'art. 22 lett. E, l. 8 giugno 1990 n. 142*, *Foro amm.*, 1994, 1666; A. PAJNO, *Gli enti locali e gli strumenti di diritto privato*, *Dir. amm.*, 2010, 555.

⁷ F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, *Dir. amm.*, 2004, 37.

⁸ D. lgs. 267 del 18 agosto 2000, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*.

⁹ Sul quadro maturato nel frattempo nei servizi idrici si v. ad es. M. GRECO, *La concessione a terzi mediante trattativa privata della gestione dei servizi idrici*, *Riv. giur. edil.*, 2001, 23; A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, *Le Regioni*, 2002,

espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica, mentre per i secondi è stata conservata la possibilità di affidamento diretto in favore di istituzioni, aziende speciali, società di capitali costituite o partecipate dagli enti locali¹⁰.

Nel secondo senso, per i servizi a rilevanza industriale sono state cancellate sia le gestioni in economia che tramite aziende speciali, con la trasformazione di queste ultime in società per azioni.

Nel terzo senso, nell'art. 35 c'è una norma specifica sul servizio idrico (comma 5). Esso viene fatto rientrare nella categoria dei servizi a rilevanza industriale, fatte salve le specificità delle discipline settoriali: perciò, esclusa già dal 1994 la gestione del servizio in economia o mediante istituzione¹¹, si è ammesso in alternativa al conferimento a società di capitali scelte attraverso gara, senza alcuna differenza di trattamento tra società private e miste, anche il conferimento senza gara a società di capitali partecipate dagli enti locali facenti parte dello stesso ambito territoriale ottimale, a condizione che avessero ceduto il 40% delle quote ai privati¹².

Nel suo complesso l'intervento, attraverso la riconduzione del servizio idrico alla categoria dei servizi a rilevanza industriale, l'abbandono forzato dello strumento dell'azienda speciale, la forte spinta verso le gare, la cessione delle quote del capitale, fornisce un quadro molto simile a quello successivamente oggetto del recente *referendum*.

Il confronto con l'ordinamento comunitario tuttavia ha modificato lo scenario. Nella necessità di porre fine ad alcune procedure d'infrazione comunitaria è stato infatti confermato il modello delle società, ma consentito altresì anche il ricorso a società miste e a società interamente pubbliche¹³. Si afferma così la configurazione dei due strumenti alternativi alla gara che possono essere adottati per la gestione dei servizi di rilevanza economica (la cui categoria sostituisce quella della rilevanza industriale). Infatti viene ammesso l'affidamento diretto in deroga alla previsione generale della gara: a) a società a capitale misto pubblico-privato, purché il socio privato venga scelto attraverso l'espletamento di gare con procedure ad evidenza pubblica; b) a società a capitale interamente pubblico a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici che la controllano (cd. *in house providing*) (con l'art. 14 del d.l. n. 269 del 30 settembre 2003, convertito in legge n. 326 del 24 novembre 2003, cd. Iodo Buttiglione, è stato modificato ulteriormente l'art. 113 del TUEL). I servizi idrici vengono espressamente citati nell'articolo, ricompresi nella categoria dei "servizi di rilevanza economica" e, quindi, soggetti ad una delle tre forme di gestione consentite dall'art. 113 TUEL.

Di nuovo però l'equilibrio formale tra le tre modalità di affidamento della gestione viene stravolto nel 2008, in favore della gara e del coinvolgimento dei privati, a danno dell'adozione sia dell'*in house* che delle società miste con scarsa presenza di privati nella compagine societaria. L'articolo 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito nella legge 6 agosto 2008, n. 133 - cd. decreto Ronchi - come modificato dal

1091; A. CARULLO, *Le gare in materia idrica dopo l'art. 35, l. n. 448 del 2001*, Riv. trim. app., 2003, 257. Più in generale invece M. DUGATO, *I servizi pubblici degli enti locali*, Giorn. dir. amm., 2002, 218; V. DOMENICHELLI, *I servizi pubblici locali tra diritto amministrativo e diritto privato (a proposito del "nuovo" art. 113 del t.u.e.l.)*, Dir. amm., 2002, 311; S. COLOMBARI, *La gestione dei servizi pubblici locali: nuove norme e problematiche (in parte) antiche*, (Nota a Cons. Stato sez. V 6 maggio 2003, n. 2380), Foro amm. C.d.S., 2003, 1594.

¹⁰ L. R. PERFETTI, *I Servizi Pubblici Locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della l. n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, Dir. amm., 2002, 575. Più precisamente si ordina la trasformazione di aziende speciali e consorzi in Spa, si stabilisce che l'ammissibilità, per non più di cinque anni, degli affidamenti del servizio a società di capitali partecipate dai Comuni dell'ATO, solo per chi abbia privatizzato il 40% del pacchetto azionario entro due anni.

¹¹ Cfr. art. 10 comma 7 della legge 5 gennaio 1994, n. 36.

¹² Si v. M. P. CHITI, *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la Finanziaria 2002*, Urb. app., 2002, 377.

¹³ La Commissione Ce aveva avviato nei confronti dello Stato italiano (lettera di costituzione in mora del 26 giugno 2002) una procedura di infrazione, rilevando incompatibilità tra il comma 5 dell'art. 35 l. n. 448 del 2001 e il diritto comunitario. Hanno fatto seguito la circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri (Dipartimento delle politiche comunitarie) n. 12727 del 19 ottobre 2001, nonché (per noi di nostro maggiore interesse) le due circolari del Ministero dell'ambiente e tutela del territorio del 17 ottobre 2001 e del 22 ottobre 2001, riguardanti l'affidamento a società miste del servizio idrico integrato. Contravvenendo alla prassi applicativa degli affidamenti diretti alle società miste si è affermato che l'obbligo di gara poteva essere escluso solo a condizione che l'ente locale esercitasse, nei confronti dei soggetti affidatari, un potere di controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che il soggetto giuridico controllato realizzasse la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti locali controllanti. Sulla procedura di infrazione G. MURARO, *La gestione del servizio idrico integrato in Italia, tra vincoli europei e scelte nazionali*, Merc. conc. reg., 2003, 407. Sulla riforma si v. R. URSI, *Brevi osservazioni sui presupposti dell'approvvigionamento "in house" di servizi pubblici locali alla luce del nuovo testo dell'art. 113 comma 5 lett. c del testo unico sugli enti locali*, Foro it., 2004, pt. 3, 196; F. PIETROSANTI, *Sull'affidamento diretto dell'erogazione di un servizio pubblico locale*, Foro it., 2004, pt. 3, pp. 193 - 196.

successivo articolo 15 del decreto legge n. 135 del 2009¹⁴), oggetto del *referendum*, ha infatti distinto tra: a) modalità ordinaria di conferimento della gestione, mediante procedure competitive ad evidenza pubblica a favore di imprenditori e società costituite in ogni forma (e non più solo in favore di società di capitali) – la cosiddetta gara, e b) modalità in deroga. Si è innovato stabilendo che l'affidamento a società miste sia considerato anch'esso modalità ordinaria, purché la gara riguardi l'attribuzione al socio di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio (e quindi con un suo maggiore coinvolgimento), e questi acquisisca una partecipazione azionaria non inferiore al 40%. La modalità in deroga a dette regole (e quindi al ricorso alla gara) è costituita dall'affidamento diretto, l'*in house providing*, ammesso alle condizioni poste dal diritto comunitario¹⁵ e, in aggiunta, solo in presenza di "situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento" ovvero 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", previa "pubblicità adeguata", con motivazione dell'ente basata su un'"analisi di mercato", e trasmissione di una relazione dall'ente all'AGCM, per un parere preventivo e obbligatorio, ma non vincolante, da rendere entro 60 giorni dalla ricezione¹⁶.

Questa normativa fa emergere i suoi aspetti più problematici nelle disposizioni transitorie: nel caso in cui gli enti locali non avessero optato per la gara, avrebbero dovuto cedere almeno il 40% del capitale a un socio; se la società fosse stata quotata in Borsa, l'ente locale sarebbe stato obbligato a scendere sotto il 30%; nel caso di aziende non quotate, il nuovo socio sarebbe stato scelto con una gara avente ad oggetto sia aspetti finanziari che industriali; si stabiliva inoltre che gli affidamenti diretti sarebbero cessati a partire dal 31 dicembre 2011.

Questa riforma nel complesso mirava quindi a rendere del tutto marginale il ricorso all'affidamento diretto: la discrezionalità dell'amministrazione locale nello sceglierne il ricorso veniva compressa, e l'*in house providing* era ammesso a condizioni più restrittive di quelle imposte dal diritto comunitario. Peraltro, senza approfondire il discorso sulle società miste e sull'*in house providing*, basti ricordare che per entrambe le ipotesi erano già previsti dal diritto comunitario dei requisiti abbastanza stringenti¹⁷.

¹⁴ Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee: si osserva criticamente che non ci sono però obblighi comunitari che vincolino alle scelte che ha effettuato il legislatore. Sul d.l. 112 del 2008 R. DE NICTOLIS, *La riforma dei servizi pubblici locali*, *Urb. app.*, 2008, 1109; S. COLOMBARI, *La disciplina dei servizi pubblici locali: carattere integrativo e non riformatore dell'art. 23 bis del d.l. n. 112/2008*, *Giust. amm.*, 2008, 353. Sul d.l. 135/2009 si v. G. FISCIONE, *Brevi riflessioni sulla riforma "in corso" dei servizi pubblici locali (art. 15 d.l. 135/09)*, *Giustamm.it*; S. TARULLO, *Il restyling nella gestione dei servizi pubblici locali: osservazioni minime sull'art. 23-bis del D.L. 112/08 come riformato dal D.L. 135/09*, *Giustamm.it*; F. DI DIO, *Acqua, derivazioni e conflitti d'uso: per la prima volta un tribunale riconosce che bere è un diritto primario rispetto alle concessioni per produrre energia elettrica (Nota a Trib. Acque LA - Roma 4 febbraio 2008 n. 12)*, *Riv. giur. amb.*, 2008, 1018.

¹⁵ Controllo analogo sulla società e prevalenza dell'attività svolta dalla stessa con gli enti pubblici che la controllano. Si vedano in particolare le sentenze della Corte di Giustizia *Teckal* 18 novembre 1999, C-107/98 e *Stadt Halle* 11 gennaio 2005, C-26/03.

¹⁶ Il regolamento attuativo della riforma (Decreto del Presidente della Repubblica 7 settembre 2010, n. 168) fissava inoltre la soglia oltre la quale era necessario acquisire il parere dell'AGCM ai servizi di valore superiore ai 200.000 euro/anno. Il valore si calcolava sulla base di tutte le entrate del gestore, comprese le tariffe riscosse, i corrispettivi ricevuti e le forme di contribuzione legate al servizio, e quindi ad un valore facilmente raggiungibile. Per una sintesi si v. R. CIFARELLI, *Scheda di lettura: Regolamento in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica, Apertacontrada.it*.

¹⁷ Una buona sintesi è contenuta nell'Ad. Plen. 1 del 2008: "L'espressione *in house providing* compare per la prima volta nel libro bianco del 1998, con riferimento agli appalti pubblici. Si legittima l'affidamento diretto, senza previa gara, del servizio di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, qualora l'ente eserciti sul secondo un controllo analogo a quello dallo stesso esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C. giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*). (...) La sussistenza del controllo analogo viene esclusa in presenza di una (...) partecipazione (pure minoritaria) di un'impresa privata al capitale di una società, alla quale partecipi anche l'amministrazione aggiudicatrice. (...) Tuttavia, la partecipazione pubblica totalitaria è necessaria ma non sufficiente. In particolare: a) lo statuto della società non deve consentire che una quota del capitale sociale, anche minoritaria, possa essere alienata a soggetti privati (Cons. Stato, sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072); b) il consiglio di amministrazione della società non deve avere rilevanti poteri gestionali e all'ente pubblico controllante deve essere consentito esercitare poteri maggiori rispetto a quelli che il diritto societario riconosce normalmente alla maggioranza sociale (Cons. Stato, sez. VI, 3 aprile 2007, n. 1514); c) l'impresa non deve avere acquisito una vocazione commerciale che rende precario il controllo dell'ente pubblico e che risulterebbe, tra l'altro: dall'ampliamento dell'oggetto sociale; dall'apertura obbligatoria della società, a breve termine, ad altri capitali; dall'espansione territoriale dell'attività della società a tutta l'Italia e all'estero (C. giust. CE: 10 novembre 2005, C-29/04, *Mödling* o Commissione c. Austria; 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*); d) le decisioni più importanti devono essere sottoposte al vaglio preventivo dell'ente affidante (Cons. Stato, sez. V, 8 gennaio 2007, n. 5). (...) Si è ritenuto essenziale il concorso dei seguenti ulteriori fattori, tutti idonei a concretizzare una forma di controllo che sia

Emerge chiaramente come nel corso di questi anni l'esercizio dei servizi pubblici sia progressivamente fuoriuscito sempre più dalla sfera interna dell'amministrazione, per essere gestito attraverso società, e quindi attraverso l'uso del diritto civile, con un sempre più chiaro tentativo di far intervenire i privati, in collaborazione o sostituzione del soggetto pubblico.

2. L'acqua, come bene pubblico oggetto di tutela.

Oggetto però di questa indagine è capire se l'affidamento a privati dei servizi pubblici locali (che generalmente non è stato avversato dall'opinione pubblica) presenti dei particolari problemi quando interessata sia l'acqua¹⁸.

L'acqua è un bene diverso dagli altri, anzitutto perché si tratta di una risorsa *essenziale*, sia per l'ambiente che per l'uomo, e addirittura sacra per alcune popolazioni: si pensi non solo alla sua funzione di dissetamento, ma anche a quelle di prevenzione di malattie infettive e di igiene, aspetti cruciali anche nei rapporti sociali.

L'essenzialità però non ha costituito un problema sino a quando di recente non si è scoperto che l'acqua è anche una risorsa *scarsa*¹⁹. La scarsità ha diverse *cause*, molte delle quali altrettanto recenti: il largo uso di acqua per molteplici usi domestici e per fini industriali, l'inquinamento (che ne ha peggiorato la qualità e quindi ridotto la quantità disponibile), i fenomeni di salinizzazione delle acque dolci, il cambiamento climatico (che ne ha ridotto e ne ridurrà sempre più la quantità)²⁰. È la scarsità che ha reso l'acqua un valore in sé: in passato invece essa era ritenuta un bene disponibile senza limiti, rinnovabile, e quindi prevalentemente uno strumento per soddisfare altre esigenze.

effettiva, e non solo formale o apparente: a) il controllo del bilancio; b) il controllo sulla qualità della amministrazione; c) la spettanza di poteri ispettivi diretti e concreti; d) la totale dipendenza dell'affidatario diretto in tema di strategie e politiche aziendali". (...)

Il fenomeno delle società miste rientra nel concetto di partenariato pubblico privato (PPP), la cui codificazione risale al "libro verde" della Commissione CE relativo al PPP e al diritto comunitario degli appalti e delle concessioni. (...) La necessità di ricorrere a procedure selettive per la scelta del *partner* privato con il quale costituire società miste costituisce una regola ormai acquisita nell'ordinamento interno. (...) a) non è condivisibile la posizione "estrema" secondo la quale, per il solo fatto che il socio privato è scelto tramite procedura di evidenza pubblica, sarebbe in ogni caso possibile l'affidamento diretto b) tale ipotesi suscita perplessità per il caso di società miste "aperte", nelle quali il socio, ancorché selezionato con gara, non viene scelto per finalità definite, ma soltanto come *partner* privato per una società "generalista", alla quale affidare direttamente l'erogazione di servizi non ancora identificati al momento della scelta del socio e con lo scopo di svolgere anche attività *extra moenia*, avvalendosi semmai dei vantaggi derivanti dal rapporto privilegiato stabilito con il partner pubblico; c) è ammissibile il ricorso alla figura della società mista (quantomeno) nel caso in cui essa non costituisca, in sostanza, la beneficiaria di un "affidamento diretto", ma la modalità organizzativa con la quale l'amministrazione controlla l'affidamento disposto, con gara, al "socio operativo" della società; d) il ricorso a tale figura deve comunque avvenire a condizione che sussistano (...) garanzie tali da fugare gli ulteriori dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza; e) laddove vi siano giustificate ragioni per non ricorrere a un affidamento esterno integrale, è legittimo configurare, quantomeno, un modello organizzativo in cui ricorrano due garanzie: 1) che vi sia una sostanziale equiparazione tra gara per l'affidamento del servizio pubblico e gara per la scelta del socio, in cui quest'ultimo si configuri come un "socio industriale od operativo", il quale concorre materialmente allo svolgimento del servizio pubblico o di fasi dello stesso; il che vuol dire effettuazione di una gara che con la scelta del socio definisca anche l'affidamento del servizio operativo; 2) che si preveda un rinnovo della procedura di selezione "alla scadenza del periodo di affidamento", evitando così che il socio divenga "socio stabile" della società mista, possibilmente prescrivendo che sin dagli atti di gara per la selezione del socio privato siano chiarite le modalità per l'uscita del socio stesso (con liquidazione della sua posizione), per il caso in cui all'esito della successiva gara egli risulti non più aggiudicatario."

¹⁸ Sul tema si v. V. CERULLI IRELLI – S. PELILLO, *Acquedotti e canali pubblici*, Enc. giur., Roma, 1988; V. CERULLI IRELLI, *Acque pubbliche*, in Enc. giur., Roma, 1988; G. ASTUTI, *Acque (introduzione storica generale)*, Enc. Dir., I, Milano, 1958; U. PERNIGOTTI, *Acque Pubbliche*, Enc. Dir., I, Milano, 1958; S. PALAZZOLO, *Acque Pubbliche*, Enc. Dir., IV Agg., Milano, 2000; R. IANNOTTA, *Acque pubbliche*, Dig. Disc. Pubbl., Torino, 1987; N. LUGARESÌ, *Le acque pubbliche, profili dominicali, di tutela e di gestione*, Milano, 1995.

¹⁹ In Italia si consuma molta acqua: 250 litri al giorno di acqua potabile, mentre la media europea è di 160: siamo al terzo posto al mondo, dopo Stati Uniti e Australia. Se ne impiega l'85% per usi domestici, il 15% per usi industriali, e dei primi solo il 12% al consumo, mentre il 3% per le pulizie, il 15% per gli elettrodomestici, il 32% per l'igiene, il 30% per il wc, l'8% per usi esterni. La qualità dell'acqua è migliore della percezione comune (sullo sproporzionato ricorso all'acqua in bottiglia M. LABRA – M. CASIRAGHI, *L'acqua del rubinetto è buona, ma non ci fidiamo*, Nelmerito.com), anche se il rispetto ambientale è insufficiente rispetto agli *standard* europei, e il livello del servizio è basso.

²⁰ La quantità della risorsa è sufficiente per la sopravvivenza degli uomini, in quanto anche con una sovrappopolazione molto maggiore dell'attuale, solo l'1% dell'acqua utilizzata è impiegata per bere e mangiare: ma i problemi derivano dallo spreco e dalla molteplicità di usi, che ne minano la disponibilità. Si prevede un'importante carenza idrica per il 2100 ed un'indisponibilità totale di acqua per il 2230.

Sono questi aspetti che hanno indotto a riflettere con grande attenzione sui possibili rischi di una gestione privatistica del servizio relativo ad un bene divenuto così prezioso.

2.1. (segue) L'evoluzione della disciplina verso la tutela...

La legislazione, nella sua evoluzione, ha tenuto conto della sopravvenuta scarsità della risorsa: si è infatti passati da una prima fase, in cui è stata centrale la difesa dalle acque e l'utilizzazione dell'acqua a fini civili e produttivi, all'attuale, in cui è centrale la tutela dell'acqua stessa.

Con riferimento alla prima fase, a volo d'uccello, si pensi alla legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato f), contenente la prima disciplina organica delle acque del nuovo Stato, la quale al titolo terzo si occupava delle opere idrauliche necessarie per la tutela del territorio e delle abitazioni dalle acque; al codice civile del 1865 il quale, nel distinguere tra acque pubbliche e private, considerava tra le prime fiumi e i torrenti, e riteneva che le altre acque fossero private, limitando così l'interesse collettivo ai trasporti fluviali e alla fluitazione; alla disciplina del R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775, "Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e gli impianti elettrici", che si è maggiormente concentrata sullo sfruttamento e utilizzazione industriale delle acque.

Solo dagli anni settanta in poi, con l'affermarsi dei movimenti ambientalisti, anche a livello comunitario, l'acqua è stata disciplinata come un bene oggetto di tutela sia dal punto di vista qualitativo (a causa dell'inquinamento) che quantitativo (a causa dell'eccessivo sfruttamento).

Anche qui bastino tre esempi.

La legge cd. Merli, 10 maggio 1976, n. 319, la quale mira proprio ad incentivare la rigenerazione, il riutilizzo, e il risparmio della risorsa²¹, nella logica della gestione pianificata: il titolo III non a caso è dedicato al "censimento dei corpi idrici e piano di risanamento delle acque".

La logica della tutela e della pianificazione degli interventi è presente anche nella legge 18 maggio 1989, n. 183, sul riassetto organizzativo e funzionale della difesa del suolo, che mira al "risanamento delle acque, la fruizione e la gestione del patrimonio idrico per gli usi di razionale sviluppo economico e sociale, la tutela degli aspetti ambientali ad essi connessi" (art. 1)²².

L'idea della tutela è ben presente anche nella disciplina della gestione della risorsa idrica, in quanto la legge Galli (5 gennaio 1994, n. 36) afferma che tutte le acque "costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà" (art. 1) e il successivo cd. "Codice dell'ambiente" (d. lgs. n. 152 del 2006), nello stesso senso, aggiunge che "qualsiasi loro uso è effettuato salvaguardando le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale" (art. 144).

In questa seconda fase si assiste così ad una rivoluzione copernicana, in quanto sono i poteri pubblici ad esser posti al servizio della risorsa ambientale, con un capovolgimento di prospettiva rispetto alla situazione iniziale, in cui era l'acqua posta al servizio dei diversi interessi.

2.2. (segue) ... e la pubblicità.

²¹ Legge 319 del 10 maggio 1976, *Norme per la tutela delle acque dall'inquinamento coordinate con le modifiche ed integrazioni apportate dalla legge 8/10/1976 n.690, dalla legge 24/12/1979, n.650, dalla legge 23/4/1981, n.153*. Art. 1: *La seguente legge ha per oggetto: a) la disciplina degli scarichi di qualsiasi tipo, pubblici e privati, diretti ed indiretti, in tutte le acque superficiali e sotterranee, interne e marine, sia pubbliche che private, nonché in fognature, sul suolo e nel sottosuolo; b) la formulazione di criteri generali per l'utilizzazione e lo scarico delle acque in materia di insediamenti; c) l'organizzazione dei pubblici servizi di acquedotto, fognature e depurazione; d) la redazione di un piano generale di risanamento delle acque, sulla base di piani regionali; e) il rilevamento sistematico delle caratteristiche qualitative e quantitative dei corpi idrici*. Tra i tanti contributi, ad es. F. GIAMPIETRO, *Inquinamento delle acque: il d.p.r. n. 616 del 24 luglio 1977 e la legge "Merli"*, *Foro amm.*, 1978, 72 – 89.

²² La legge prevede l'individuazione di bacini idrografici, da valutare come ecosistemi unitari, e la costituzione di Autorità di bacino, che devono adottare piani di bacino, strumenti conoscitivi, normativi e tecnici operativi finalizzati alla pianificazione e programmazione di azioni e norme per la conservazione, difesa e valorizzazione del suolo e la corretta utilizzazione delle acque, sulla base delle caratteristiche fisiche ed ambientali del territorio interessato (art. 17).

La accresciuta importanza della tutela della risorsa divenuta scarsa si è accompagnata ad una generale preoccupazione circa la possibilità di continuare a disporne; questi aspetti si sono parallelamente tradotti nella conferma (o affermazione) del carattere di pubblicità dell'acqua e delle sue infrastrutture²³.

2.2.1 Per più di 150 anni la logica della disciplina pubblicistica del bene è stata infatti *funzionale*. Già Romagnosi, nel 1829²⁴, si riferiva infatti all'"acqua pubblica, la quale per la sua destinazione e pel suo uso è riservata o consacrata a tutti i membri che compongono un dato pubblico"²⁵. Perciò l'acqua destinata ad un pubblico uso era da considerarsi pubblica mentre, ad esempio, l'acqua per l'irrigazione, proprio per via della sua particolare destinazione, non riservata o consacrata ad altri soggetti, era da considerarsi privata. Questa tesi è rimasta vigente per lungo tempo nella giurisprudenza, anche a dispetto di alcuni dati normativi contrastanti²⁶.

Il codice civile del 1865 (seguendo a sua volta il Codice Albertino del 1837) classificava "pubbliche" le acque dei fiumi e dei torrenti, in quanto navigabili; le restanti erano considerate "acque private". Fiumi e torrenti erano ritenuti beni demaniali (art. 427), mentre non erano citati i minori corsi d'acqua di cui all'art. 102 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. f), sui lavori pubblici. Nella decodificazione dell'espressione "acque pubbliche", tra l'esegesi privatistica (secondo la quale le acque diverse da fiumi e torrenti sono private), e l'esegesi pubblicistica (per la quale anche i corsi minori rientravano nel demanio), è prevalsa una tesi intermedia, secondo la quale i corsi d'acqua minori, al pari dei laghi e di altri specchi d'acqua, avrebbero potuto essere pubblici quando avessero presentato una certa rilevanza per l'interesse generale e sociale. Di nuovo quindi, per la distinzione delle acque, si è fatto riferimento ad un criterio funzionale.

La classificazione della pubblicità dell'acqua come attitudine ad usi di pubblico interesse ha costituito poi una costante anche dal 1865 in avanti (in particolare si v. la navigazione ex art. 1 del R.D. 959/1913 o l'art. 3 del R.D.L. 9 ottobre 1919, n. 2161). Il quadro è stato confermato anche dall'art. 1 del R.D. 11 dicembre 1933, n. 1775: "Sono pubbliche tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal suolo, sistemate o incrementate, le quali, considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse"²⁷: in virtù di questa attitudine esse dovevano – ulteriore ostacolo alla loro immediata pubblicità – essere iscritte in appositi elenchi approvati dal Ministro competente.

Questa disposizione appare essere un parametro di riferimento anche per il Codice civile del 1942; ad essa appare rinviare infatti l'art. 822, quando ricomprende tra i beni demaniali "i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia".

2.2.2. L'espansione dell'area di pubblicità del bene è andata di pari passo con il già citato riconoscimento dell'importanza del bene. Si è notato che da un lato il rinvio alle leggi di settore, con conseguente necessario intervento esplicativo della giurisprudenza, dall'altro un'interpretazione estensiva dell'attinenza del bene al pubblico generale interesse abbiano ampliato la sfera di pubblicità del bene e relegato la classificazione dell'acqua come "privata" alle ipotesi di minima importanza (pozzi, laghi non pescosi).

Questa tendenza all'ampliamento della pubblicità delle acque ha visto un'accelerazione, dal punto di vista normativo, con la citata legge Galli, la n. 36 del 1994, la quale all'art. 1 ha disposto che "Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche": le acque, secondo la norma, sono pubbliche indipendentemente dallo scorrimento e dall'attitudine ad usi di pubblico generale

²³ Si v. A. BARTOLINI, *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, Giustamm.it.

²⁴ *Della ragion civile delle acque nella rurale economia*, Firenze.

²⁵ *Op. cit.*, 250 e 251.

²⁶ F. MERUSI, *Acque e istituzioni. Una Premessa italiana, Il diritto dell'economia*, 2009, 27.

²⁷ R.d. 11 dicembre 1933, n. 1775, *Testo unico delle disposizioni di legge sulle acque e impianti elettrici*. Art. 1: *Sono pubbliche tutte le acque sorgenti, fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal sottosuolo, sistemate o incrementate, le quali, considerate sia isolatamente per la loro portata o per l'ampiezza del rispettivo bacino imbrifero, sia in relazione al sistema idrografico al quale appartengono, abbiano od acquistino attitudine ad usi di pubblico generale interesse. / Le acque pubbliche sono iscritte, a cura del ministero dei lavori pubblici, distintamente per Province, in elenchi da approvarsi per decreto reale, su proposta del ministro dei lavori pubblici, sentito il consiglio superiore dei lavori pubblici, previa la procedura da esperirsi nei modi indicati dal regolamento. / Con le stesse forme, possono essere compilati e approvati elenchi suppletivi per modificare e integrare gli elenchi principali. / Entro il termine perentorio di sei mesi dalla pubblicazione degli elenchi principali o suppletivi nella Gazzetta Ufficiale del Regno, gli interessati possono ricorrere ai tribunali delle acque pubbliche avverso le iscrizioni dei corsi d'acqua negli elenchi stessi.*

interesse²⁸. È risultato così abbandonato il criterio teleologico e il patrimonio idrico è stato fatto entrare nella sfera pubblica.

La pubblicità è stata così riferita al carattere della demanialità. L'attributo della demanialità è stato confermato dall'art. 1, comma 1, del D.P.R. 238/1999, secondo il quale "appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico tutte le acque sotterranee e tutte le acque superficiali, anche raccolte in invasi o cisterne" e soprattutto dall'art. 144 del d. lgs 152/2006, il quale afferma che esse "appartengono al demanio dello Stato."²⁹ Questo principio è stato elevato dall'art. 176 del Codice tra i "principi fondamentali ai sensi dell'art. 117, comma 3, della Costituzione" e ritenuto applicabile anche alle Regioni a statuto speciale, compatibilmente con i rispettivi statuti.

La generale pubblicità delle acque, proclamata dalla legge Galli e dall'attuale Codice³⁰, ha comportato di risulta una modifica sostanziale implicita dell'art. 822 c.c., il quale va letto oggi nel senso che appartengono al demanio statale tutte le acque, poiché il rinvio alla legge va compiuto alla legge Galli (*rectius*, al Codice), la quale le definisce pubbliche. La demanialità non attiene così più a singoli beni, ma a un'intera categoria di beni. Da ultimo il decreto Ronchi ha confermato "la piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche" (art. 15, co. 1-ter)³¹.

2.3. (segue) Le infrastrutture.

Il discorso sulla pubblicità del bene peraltro non si ferma alla risorsa ed investe anche le infrastrutture. Anche qui si è assistito ad un ampliamento della pubblicizzazione dei beni, in quanto è cresciuta l'area di demanialità prevista dall'ordinamento.

Il codice civile tutelava infatti le reti e le altre infrastrutture strumentali (depuratori, fognature), stabilendo che gli acquedotti degli enti territoriali facessero parte del demanio pubblico (art. 822 e 824) e, se non appartenenti ad enti territoriali, del "patrimonio indisponibile" (art. 830); le altre infrastrutture invece ricadevano nel patrimonio indisponibile.

Ai sensi dell'art. 143 del Codice dell'Ambiente invece gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica (non conta quale sia l'ente di riferimento), fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del Codice Civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge: la tutela spetta anche all'Autorità d'ambito ai sensi dell'art. 823, comma 1° del medesimo Codice. Questo articolo perciò amplia ancora di più la demanialità: non solo fino all'acquedotto, come in passato, ma anche alle infrastrutture, tra le quali fognature e impianti di depurazione. Viene inoltre estesa la demanialità anche ai beni delle pubbliche amministrazioni non territoriali, verosimilmente ipotizzando che le infrastrutture pubbliche possano essere realizzate anche dalle Autorità d'ambito ottimale (ATO), e non solo dai singoli enti territoriali³².

²⁸ A fronte del dubbio che la demanializzazione delle acque sarebbe dovuta avvenire nel rispetto del dettato dell'art. 42 Cost., e quindi garantendo sia una proprietà pubblica e privata dell'acqua (comma 1), che l'espropriazione a fronte del pagamento di un indennizzo, la Corte Costituzionale, con la sentenza 259 del 1996 ha rigettato la questione di costituzionalità relativa al riconoscimento della pubblicità delle acque *ex lege* fissata dalla legge Galli. La Corte osserva che la pubblicità costituisce l'esito di un'evoluzione dell'interesse e dell'intervento pubblico legato alla risorsa, che essa attiene all'uso, e non incide sul regime del suolo in cui scorre (punto 3) e ha precisato che comunque non vi è una generalizzata ed indiscriminata forma di pubblicità di tutte le acque, in quanto la stessa legge prevede, privilegiandole, talune utilizzazioni tradizionali caratterizzate da esclusione di interesse generale (punto 4).

²⁹ F. CAZZAGON, *Le acque pubbliche nel Codice dell'ambiente*, in *Riv. giur. amb.*, 2007, 435.

³⁰ F. CAZZAGON, *op. cit.*, osserva che si era cercato nell'inciso "e costituiscono una risorsa" collegato alle parole "criteri di solidarietà" l'argomento per sostenere che "le acque pubbliche sarebbero tali in quanto costituiscono una risorsa in senso sociale", finendo per riprodurre la definizione di acque pubbliche del T.U. Del 1933 e sostenere che la legge Galli e il Codice dell'ambiente non avrebbero inciso sul regime di appartenenza del bene, ma si sarebbero limitati a dettarne le modalità d'uso. Tuttavia l'A. afferma che, al di là dell'argomento testuale sia del D.P.R. del 1999 che del Codice, l'indicazione che siano demaniali tutte le acque superficiali e sotterranee "ancorché non estratte dal sottosuolo" (e quindi non utilizzate) serve proprio ad impedire interpretazioni restrittive circa la pubblicità delle acque. Si v. il commento di R. ALESSE, *Acque pubbliche e private. Previsione della natura pubblica di tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo*, *Giur. cost.*, 1996, 3748 – 3752.

³¹ *Il cui governo spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, in particolare in ordine alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio.*

³² A. BARTOLINI, *op. cit.*

Quanto alla gestione della rete, mentre l'art. 23-bis, co. 5 del d. lgs 112/2008 ha in generale confermato la proprietà pubblica delle reti, stabilendo che la gestione possa essere affidata a privati³³, nel settore idrico l'art. 153 del Codice stabilisce che gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali siano affidati in concessione d'uso gratuita al soggetto gestore del servizio idrico integrato, senza possibilità di gestione separata. Il principio è stato confermato anche dalla Corte Costituzionale, che ha affermato che esiste un divieto generale di separazione della gestione della rete dalla gestione del servizio, e che comunque non è ravvisabile nella disciplina del servizio idrico un'eccezione al principio, neppure implicita³⁴.

Se la situazione dal punto di vista normativo appare perciò abbastanza chiara, e non lascia dubbi sulla pubblicità delle infrastrutture, la vigilanza appare indispensabile per evitare violazioni delle regole. Risulta abbastanza sconcertante che l'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche, nel rapporto relativo al 2005, abbia denunciato che, in spregio all'art. 824 c.c., in 29 ambiti territoriali ottimali (sui quali v. *infra*) le infrastrutture siano state cedute dagli enti locali a società ad intera partecipazione pubblica, e in un caso la società abbia anche alienato le stesse infrastrutture a terzi. Già con il trasferimento a società interamente pubbliche il bene non risulta più demaniale: con la perdita della demanialità, inoltre, vengono meno anche i poteri pubblici a tutela dei beni, riconosciuti dal Codice dell'ambiente anche agli ATO.

Al di là comunque delle patologie, la scelta del legislatore ha mirato ad un regime delle infrastrutture coerente con il regime del bene, nel segno di una sorta di "demanio idrico integrato"³⁵.

I due punti toccati dal discorso appena svolto possono allora essere riannodati. Il problema sembrerebbe facilmente risolto sul nascere: l'acqua non può essere privatizzata, e quindi non c'è ragione per preoccuparsi.

Ad una riflessione più attenta emerge però che affermare che l'acqua e la rete siano beni pubblici, addirittura demaniali, ha scarso significato. Ad uno sguardo disincantato il proprietario dell'acqua è chi gestisce e controlla la risorsa e, vista l'importanza del bene, chi la controlla ha potere di vita o di morte. Dal momento che fondamentalmente solo tramite il servizio idrico ci si può procurare l'acqua, ne discende che il diritto di accesso alla risorsa è fondamentale e giustifica forme di intervento del soggetto pubblico.

Di conseguenza, si può o sostenere che questo bene sia pubblico solo se gestito da un soggetto pubblico nell'interesse della collettività, così come che sia pubblico in quanto vi sia un controllo pubblico per garantire l'uso migliore ed equo del bene, nell'interesse della collettività³⁶, ma non si sfugge dal coinvolgimento del potere pubblico. Quello che non sembra più ammissibile è che quest'ultimo si limiti a garantire il libero uso da parte dei cittadini (come nella prima fase storica), perché è invece richiesto che esso amministri e salvaguardi la risorsa per tutelare le "aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale" (art. 1 D. lgs. 152 del 2006).

3. Il diritto all'acqua a livello internazionale e sovranazionale.

Sgombrato il campo dal dibattito sulla proprietà dell'acqua, e assodato che la risorsa è tutelata, ancora nulla risulta detto sulla garanzia al suo accesso. Va verificato perciò se esista qualche norma che garantisca o neghi il cd. diritto all'acqua, anzitutto nel diritto internazionale e sovranazionale.

La risposta è negativa: ci si è sinora mossi in assenza di un'esplicita formulazione del diritto - individuale o collettivo - all'acqua, il quale avrebbe potuto indurre gli Stati a garantirlo e a bilanciarlo con gli interessi economici³⁷.

³³ Su questo ed altri profili della riforma F.C. RAMPULLA, *Il governo e la gestione del ciclo integrato delle acque*, in *Riv. giur. amb.*, 2009, 255; R. TUMBIOLO, *Servizio idrico integrato: separazione della gestione delle reti dall'attività di erogazione e affidamento di quest'ultima unicamente mediante gara*, *Riv. giur. amb.*, 2010, 341.

³⁴ Corte Costituzionale, 20/11/2009, n. 307: sul punto v. *infra*.

³⁵ A. BARTOLINI, *op. cit.*

³⁶ "Tra proprietà formale del bene e delle infrastrutture e gestione effettiva del servizio vi è una tale asimmetria d'informazioni, al punto da far parlare di proprietà formale e proprietà sostanziale, ovvero il proprietario reale è colui che gestisce il bene ed eroga il servizio". "Un bene è pubblico se è gestito da un soggetto formalmente e sostanzialmente pubblico, nell'interesse esclusivo della collettività". Si v. *Relazione introduttiva ai quesiti referendari. Invertire la rotta. Per un governo pubblico dell'acqua*. Per approfondire: U. MATTEI - E. REVIGLIO, S. RODOTÀ (a cura di), *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007.

³⁷ L. GAROFALO, *Osservazioni sul diritto all'acqua nell'ordinamento internazionale*, *Anal. giur. econ.*, 2010, 17.

Vi è chi ha ovviato a questa mancanza considerando il diritto all'acqua come un corollario del diritto alla vita enunciato nell'art. 3 della "Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo" del 1948, o rinvenendolo negli artt. 22 e 25 della stessa, i quali riconoscono il diritto alla sicurezza sociale e alla salute: il diritto all'acqua sarebbe funzionale alla sopravvivenza e, quindi, al diritto alla vita ed alla salute, e di conseguenza sarebbe anche esso stesso un diritto fondamentale. Ne discenderebbe l'introduzione del principio anche nel nostro ordinamento giuridico, ai sensi degli artt. 10 e 17 della Costituzione³⁸. La tesi è suggestiva ma, molto banalmente, un riferimento esplicito sarebbe preferibile.

Se questo riferimento esplicito è finora mancato, tuttavia il riconoscimento dell'importanza dell'acqua è contenuto in molteplici documenti internazionali degli ultimi cinquanta anni³⁹. Nel 1968 il Consiglio d'Europa adottava la Carta Europea dell'Acqua, affermando che "l'acqua è una risorsa preziosa che ha necessità di una razionale gestione secondo un piano che concili nello stesso tempo i bisogni a breve ed a lungo termine" e che "la buona gestione dell'acqua deve essere materia di pianificazione da parte delle autorità competenti" (par. 9)⁴⁰.

La prima grande Conferenza ONU sull'acqua di Mar de la Plata (Argentina), di un decennio successiva (1977)⁴¹, nella dichiarazione finale ha affermato che "tutti hanno diritto di accedere all'acqua potabile in quantità e qualità corrispondente ai propri bisogni fondamentali". Di poco successiva è l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, che ha proclamato il "Decennio Internazionale dell'Acqua Potabile e dei Servizi Igienici", particolarmente indirizzato ai paesi in via di sviluppo⁴².

Il diritto all'acqua a dire il vero è stato espressamente riconosciuto in alcune convenzioni ONU di quegli anni, ma si è trattato di convenzioni settoriali: l'art. 14, par. 2, lett. h) della Convenzione sui diritti delle donne del 1979, l'art. 24, par. 2, lett. c) della Convenzione sui diritti del fanciullo del 1989, l'art. 28, par. 2, lett. a) della Convenzione sui diritti delle persone disabili del 2006.

Pochi anni dopo è emersa però a livello internazionale anche una seconda prospettiva sull'acqua, che guarda al bene anzitutto come bene economico. Nel 1992 la Conferenza internazionale sull'acqua e l'ambiente, organizzata dalle Nazioni Unite, ha adottato la "Dichiarazione di Dublino sull'acqua nella prospettiva di uno sviluppo sostenibile". Nella Dichiarazione sono espressi quattro principi fondamentali, tra i quali il valore economico dell'acqua, che implica una qualificazione della stessa come bene economico (n. 4)⁴³. Si precisa comunque che "ciascun essere umano ha diritto ad avere accesso all'acqua ad un prezzo ragionevole".

In questa seconda prospettiva, negli stessi anni, e precisamente nel 1996, è stata fondata dalla Banca Mondiale un'organizzazione non governativa molto criticata dai fautori del cd. diritto all'acqua, la quale ha sempre escluso la sussistenza di un diritto all'acqua, e ha puntato al coinvolgimento della gestione dei privati. Si tratta del Consiglio mondiale sull'acqua, al quale partecipano imprese multinazionali, anche operanti in altri settori, la Banca mondiale stessa, alcune organizzazioni internazionali, alcuni Stati quali Canada, Giappone, Francia e Olanda. Si tratta di un'organizzazione privata che ha sempre, nelle dichiarazioni svolte nel corso delle periodiche conferenze, ricostruito l'acqua solo come bisogno e bene economico⁴⁴. Inoltre il Consiglio ha svolto un notevole sforzo, così come l'OCSE⁴⁵, per promuovere forme di

³⁸ L. GAROFALO, *Osservazioni sul diritto all'acqua nell'ordinamento internazionale*, *Anal. giur. econ.*, 2010, 15.

³⁹ P.C. DE CASTRO, *Cambiamento dei paradigmi nella legislazione internazionale a tutela delle acque*, *Riv. giur. amb.*, 2006, 829; S. SANDRI, *L'acqua: una risorsa strategica?*, *Riv. giur. amb.*, 2003, 1; A. DI LIETO, *Il diritto all'acqua nel diritto internazionale*, *Riv. giur. amb.*, 2004, 749. Si v. su questi temi anche R. PETRELLA, *Le grandi sfide mondiali dell'acqua*, *Costituzionalismo.it*, 2006.

⁴⁰ L'art. 1 prevede che "non c'è vita senza acqua. L'acqua è un bene prezioso indispensabile a tutte le attività umane. (...) Essa è indispensabile all'uomo come bevanda e come alimento, per la sua igiene e come sorgente di energia, materia prima di produzione, via per i trasporti e base dell'attività ricreativa". Art. 2: "Le disponibilità di acqua dolce non sono inesauribili". Art. 12: "L'acqua non ha frontiere. Essa è una risorsa comune la cui tutela richiede la cooperazione internazionale".

⁴¹ Già la Dichiarazione della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente (Stoccolma 1972), aveva sottolineato la necessità di preservare adeguatamente le diverse risorse naturali del pianeta, e tra queste l'acqua (principio n. 2).

⁴² Risoluzione 35/18 del 10 novembre 1980: l'obiettivo è fallito, dacché il numero delle persone senza accesso all'acqua potabile e ai servizi sanitari è salito da 1,2 a 2,4 miliardi (2000).

⁴³ I primi tre principi indicano che 1) l'acqua è una risorsa finita e vulnerabile, essenziale per la vita, lo sviluppo e l'ambiente; 2) lo sviluppo e la gestione della risorsa devono basarsi su un approccio di partecipazione utente-pianificatore-livello politico; 3) la donna ha un ruolo centrale nella gestione e protezione dell'acqua. In quegli anni entra anche in vigore il GATS: sulla discussione circa l'applicabilità dell'accordo ai servizi idrici v. F. COSTAMAGNA, *L'impatto del GATS sull'autonomia regolamentare degli stati membri nei servizi idrici ed energetici*, *Dir. comm. internaz.*, 2005, 501.

⁴⁴ Il *Forum* mondiale del mese di marzo 2000 all'Aja, partecipanti più di cento paesi, ha concluso che l'acqua è un bisogno e non un diritto; l'approvvigionamento idrico non è un obbligo statale e la fornitura non deve esser assicurata. Il 16 marzo 2006 il quarto *Forum* mondiale sull'acqua a città del Messico approva la Dichiarazione degli enti locali sull'acqua, nella quale l'acqua non è considerato diritto

collaborazione tra soggetti pubblici e privati nella gestione delle risorse idriche⁴⁶. Del resto il modello della concessione con investimenti a carico del gestore nei paesi in via di sviluppo, promosso in un primo periodo dalla Banca Mondiale, aveva incontrato notevoli insuccessi, dovuti agli alti rischi che i privati avevano dovuto affrontare e alla conseguente eccessiva crescita delle tariffe.

Praticamente in opposizione al Consiglio mondiale è stata proposta con forza la ricostruzione del diritto all'acqua. Nel 1998 a Lisbona un Comitato internazionale per il Contratto mondiale sull'acqua ha redatto il Manifesto sull'acqua: qui l'acqua viene connessa al diritto alla vita, qualificata patrimonio dell'umanità, e si rifiuta l'idea che essa possa essere oggetto di proprietà privata, oggetto di scambio commerciale di tipo lucrativo; il Manifesto proclama la garanzia del diritto all'accesso alla risorsa a tutti e una gestione della risorsa democratica partecipativa e rappresentativa.

In questo contesto, caratterizzato da almeno due visioni contrastanti sulla qualificazione dell'acqua, si è inserita anche la voce dell'Unione Europea. Il documento più importante è senz'altro il "Quadro per l'azione comunitaria in materia di acque con la direttiva 2000/60/CE" del 23 ottobre 2000, che tiene conto dell'importanza del bene, sebbene non ne faccia discendere un diritto all'accesso alla risorsa⁴⁷: il primo considerando tuttavia indica che "l'acqua non è un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto, difeso e trattato come tale"; quindi risultano necessari "una politica comunitaria integrata in materia di acque" (nono considerando).

Al di là della direttiva troviamo però risoluzioni del Parlamento europeo che tengono in grande considerazione la risorsa e affermano, tra l'altro: che la vocazione del settore privato potrebbe essere incompatibile con la fornitura di un servizio al pubblico; che la *partnership* pubblico/privata non dovrebbe essere vista quale panacea; che l'accesso all'acqua per tutti senza discriminazione è un diritto; che va creato un fondo europeo per l'acqua per aiutare i paesi in via di sviluppo⁴⁸; che l'approvvigionamento idrico va "ammodernato" secondo principi, *standard* qualitativi e requisiti di efficienza; che, essendo l'acqua un bene comune dell'umanità, la gestione delle risorse idriche non debba essere assoggettata alle norme del mercato interno (par. 5)⁴⁹; che non è obbligatorio procedere alla liberalizzazione del servizio idrico⁵⁰; che l'acqua è un bene comune e che l'accesso è un diritto fondamentale della persona umana; che la gestione delle risorse idriche si deve basare su un'impostazione partecipativa e integrata che coinvolga gli utenti e i responsabili decisionali nella definizione delle politiche in materia di acqua a livello locale e in modo democratico⁵¹; che non è decisivo chi sia il soggetto che fornisce servizi di interesse generale, per cui dovrebbe essere rispettato il principio di autonomia locale e regionale, che conferisce alle autorità competenti il diritto di scegliere le migliori modalità per la prestazione di ciascun servizio⁵²; che, di nuovo, si tratta di un bene comune dell'umanità e bene pubblico che dovrebbe essere posto sotto controllo pubblico, a prescindere dal fatto che sia gestito, interamente o parzialmente, dal settore privato⁵³.

umano. Nella dichiarazione conclusiva del Forum di Istanbul del marzo 2009 manca il riconoscimento dell'acqua come diritto umano universale, e si afferma che si tratti di un bisogno fondamentale.

⁴⁵ Tra le pubblicazioni più recenti: *As Benefits of Investing in Water and Sanitation, An OECD perspective*, 2011; *Innovative Financing Mechanisms for the Water Sector*, 2010; *Pricing Water Resources and Water and Sanitation Services*, 2010; *Private Sector Participation in Water Infrastructure OECD checklist for public action*, 2009; *Managing Water for All An OECD perspective on pricing and financing*, 2009.

⁴⁶ Nello stesso 1996 il Consiglio promuove la rete *Global Water Partnership* (GWP) a Stoccolma. Anche il rapporto "Camdessus" sul "Financing Water for All", costituito dal Consiglio mondiale dell'acqua, nelle sue raccomandazioni nel marzo 2003 suggerisce il partenariato

⁴⁷ Di poco precedente era stata la Comunicazione della Commissione del 26 luglio 2000, COM(2000) 477, *Politiche di tariffazione per una gestione più sostenibile delle riserve idriche*, mirante a far utilizzare agli Stati lo strumento della tariffa, per influenzare la domanda dei diversi consumatori e migliorare l'efficienza dell'utilizzo delle risorse, invitando in particolare a far rientrare nella tariffa i costi e in particolare i costi ambientali.

⁴⁸ *Sulla comunicazione della Commissione sulla gestione delle risorse idriche nella politica dei paesi in via di sviluppo e priorità della cooperazione allo sviluppo dell'UE* (COM(2002) 132 — C5-0335/2002 — 2002/2179(COS)).

⁴⁹ *Strategia per il Mercato interno – Priorità 2003-2006 - soluzione del Parlamento Europeo sulla comunicazione della Commissione al Consiglio, al parlamento Europeo, al Comitato economico e sociale ed al Comitato delle Regioni*, (COM(2003) 238- C5-0379/2003-2003/2149(INI)).

⁵⁰ Risoluzione del Parlamento europeo, del 13 gennaio 2004, sul Libro verde sui servizi di interesse generale (A5-0484/2003). Il riferimento è *Libro verde sui servizi di interesse generale* del 2003 (COM-2003-270) del 21 maggio 2003.

⁵¹ Risoluzione del Parlamento europeo sul quarto *Forum* mondiale dell'acqua (Città del Messico, 16-22 marzo 2006) 15.3.2006.

⁵² Risoluzione sul Libro bianco della Commissione sui servizi di interesse generale (2006/2101 (INI)).

⁵³ Risoluzione del Parlamento europeo del 12 marzo 2009.

La lettura delle risoluzioni testimonia insomma in maniera abbastanza evidente, in consonanza con molte delle dichiarazioni internazionali adottate in quel periodo, l'interesse dell'Unione europea per una tutela forte dell'acqua, un'indifferenza rispetto al modello di gestione (sul punto più approfonditamente *infra*) e il ricorso alla nozione di bene comune (v. *infra*).

In questo quadro variegato, l'ultimo atto adottato rilevante, e molto atteso, è stato il riconoscimento del diritto all'acqua in una Risoluzione dell'Assemblea Generale dell'ONU (n. 10967 del 29 luglio 2010): si è proclamato il diritto all'acqua come un diritto umano universale e fondamentale; si è precisato che l'accesso all'acqua potabile, pulita e di qualità, e ad installazioni sanitarie di base è un diritto dell'uomo, indispensabile per il godimento pieno del diritto alla vita⁵⁴. Al momento non è facile prevedere quali saranno gli effetti di questo riconoscimento, che non è fonte di obblighi per gli Stati, ma ovviamente esso è valutato con grande soddisfazione da chi si batte per la consacrazione del diritto all'acqua.

Invece il diritto all'acqua è già affermato in alcune Costituzioni: Ecuador (art. 23), Guatemala (art. 128), Messico (art. 27), Panama (art.118), Bolivia. Quest'ultima Costituzione, all'art. 20, stabilisce che: "Ciascuna persona ha diritto all'accesso universale e uguale al servizio di acqua potabile (...). L'accesso all'acqua costituisce un diritto umano e non può essere oggetto di concessione e privatizzazione (...)"

In ultima analisi la lettura di tutti questi documenti restituisce l'idea di una dicotomia tra l'approccio che guarda con timore e quello che guarda con favore al mercato; dicotomia che del resto è presente anche nell'ordinamento interno. Al tempo stesso a tutti i livelli sono molte le affermazioni ricorrenti: così se da un lato non è discussa l'essenzialità della risorsa, la necessità della garanzia dell'accesso per tutti, l'indispensabilità di avere una buona qualità e quantità dell'acqua, dall'altro c'è discussione circa l'intervento dei privati, sia sotto forma di *partnership*, che di concessionari del servizio. Ne viene fuori quindi un insieme di punti di riferimento per l'ordinamento interno, ma senza alcuna prescrizione.

In assenza di una forte e chiara dichiarazione di principio di un diritto all'acqua e in presenza di una disciplina nazionale che tutela la risorsa e ne afferma la pubblicità, ma che non delinea il contenuto di un asserito diritto all'acqua, l'unico modo per capire se e come sia garantito l'accesso alla risorsa è di compiere una breve indagine su come funzioni il servizio idrico.

4. Sul servizio idrico.

L'importanza del servizio idrico tra i servizi pubblici locali è da sempre incontestata, se già la disciplina in materia di municipalizzazione (l. n. 103/1903 e R.D. n. 2578/1925) inseriva al primo posto dell'elenco dei servizi la "costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile" (art. 1)⁵⁵.

L'evoluzione del servizio può essere distinta in diverse fasi.

Come abbiamo visto, agli albori dello stato unitario il primo sviluppo dei servizi idrici nell'ottocento è avvenuto per iniziativa dei concessionari privati e, alla fine dell'ottocento, le aree urbane risultavano provviste di sistemi di adduzione, distribuzione e fognatura.

Quando, agli inizi del secolo, i servizi locali sono entrati nella sfera pubblica con la gestione municipale, i servizi idrici si sono sviluppati grazie a strumenti finanziari come la Cassa depositi e prestiti, e all'intervento dello Stato sui grandi progetti. Gli operatori privati hanno abbandonato (o volontariamente o coattivamente) la gestione del servizio e lo Stato è subentrato loro. Nella stessa direzione dopo la guerra, anche grazie al piano *Marshall*, sono stati costruiti reti e acquedotti: la gestione delle infrastrutture statali è stata affidata a Comuni e consorzi; le Regioni dagli anni settanta in poi hanno provveduto a gestire i sistemi

⁵⁴ In sede Nazioni Unite nel novembre 2002 il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali aveva dichiarato che "*the human right to water is indispensable for leading a life in human dignity. It is prerequisite for realization of other human rights*" (47). "*Water should be treated as a social and cultural good, and not primarily as an economic good*". A tal fine si richiede la libertà di accesso, il diritto ad una fornitura sufficiente, continua, di qualità accettabile, con libertà di accesso senza discriminazioni, con il divieto di disconnessioni arbitrarie e di contaminazioni delle acque. Gli Stati non devono ostacolare il godimento del diritto e devono impedire che esso possa essere intralciato o disturbato. Serve cooperazione ed assistenza internazionale. I soggetti ai quali il diritto è negato devono potere agire giurisdizionalmente o con altri mezzi idonei: E/C.12/2002/11, 20 gennaio 2003.

⁵⁵ Sul servizio idrico integrato si v. M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, *Federalismi.it*; U. POTOTSCHNIG – E. FERRARI, *Commentario alle disposizioni in materia di risorse idriche*, Padova, 2000; A. FIORITTO, *I servizi idrici, Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 2505. Su questi temi si invita anche alla lettura di A. MOLITERNI, *L'acqua, i servizi pubblici locali e lo strumento referendario*, www.treccani.it.

di fognatura e depurazione. Il servizio idrico era limitato alla distribuzione dell'acqua potabile mediante il sistema acquedottistico, e vi era un numero altissimo di operatori (8000).

In una terza fase si è dovuto tenere conto delle crescenti carenze della rete nell'approvvigionamento e depurazione e della grande frammentazione delle opere. La scelta fatta intorno agli anni novanta, anzitutto per ragioni di *deficit* dei bilanci pubblici, di coinvolgere i privati nella gestione dei servizi ha richiesto che questi dismettessero il ruolo sino ad allora ricoperto di costruttori, impiantisti o progettisti, e assumessero quello di tecnici-specialisti e finanziatori. Si sono sviluppate forme di partenariato tra soggetti pubblici e privati, e le società più importanti si sono quotate in borsa: l'azionista principale è rimasto il soggetto pubblico, ma si è accresciuto il ruolo dei privati al di là del mero aspetto finanziario. Il modello delle società per azioni si è trovato a dover coniugare il ricorso a strumenti (e logiche) privatistiche e la centralità del ruolo del soggetto pubblico: al rapporto gerarchico si è sostituito il modello contrattuale, ma le società hanno pure beneficiato di agevolazioni fiscali, di affidamenti diretti, della possibilità di espandersi in altri settori e aree territoriali. Gli investimenti, di origine comunitaria e indirizzati verso le Regioni, si sono progressivamente ridotti.

Tutto questo in un quadro generale (non limitato al servizio idrico) di crescita della regolazione, di affermazione delle autorità di settore, di separazione tra indirizzo politico e gestionale, di trasferimento di competenze tra Stato e Regioni.

4.1. (segue) La disciplina.

Il quadro attuale è quindi caratterizzato da logiche societarie nella gestione dei servizi e dalla presenza di soggetti pubblici che adottano logiche imprenditoriali, per cui la disciplina determina e riflette questa situazione: la normativa di riferimento è la citata legge 5 gennaio 1994, n. 36 (cd. legge Galli⁵⁶). Dopo qualche anno dalla sua adozione è stata poi approvata la già indicata direttiva 2000/60/CE, che interseca la Galli, in quanto si occupa di tutti gli usi e le funzioni dell'acqua e inserisce la regolazione del settore tra le politiche ambientali dell'Unione, in particolare prevedendo il distretto idrografico come unità amministrativa di riferimento e proclamando il principio del recupero dei costi⁵⁶. Le due discipline sono state integrate nel Decreto Legislativo 3 aprile 2006, n. 152 – recante norme in materia ambientale (Codice dell'ambiente), che si occupa della "Gestione delle Risorse Idriche" nella parte III, sezione III: infatti nel Codice sono presenti sia le norme sulla gestione del servizio idrico integrato che quelle sulla difesa idrogeologica del suolo e sulla tutela delle acque dall'inquinamento⁵⁷.

Il primo punto rilevante della disciplina è la visione finalmente unitaria del ciclo dell'acqua: il servizio viene identificato nella captazione, adduzione, distribuzione dell'acqua potabile e nella raccolta e depurazione delle acque reflue. La disciplina si è occupata anche delle acque sotterranee, lasciando fuori gli usi agricoli e industriali (a meno che questi ultimi non ricadessero nel servizio idrico integrato).

La visione unitaria del ciclo costituisce il presupposto per una gestione altrettanto unitaria del servizio, atta a superare la precedente segmentazione e la dimensione municipale. La legge prevede l'identificazione, ad opera delle Regioni, di ambiti territoriali ottimali (ATO), sui quali si organizza in maniera unitaria il servizio, secondo criteri ambientali e economici (rispetto dell'unità di bacino idrografico, del superamento della frammentazione delle gestioni, dell'adeguatezza delle dimensioni gestionali). Gli enti locali rientranti

⁵⁶ Nella direttiva i servizi idrici sono indicati nell'art. 2 numero 38): "a) estrazione, arginamento, stoccaggio, trattamento e distribuzione di acque superficiali o sotterranee; b) strutture per la raccolta e il trattamento delle acque reflue, che successivamente scaricano nelle acque superficiali". Al fine della gestione gli Stati sono tenuti all'individuazione dei bacini idrografici presenti nel loro territorio e ad assegnarli ai diversi distretti idrografici (art. 3), svolgere, "un'analisi economica dell'utilizzo idrico" (art. 5) e predisporre un apposito piano di gestione dei servizi idrici (art. 13). Quanto ai costi, gli Stati membri 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 e secondo il principio "chi inquina paga" (art. 9).

⁵⁷ Per un quadro della I. Galli al momento dell'adozione del Codice dell'ambiente: G. CITRONI, *La politica di riforma dei servizi idrici, Istituzioni, processi e poste in gioco, Ist. federal.*, 2006, 239; N. GIANNELLI, *La riforma dei servizi idrici: uno sguardo alla normativa nazionale e regionale, Ist. federal.*, 2006, 277; G. CITRONI, *La privatizzazione dei servizi idrici: sia mito che realtà, Ist. federal.*, 2006, 315; S. CIMINI, *Il servizio idrico integrato alla luce del Codice dell'ambiente e delle ultime novità normative, Giustamm.it*. A. CONTIERI, *Servizio idrico integrato: sistemi di gestione e loro evoluzione, Gazz. amm.*, 2009, 4; M. G. ROVERSI MONACO, *I servizi pubblici locali tra continuità e nuovi affidamenti (la disciplina del servizio idrico integrato e del servizio di gestione dei rifiuti urbani), Giustamm.it*.

nell'ambito sono associati obbligatoriamente. Alle Regioni spetta anche la disciplina delle forme di cooperazione tra enti locali.

Ogni ambito territoriale ha un' autorità di riferimento (AATO), che svolge il compito di redigere il bilancio dei bacini, gestire l'uso della risorsa⁵⁸ ed esercitare le competenze degli enti locali. Alle autorità d'ambito sono affidati diversi compiti: esse devono in particolare provvedere alla ricognizione delle infrastrutture, al programma degli interventi, al modello gestionale ed organizzativo, al piano economico finanziario; devono anche procedere all'affidamento e all'aggiudicazione del servizio; inoltre hanno anche poteri di controllo e sostitutivi del gestore.

La prospettazione di un unico ciclo ed ambito è poi, a sua volta, funzionale a strutturare la gestione del servizio secondo un modello imprenditoriale: si promuove l'esercizio di economie di scala, sul presupposto che gli operatori debbano avere dimensioni adeguate per sostenere gli investimenti e che questo non sia possibile con una gestione frammentata. Nella ricerca dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, il servizio è affidato ad un unico gestore per ATO, che abbia anche la capacità di effettuare gli investimenti e che deve stipulare con l'AATO stessa una convenzione.

Il disegno complessivo mira così alla netta distinzione dei ruoli e delle funzioni di governo e di gestione: la funzione di regolazione viene ripartita su vari livelli di governo (statale col Coviri, sul quale v. infra, regionale, e locale con l'AATO)⁵⁹; la gestione segue una logica imprenditoriale.

4.2. (segue) La tariffa.

La filosofia dietro la legge Galli è coerente e vi si innesta coerentemente anche lo strumento della tariffa: mediante l'unitarietà della gestione è possibile l'adozione di un meccanismo che permetta agevolmente il finanziamento di ogni aspetto del servizio, senza l'intervento sulla contribuzione generale. Infatti il meccanismo di calcolo della tariffa nella legge Galli mira al raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario e alla coperta integrale dei costi di investimento e gestione, secondo il principio "chi inquina paga", e comprende la remunerazione del capitale investito⁶⁰.

Fino alla legge Galli le tariffe erano state fissate dai Comuni entro un margine di incremento stabilito dal Cip: successivamente si è stabilito che ammortamento e remunerazione del capitale dovessero essere compresi nella tariffa, così che gli investimenti sono risultati a carico della gestione.

A definire la tariffa di base è l'Autorità di ambito, mentre il Ministro dell'ambiente definisce le componenti di costo per la determinazione della tariffa. Il metodo tariffario è fissato con un regolamento ministeriale che dal 1996 non è stato modificato.

La ricostruzione della tariffa nell'ottica dell'autofinanziamento porta, anche sotto questo aspetto, a vedere la tariffa stessa come nulla più che un corrispettivo. In questo senso può essere letta la sentenza della Corte Costituzionale n. 335 del 10 ottobre 2008, che ha ritenuto illegittimo l'obbligo di pagare la quota del servizio di depurazione qualora il cittadino non ne fruisca, e ha a tal fine espressamente stabilito che la tariffa abbia natura di corrispettivo di prestazioni contrattuali e non di tributo⁶¹. Da questa pronuncia appare evidente la ricostruzione della tariffa come corrispettivo, e quindi come prezzo, e si è osservato criticamente come in questo modo si possa arrivare a leggere il servizio idrico in una chiave privatistica e commerciale, che lascerebbe in ombra i profili sociali e le esigenze di perequazione.

⁵⁸ Questo aspetto in particolare è stato potenziato dal Codice dell'Ambiente, dal momento che le Autorità d'Ambito erano state previste a livello regionale, ma non nella legge Galli, e il riconoscimento ufficiale è avvenuto solo nel 2006.

⁵⁹ Su questi profili si v. L. DANESI - M. PASSARELLI - P. PERUZZI, *Quale livello di regolazione per i servizi idrici? Uno schema di analisi sulla distribuzione verticale ed orizzontale delle funzioni di regolazione*, *Merc. conc. reg.*, 2008, 389.

⁶⁰ M. ATELLI, *Il ruolo della tariffa nella disciplina del servizio idrico integrato*, *Anal. giur. econ.*, 2010, 221.

⁶¹ Art. 14 della legge Galli, sostituito poi dall'art. 155 del Codice dell'Ambiente. L. GENINATTI SATÈ, *Illegittimità costituzionale della quota di tariffa per il servizio di depurazione, "retroattività" delle sentenze della Corte Costituzionale e disciplina degli obblighi restitutori* (Nota a C. Cost. 8 ottobre 2008, n. 335), in *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 3257; G. ROSSI, *Profili contrattuali e fiscali nella prestazione di servizi pubblici. Il limite delle "idee chiare e distinte"* (relazione tenuta alla giornata di studio di Federutility su "Gli effetti della sentenza n. 335/2008 come disciplinati dal d.m. 30 settembre 2009: aspetti tecnici e modalità operative", Roma, 24 marzo 2010), in *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 463; E. T. PANERO, *La risorsa idrica nella gestione del servizio idrico integrato (SII)*, (Nota a C. Cost. 10 ottobre 2008, n. 335), in *Riv. giur. amb.*, 2009, 130.

4.3. (segue) L'attualità del servizio idrico.

Il quadro del servizio idrico disegnato dalla legge Galli appare sufficientemente coerente. Tuttavia esso nella prassi non è stato pienamente attuato, anche perché da più parti avversato.

In molte realtà territoriali non si può parlare di servizio idrico integrato, in quanto se è stata in generale superata la frammentazione delle gestioni⁶², convivono ancora il sistema nuovo e quello antecedente, che ha interessato Cipe e singoli Comuni, e va ancora integrato il ciclo idrico, e quindi associate la depurazione e fognatura alla gestione degli acquedotti⁶³.

Lo stesso modello dell'ambito territoriale non è stato realizzato, in quanto il disegno degli ambiti è stato più amministrativo che idrografico, il che ha creato degli ambiti territoriali incoerenti. Il legislatore non è stato peraltro neppure d'aiuto, in quanto da un lato ha stabilito con la legge 27 dicembre 2007, n. 244 (finanziaria per il 2008) che le Regioni dovessero procedere alla "rideterminazione degli ambiti territoriali ottimali", ma dall'altro ha indicato come criterio da seguire la valutazione prioritaria dei territori provinciali quali ambiti ottimali: in subordine la natura dei bacini potrebbe giustificare l'attribuzione a favore delle stesse Regioni, di più Province o più Comuni, da consorzicare. In tal modo si è confermata la discutibile scelta di preferire i confini amministrativi a quelli idrografici⁶⁴.

Quanto poi alla vita degli ATO, si sono manifestati diversi problemi. La partecipazione obbligatoria agli stessi è stata rifiutata da alcuni Comuni: in altri Stati l'aggregazione delle realtà territoriali è favorita, ma è facoltativa. Sarebbe necessario avere ambiti territoriali ancora più ampi (nel Regno Unito sono 10), per aiutare la perequazione.

Il modello della regolazione affidato alle AATO inoltre non è apparso soddisfacente. Esse non sono autorità indipendenti, né organi politici. Non hanno una struttura adeguata per effettuare comparazioni e valutazioni. Sarebbe richiesta una maggiore capacità di definire priorità, indirizzi, decisioni, di esercitare poteri sostitutivi, nonché di favorire una maggiore partecipazione, ma non sono stati previsti interventi a sostegno delle stesse per l'esercizio delle funzioni di regolazione né sotto forma di risorse, né di assistenza, né di formazione. In merito al personale, la nomina di rappresentanti degli enti locali nelle Autorità ha prodotto un conflitto d'interessi strutturale, che ha portato all'assenza di competenze tecniche e ad un'asimmetria informativa a danno delle Autorità, che ha dato grande potere al gestore⁶⁵. Le Autorità inoltre sono state finanziate con le tariffe o con i canoni di concessione⁶⁶.

Il modello tariffario infine non ha garantito tutte le priorità del servizio idrico: infatti, sebbene la tariffa sia cresciuta⁶⁷, gli investimenti sulla rete non si sono autofinanziati e anzi si sono in percentuale molto ridotti⁶⁸.

⁶² Si è tuttavia passati da 16mila gestori a un centinaio, anche se restano 1.300 gestioni separate.

⁶³ Il 34% della popolazione non ha ancora servizio idrico integrato e manca di fogne o depuratori.

⁶⁴ Sulla necessità di cd. geometrie variabili per la gestione dei servizi, sia consentito il rinvio a F. COSTANTINO, *Il potere sostitutivo nei confronti delle comunità montane tra sussidiarietà, principio del giusto procedimento e codice delle autonomie*, Dir. amm., 2007, 587.

⁶⁵ Oggi v. art. 8 regolamento attuativo. Su questi aspetti si v. in particolare M. PRESILLA, *Il Sistema Idrico Integrato tra conflitti d'interesse e ruolo delle Autorità di vigilanza*, *Apertacontrada.it*, di commento alla Relazione annuale al Parlamento per l'anno 2007 del Comitato di Vigilanza sull'uso delle Risorse Idriche e L. ANWANDTER – P. RUBINO, *Perché la finanza privata asseta il settore idrico? Sette proposte per sette ragioni*, *Merc. conc. reg.*, 2006, 197.

⁶⁶ Sulla riforma contenuta nella legge 24 dicembre 2007 n. 244 si v. C. SCARDACI, *Ambiti territoriali ottimali dopo la legge n. 244/2007: una fine annunciata?*, *Amb. svil.*, 2008, 1052.

⁶⁷ Si sta assistendo ad un ritiro dalla fiscalità generale verso il metodo tariffario. Le tariffe in questi anni sono cresciute (dal 1998 al 2008 del 47%, negli ultimi tre anni del 5% annuo) in maniera diseguale (ad Agrigento la tariffa è la più alta e molto alta a Latina, a Milano molto bassa), ma restano molto basse nel confronto europeo (la famiglia in media spende 250 euro l'anno, contro i 560 euro per le sole bevande, la metà della media mondiale). L'insoddisfazione dipende anche dalla mancanza di percezione del miglioramento. Comunque esse sono aumentate in tutti i paesi dell'area Ocse. Gli aumenti sono stati giustificati con promesse di investimenti non realizzate, anche se si ritiene che le cause siano molteplici: la tariffa infatti copre più voci che in passato, in quanto sono presenti anche la manutenzione e investimento, e la stessa defiscalizzazione è considerata la prima causa dell'aumento delle stesse (su questo aspetto A. MASSARUTTO, *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Bologna, 2011, 177). Al di fuori del regime della Galli comunque, (un terzo del territorio), la tariffa è decisa dai Comuni, bassa e non copre il costo dell'esercizio. Le tariffe in passato erano disciplinate in maniera consensuale, ora sono oggetto di regolazione; dal lato pubblico vengono fissate annualmente, mentre in casi di affidamento la tariffa è costante con meccanismi di adeguamento automatico e indicizzazione, fino alla revisione, che è a scadenze prefissate, sebbene spesso sia il gestore a guidare la revisione: è il gestore inoltre a definire a proporre investimenti e incrementi di tariffe, che poi vengono negoziati con il soggetto pubblico. Quello che costa, si osserva rispetto a chi critica l'aumento del costo della risorsa, non è l'acqua in sé, ma il servizio che la conduce al punto di prelievo, il quale implica controlli e monitoraggi, la realizzazione e

Le priorità non sono formalmente cambiate. Infatti, anche secondo il regolamento adottato a valle dell'art. 23-*bis* (Il D.P.R. 7 settembre 2010, n. 168), da un lato il governo delle risorse idriche spetta esclusivamente alle istituzioni pubbliche, e dall'altro in ordine alla qualità e prezzo dell'acqua è garantito il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio.

Tuttavia l'incoerenza sembra destinata ad aumentare con riferimento alle autorità di ambito: l'art. 1, comma 1-*quinquies* della legge 26 marzo 2010, n. 42⁶⁹ ne ha previsto la soppressione, con assegnazione alle Regioni del potere di attribuire con legge le funzioni agli enti locali (e quindi a Comuni, Province, alle Regioni stesse) nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza; sebbene l'attuazione della disposizione sia stata posticipata più volte, attualmente la scadenza per la loro cancellazione è il 31 dicembre 2011. *Ex art.* 142 del Codice è mediante dette Autorità che i Comuni svolgono le funzioni di organizzazione del servizio, scelgono la forma di gestione, determinano le tariffe, affidano la gestione ed esercitano i controlli e, con l'abolizione delle Autorità, sembra sottintesa la volontà di sottrarre tutti questi poteri ai Comuni, qualora questi non fossero gli enti esercenti le funzioni. Questa sottrazione sarebbe contraria al principio di sussidiarietà, particolarmente rilevante soprattutto in riferimento al servizio idrico, che molti ritengono debba essere autoregolamentato dalle singole comunità (*v. infra*).

Lo scenario che si presenta mostra così un servizio idrico non correttamente delineato nei suoi confini; privo di un'autorità, coerente con l'ambito di riferimento, che eserciti adeguatamente i propri poteri; non remunerato con una tariffa che consenta di eseguire investimenti. A questi problemi si aggiunge la questione dell'affidamento del servizio.

4.4. (segue) L'affidamento.⁷⁰

Nell'attuale versione è affidato all'Autorità d'ambito (e come abbiamo visto presto la norma andrà riferita agli enti che sostituiranno le Autorità) il compito di individuare il modello di gestione del servizio idrico integrato⁷¹ e di procedere all'aggiudicazione (articolo 150 del d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152, il quale si occupa

gestione dell'acquedotto e di altri servizi, tra i quali le fognature e le depurazioni (*ex multis*, A. MASSARUTTO, *op. cit.* ma, ad esempio, anche R. CONTI, *Tra Darwin e Frankenstein: Alcune riflessioni sulle forme di gestione dei servizi pubblici*, *Apertacontrada.it*).

⁶⁹ Nel nostro paese le perdite sono molto alte, più che nel resto del mondo, e tendono ad aumentare, dal momento che le infrastrutture sono risalenti e non coprono tutto il territorio. Qualche anno fa l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (rapporto 2006) ha osservato che: "da una media di investimenti di 2,3 mld di euro nel 1985 ad una spesa di poco superiore ai 700 milioni di euro nel 2005. La rete degli acquedotti ha mediamente 32 anni di vita...Un terzo degli acquedotti italiani non è stato oggetto di interventi di manutenzione straordinaria negli ultimi 20 anni". Secondo l'Istituto centrale di Statistica (2008) le perdite ammontano al 47%, per la rete non potabile fino al 65%. In Puglia, Sardegna, Molise e Abruzzo, tali perdite arrivano al 106% e a Palermo all'88%. Il 30,1% dell'acqua immessa in rete si spreca (in Germania 7%). Gli investimenti delle imprese pubbliche locali del Sud sul totale nazionale ammontano al 20% (mentre gli abitanti sono il 35% del totale). Si è riusciti a realizzare solo il 36% dei programmi anche dopo la legge Galli, verosimilmente perché le finanziarie tagliano i fondi promessi e il patto di stabilità frena la spesa in conto capitale degli enti locali; in aggiunta la politica preferisce ridurre gli investimenti che intervenire con tagli sul personale, l'istruzione, la sanità. La percentuale sale con gli investimenti finanziati da banche e *project financing* (mediante la tariffa) nei nuovi ambiti della legge Galli (56%), così che si osserva che le gestioni private hanno investito di più in questi anni (A. MASSARUTTO, *op. cit.*, 69). Il costo dell'indebitamento del settore privato, in generale, è superiore a quello dell'indebitamento pubblico, e questo è uno dei motivi per cui nel mondo la modalità pubblica è stata dominante nel finanziamento delle reti (*International Monetary Fund Public-Private Partnerships*, 12 marzo 2004, par. 38).

⁶⁹ *Rectius*, l'art. 1, comma 1-*quinquies* della legge 26 marzo 2010, n. 42 di conversione del decreto legge 25 gennaio 2010, n. 2 (recante interventi urgenti concernenti enti locali e Regioni), il quale ha dal 1 gennaio 2011 soppresso le AATO *ex art.* 148 (per le gestioni delle risorse idriche) ed *ex art.* 201 (per la gestione dei rifiuti urbani), prevedendo la nullità per gli atti compiuti successivamente alla scadenza. Il decreto legge 29 dicembre 2010, n. 225 – recante proroga dei termini previsti da disposizioni legislative e interventi urgenti in materia di tributaria e di sostegno alle imprese e alle famiglie (cd. "Milleproroghe") – ha poi disposto la posticipazione al 31 marzo 2011, prevedendo che con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, il predetto termine potesse essere prorogato al 31 dicembre 2011. Si v. F. DI DIO, *L'affidamento del SII tra legge Galli e soppressione delle Autorità d'ambito: verso il caos normativo?*, *Amb. svil.*, 2010, 719.

⁷⁰ Un buon inquadramento delle tematiche di fondo, sebbene non aggiornato alle ultime novità, in V. PARISIO, *Acqua, servizio idrico, liberalizzazioni*, *Foro amm. CdS*, 2007, 1289.

⁷¹ Nel rispetto di quanto è statuito nel Piano d'ambito e del principio della unitarietà della gestione: la scelta, secondo l'articolo, va formulata tra i modelli indicati dall'articolo 113, comma 5 del TUEL - come sostituito dall'articolo 14, comma 1, lett. d) della legge 24 novembre 2003, n. 326 (che ha convertito in legge il decreto legge 30 settembre 2003, n. 269) nonché dall'articolo 4, comma 234, della legge 24 dicembre 2003, n. 3502.

della “scelta delle forme di gestione e procedure di affidamento”⁷². L’art. 23-bis⁷³, oggetto del referendum⁷⁴, prevaleva, per espressa disposizione, su questa norma (l’art. 150 non è stato abrogato) e sul vecchio 113 TUEL, al quale quest’ultima si richiama. E quindi, seguendo il 23-bis, l’Autorità di Ambito avrebbe dovuto predisporre le gare, salvo la possibilità di scegliere il modello delle società miste o delle società *in house*, ma nel rispetto dei limiti imposti dalla disposizione oggetto del referendum⁷⁵.

Il quadro evidentemente mirava a favorire nel settore idrico la gara e un rilevante intervento dei privati nelle società miste⁷⁶, per realizzare le economie di scala e per consentire l’affermazione delle *multiutilities*⁷⁷.

4.5. (segue) L’autorità di vigilanza.

La legge Galli prevedeva anche un’autorità di settore.

Il suo ruolo è particolarmente importante se visto in relazione all’apertura del servizio al mercato e alla compresenza di soggetti pubblici e di soggetti privati, condizioni nelle quali il ricorrere di qualche forma di regolazione risulta ineludibile.

Questa autorità ha affrontato già molteplici vicissitudini: in pochi anni dal Comitato per la vigilanza sull’uso delle risorse idriche della legge Galli si è passati all’Autorità di vigilanza sulle risorse idriche e sui

⁷² Mediante gara regolamentata dai principi e dalle norme comunitarie, nel rispetto di quanto stabilito dall’articolo 113, comma 7 del TUEL, o mediante l’affidamento diretto a società partecipate esclusivamente e direttamente dagli enti locali appartenenti all’ambito territoriale ottimale, in presenza di obiettive ragioni tecniche o economiche, o a società parzialmente partecipate dagli enti locali, purché il socio privato sia stato scelto con gara. Ai gestori è affidato il servizio idrico integrato su tutto il territorio dei Comuni che appartengono all’ambito territoriale ottimale (salvo per i Comuni con popolazione inferiore a mille abitanti inclusi nel territorio delle comunità montane).

⁷³ La formulazione originaria dell’articolo 23-bis: “Salvo quanto previsto dal comma 10, lettera e) le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall’evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di apposita deliberazione dell’ente affidante. Sono escluse dalla cessazione le concessioni affidate ai sensi del comma 3”. Il medesimo comma 8 precisava, peraltro, che le concessioni dirette, di cui al comma 3: “In deroga alle modalità di affidamento ordinario di cui al comma 2, per situazioni che, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato, l’affidamento può avvenire nel rispetto dei principi della disciplina comunitaria” erano escluse da detta cessazione, che dunque restava quella fissata dal contratto. Successivamente, con la modifica all’articolo 23-bis, il comma 8 dell’articolo 23-bis è stato sostituito da un’altra previsione normativa, recante la disciplina del regime transitorio applicabile a tutte le tipologie di servizi pubblici locali di rilevanza economica e, parimenti, è stata disposta la soppressione della previsione della lettera e) del comma 10.

⁷⁴ Come integrato dall’art. 12 del regolamento attuativo.

⁷⁵ In particolare il regolamento stabiliva al secondo comma dell’articolo 4 che l’ente che avesse voluto ricorrere all’*in house* avrebbe potuto, nella richiesta di parere all’AGCM, rappresentare specifiche condizioni che giustificassero come la sua scelta non fosse distorsiva della concorrenza e, quindi, fosse legittima: dette condizioni, che dovevano ricorrere congiuntamente, erano la chiusura del bilancio in utile, il reinvestimento nel servizio di almeno l’80% degli utili, l’applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore. Si tratta, come si può notare, di risultati oggettivi che annualmente l’ente doveva conseguire e trasmettere all’AGCM, pena la revoca dell’affidamento e il conferimento della gestione del servizio tramite gara: delle eventuali false dichiarazioni avrebbe risposto il legale rappresentante dell’ente locale.

⁷⁶ In Italia attualmente oltre il 50% delle gestioni attuali è a società *in house*, mentre il 5% dei servizi idrici è gestito da privati. Gli affidamenti infatti sono 114: 58 a società interamente pubbliche, 22 a società miste in cui il socio è stato scelto con gara, 9 miste con partner quotato in borsa, 7 interamente private. Sono presenti gestori stranieri quali *Veolia Water* e *Suez Lyonnaise des Eaux*. La prima privatizzazione è avvenuta nel Comune di Arezza-ATO4 Alto Valdarno (1999), con una cordata guidata dalla *Suez*. Sul punto si afferma che nel corso degli anni le tariffe sono diventate le più alte d’Italia, gli investimenti tra i più bassi, si sono verificate ingenti perdite d’esercizio a causa delle remunerazioni del CdA, e che vi è un pagamento ad *hoc* alla società francese; inoltre è fallito un tentativo di procedere a sanzionare la società (F. Di Dio, *Acqua Sporca. Il gorgo nero delle privatizzazioni*, Roma, 2011, 47). Hanno vinto le gare *Veolia* a Latina, *Suez* ad Arezzo, *Acea* in Toscana in società miste e *Iren* in Sicilia. Il Rapporto Isae sulla finanza pubblica locale 2009 osserva che nel Sud per il 76% (Campania, Calabria, Sicilia, Basilicata e Puglia) le gestioni sono affidate a spa totalmente pubbliche o a uffici interni in gestione diretta.

⁷⁷ Già con l’art. 12 della legge Galli, e oggi con formulazione praticamente identica l’art. 150 del Codice dell’Ambiente, si disponeva che il gestore “previo consenso dell’Autorità d’ambito” potesse “gestire altri servizi pubblici, oltre a quello idrico, ma con questo compatibili, anche se non estesi all’intero ambito territoriale ottimale”. Per lo più al Nord sono presenti *multiutilities*, al Centro società miste, al Sud privati (anche se i privati sono *multiutilities*). L’attuale quadro vede così nel Centro-nord 5-6 società dei grandi Comuni quotate in borsa, che svolgono attività anche nel settore dei rifiuti, del gas e dell’energia elettrica, controllate a larga maggioranza dagli enti locali del bacino servito, garantite da gestioni di lungo periodo. Nel centro-sud ci sono gestioni dirette e frammentate, e la situazione economica delle aree ha imposto in alcune Regioni l’istituzione di Commissari di Stato per la gestione dell’emergenza idrica, con poteri in deroga alle leggi sugli affidamenti di appalti e concessioni; qui è stato maggiore il ricorso al capitale privato, ma con assunzione da parte delle Regioni o dei Commissari stessi di garanzie finanziarie, alle quali non si è fatto fronte (le Regioni per il dissesto dei bilanci, i Commissari in quanto privi di capacità finanziaria) e che hanno dato origine a rilevanti contenziosi; sono presenti sull’area società regionali in cui il privato detiene partecipazioni fino al 49%, con delega alla gestione operativa. E. PAPI, *Servizio idrico integrato: 16 anni per “non” liberalizzare*, *Anal. giur. econ.*, 2010, 211.

rifiuti prevista dal Codice e, al di poco successivo Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche (COVIRI), è poi seguita la Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche (CONVIRI)⁷⁸, che opera presso il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare: come suggeriscono già le denominazioni, non si è mai avuto il coraggio di istituire un'Autorità indipendente vera e propria⁷⁹.

Si è però invocata la costituzione di un'*Authority* che provvedesse alla regolazione dei meccanismi tariffari e della qualità; alla redazione e revisione dei Piani d'Ambito; alla stesura di convenzioni di gestione, disciplinari tecnici, documenti di gara; alla previsione di incentivi e sanzioni per i gestori; all'indirizzo e controllo degli affidamenti e della gestione. In quest'ottica agli enti locali e/o alle AATO verosimilmente residuerebbero compiti di regolazione maggiormente connessi alla situazione del territorio, legati al singolo Piano d'ambito, all'affidamento del servizio, al controllo della qualità del servizio e della tutela ambientale, alla fissazione della tariffa tenendo conto sia del territorio, che della fornitura e del consumo.

Del resto non si può pensare che le Autorità d'ambito riescano a controllare i grandi operatori, meglio attrezzati sia sul piano economico che tecnico. In particolare si è molto sottolineata la necessità di avere un soggetto in grado di rilevare i dati provenienti dalle diverse gestioni e compararne le *performance*.

Verosimilmente nel tentativo di disinnescare le critiche formulate dai molti favorevoli a un maggior intervento dei privati nella gestione dei servizi ma critici verso l'attuale assetto, il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, nell'ambito di un "intervento urgente per l'economia" – ha previsto l'istituzione dell'"Agenzia nazionale di vigilanza sulle risorse idriche" (art. 10), con il compito di sostituire il CONVIRI⁸⁰.

Ad essa sono state assegnate molte delle funzioni che da più parti si è richiesto essa dovesse assumere: definizione e vigilanza dei livelli minimi di qualità del servizio, delle componenti di costo per la determinazione delle tariffe, del metodo tariffario; approvazione delle tariffe; verifica del piano d'ambito, degli indici di valutazione dell'efficienza e dell'economicità delle gestioni; predisposizione delle convenzioni tipo. In particolare costituiscono due novità auspicate il potere di sanzionare i gestori che non forniscono i dati e la revisione del metodo tariffario senza necessità di un decreto del Ministro dell'ambiente.

L'aspetto più problematico attiene all'indipendenza del nuovo organo, che dipende in parte dalla sua qualificazione giuridica. Si tratterebbe – a voler prendere sul serio la denominazione - di un'Agenzia amministrativa, e quindi neppure in questa ipotesi di un'Autorità indipendente in senso stretto.

Tuttavia, in favore della qualificazione come autorità indipendente, si è rilevato come siano tutelati interessi particolarmente sensibili, riconducibili alla collettività e non all'amministrazione apparato, e i compiti siano quelli propri di un'autorità di regolazione e vigilanza; inoltre la pretesa di indipendenza non può essere eccessiva, dal momento che si tratta di un ente che svolge regolazione settoriale e non di garanzia del mercato e che il processo di privatizzazione, liberalizzazione e integrazione del mercato non è ad uno stadio avanzato⁸¹.

Però, a guardare come è configurata l'Agenzia, si denota come l'indipendenza sia presente ma non particolarmente marcata. Da un lato in favore dell'indipendenza si può rilevare come l'Agenzia sia definita come soggetto giuridicamente distinto e funzionalmente indipendente dal Governo, che opera sulla base di principi di autonomia organizzativa, tecnico-operativa e gestionale, di trasparenza e di economicità e che svolge le proprie funzioni con indipendenza e di giudizio, con il finanziamento degli operatori. Inoltre la designazione dei membri⁸², così come il riferimento alla loro competenza e professionalità e le norme sull'incompatibilità, sembrano ricordare una autorità indipendente.

Dall'altro lato però la si è definita Agenzia, con una implicita sottolineatura del controllo del Governo; le norme per il funzionamento saranno definite con decreti del Presidente del Consiglio; il Governo potrà

⁷⁸ Prevista dall'art. 9-bis, comma 6, del decreto-legge n. 39 del 2009: si tratta del decreto riguardante "Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici nella regione Abruzzo nel mese di aprile 2009 e ulteriori interventi urgenti di protezione civile".

⁷⁹ Si pensi all'assenza del potere di fissazione delle tariffe, e della dipendenza gerarchica funzionale dal Ministero dell'Ambiente e del Territorio. Tuttavia, mentre il precedente Coviri (Comitato per la Vigilanza sull'uso delle risorse idriche) era un organo indipendente della pubblica amministrazione e rispondeva direttamente al Parlamento, il Conviri era incardinato presso il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare.

⁸⁰ Per un primo commento G. NAPOLITANO, *Acqua e Poste: l'ibrido delle due Agenzie*, www.firstonline.info; D. AGUS, *Le agenzie per le risorse idriche e per il settore postale. L'importanza di chiamarsi Autorità*, 27 maggio 2011, nelmerito.com. I compiti dell'Agenzia quindi non sono stati assegnati all'AEEG come in un primo momento ipotizzato.

⁸¹ G. NAPOLITANO, *op. cit.*

⁸² La designazione dei componenti sarà effettuata dal Governo, sebbene per la nomina serva il parere favorevole di due terzi dei membri delle commissioni parlamentari.

sciogliere l'Agenzia per gravi e motivate ragioni inerenti al suo corretto funzionamento e al perseguimento dei suoi fini istituzionali; lo statuto e il regolamento sono di approvazione governativa. Inoltre la durata del mandato dei membri è inferiore a una legislatura (triennale rinnovabile una sola volta), il Direttore Generale è nominato dal Governo, così come il Collegio dei Revisori. Inoltre personale e risorse sono di indicazione governativa (dal momento che si opera con trasferimento di funzionari).

L'Agenzia risulta quindi ancora insoddisfacente sia per chi aspirava ad un'Autorità fortemente indipendente in grado di regolare un settore aperto alla concorrenza, sia per chi desiderava un soggetto in grado di controllare la gestione di un servizio di centrale importanza. Poi, in particolare, l'esperienza delle precedenti incarnazioni di questa Agenzia ha messo in rilievo come l'organizzazione e l'elenco delle funzioni attribuite non sia sempre significativo, in quanto risulta sempre necessario verificare se e come i poteri vengono esercitati, anche alla luce delle risorse attribuite.

Il servizio idrico integrato, così come è stato sinora congegnato, risponde ad un'impostazione naturalmente indirizzata verso una gestione economica e imprenditoriale; questo carattere giustifica anche il *favor* verso un modello concorrenziale aperto ai privati, così come pone in rilievo la necessità di una seria autorità di regolazione. Ma per scardinare questi presupposti bisogna mettere in questione due punti chiave. È ciò che è stata chiamata a fare la Corte Costituzionale, investita in particolare della legittimità dell'art. 23-*bis*, quando ha dovuto decidere se le Regioni o altri enti abbiano il potere di dichiarare il servizio idrico integrato privo di rilevanza economica; se il servizio idrico integrato possa, per decisione degli enti locali, essere gestito in maniera da escludere i soggetti privati.

5. La giurisprudenza costituzionale.

La Corte Costituzionale si era già pronunciata in diverse occasioni sulla disciplina del servizio idrico e su quella dei servizi pubblici locali in generale.

Tre sono i dati di cui tenere conto in partenza. Anzitutto la Corte ha in questi anni stabilito che spetta allo Stato la disciplina dei servizi pubblici di rilevanza economica, in quanto si tratta di norme poste a tutela della concorrenza; del pari ha ritenuto che vi sia competenza legislativa regionale per i servizi privi di rilevanza economica, e che siano i giudici nazionali a dovere identificare questi servizi sulla base del soggetto erogatore, dei caratteri e delle modalità della prestazione, dei destinatari⁸³.

In secondo luogo la Corte ha ripetutamente sostenuto che la disciplina sul servizio idrico integrato è nel suo complesso di competenza esclusiva statale, in particolare da quando le disposizioni della Galli sono

⁸³ Sentenza 272 del 2004. La disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica non viene ricondotta né alla competenza legislativa statale in tema di "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, secondo comma, lettera m), né a quella in tema di "funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane" (art. 117, secondo comma, lettera p), giacché la gestione dei predetti servizi non viene considerata esplicazione di una funzione propria ed indefettibile dell'ente locale. Viene invece ricondotta nell'ambito della materia "tutela della concorrenza", riservata dall'art. 117, secondo comma, lettera e) della Costituzione alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Anche se la disciplina incide su situazioni di non concorrenzialità del mercato (per la presenza di diffuse condizioni di monopolio naturale e riguardando interventi propriamente di "promozione" e non già di "tutela" della concorrenza), non ricorre la competenza regionale in tema di servizi pubblici locali, in quanto la tutela della concorrenza non va intesa soltanto in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche nell'accezione dinamica, che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali. La tutela della concorrenza e l'inderogabilità della disciplina da parte di norme regionali sono però esplicitamente evocate in riferimento ai soli servizi pubblici locali attualmente classificati come "di rilevanza economica", di cui all'art. 113, e non già in riferimento ai servizi "privi di rilevanza economica" previsti dall'art. 113-*bis*. La nuova denominazione già di per sé può indicare che il titolo di legittimazione per gli interventi del legislatore statale costituito dalla tutela della concorrenza non sia applicabile a questo tipo di servizi, proprio perché in riferimento ad essi non esiste un mercato concorrenziale. La Corte precisa che la Commissione europea, nel "*Libro Verde sui servizi di interesse generale*" (COM-2003-270) ha affermato che le norme sulla concorrenza si applicano soltanto alle attività economiche, e che la distinzione tra attività economiche e non economiche ha carattere dinamico ed evolutivo, cosicché non sarebbe possibile fissare a priori un elenco definitivo dei servizi di interesse generale di natura "non economica". Secondo la costante giurisprudenza comunitaria spetta infatti al giudice nazionale valutare circostanze e condizioni in cui il servizio viene prestato, tenendo conto, in particolare, dell'assenza di uno scopo precipuamente lucrativo, della mancata assunzione dei rischi connessi a tale attività ed anche dell'eventuale finanziamento pubblico dell'attività in questione (Corte di giustizia CE, sentenza 22 maggio 2003, causa 18/2001). Per i servizi locali, quindi, che, in relazione al soggetto erogatore, ai caratteri ed alle modalità della prestazione, ai destinatari, appaiono privi di "rilevanza economica", è riconosciuto spazio per una specifica ed adeguata disciplina di fonte regionale ed anche locale.

state trasposte nel Codice dell'Ambiente⁸⁴. Peraltro anche la disciplina delle competenze comunali in ordine al servizio idrico è stata affidata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in quanto esse, sia per ragioni storico-normative sia per l'evidente essenzialità del servizio alla vita associata delle comunità stabilite nei territori comunali, devono essere considerate quali funzioni fondamentali degli enti locali (materia di competenza esclusiva statale), pur non escludendo che la competenza in materia di servizi pubblici locali resti una competenza regionale, se pur di conseguenza limitata⁸⁵.

In terzo luogo la Corte Costituzionale ha in più occasioni precisato che la competenza esclusiva statale in materia di tutela di concorrenza riguarda anche le modalità di gestione del servizio idrico integrato. La Corte ha ritenuto che le regole che disciplinano le modalità del conferimento e i requisiti soggettivi del gestore assicurino la concorrenza nel servizio, in quanto mirano a garantire trasparenza, efficienza, efficacia ed economicità della gestione⁸⁶. In questa chiave anche l'individuazione di un'autorità d'ambito, la determinazione della tariffa secondo il criterio del *price-cap*, la predisposizione e l'aggiornamento del piano d'ambito atterrebbero alla tutela della concorrenza, in quanto - a detta della Corte - il superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche consente la razionalizzazione del mercato e quindi la concorrenzialità e l'efficienza dello stesso⁸⁷.

In questo quadro generale, nel quale le Regioni possono disciplinare solo i servizi pubblici privi di rilevanza economica e la disciplina statale assume un'importanza decisiva, in quanto lega i servizi a rilevanza economica, e tra questi il servizio idrico, alle disposizioni a tutela della concorrenza, la Corte ha affrontato nella sentenza 325 del 2010 l'art. 23-*bis*, anche in relazione al servizio idrico integrato.

Le Regioni hanno contestato l'idea che la tutela della concorrenza, in particolare alla luce del diritto europeo, giustificasse l'imposizione alle Regioni di peculiari modelli organizzativi (la gara o la società mista con imposizione della percentuale di coinvolgimento del privato), e potesse impedire alle autonomie territoriali una valutazione comparativa tra le diverse modalità di gestione, in virtù tra l'altro del riconoscimento alle Regioni della competenza legislativa residuale in materia di servizi pubblici locali. Esse hanno evidenziato la distinzione tra la disciplina del funzionamento del mercato, che deve essere pro-concorrenziale, e la disciplina sulla decisione dell'ente territoriale di operare direttamente, o di entrare nel mercato, in quanto la pro-concorrenzialità dovrebbe essere bilanciata col rispetto dell'autonomia degli enti pubblici, specie se territoriali.

⁸⁴ Sentenza 476 del 2009. Solo ad esempio: l'art. 144, comma 1, che disciplina il regime proprietario delle acque, viene ricondotto alla materia dell'ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lettera l) e i successivi commi dell'art. 144, che disciplinano i criteri dell'uso delle acque, all'ordinamento civile e alla tutela dell'ambiente (art. 117, secondo comma, lettera s, Cost.); l'art. 145, che disciplina l'equilibrio del bilancio idrico, e l'art. 146, che disciplina il risparmio della risorsa idrica, alla materia della tutela dell'ambiente. Si v. anche sent. 142 del 2010 sulle competenze amministrative di controllo relative alla pianificazione d'ambito a fissare i confini degli ambiti territoriali e ai parametri che i gestori devono seguire nel fissare le tariffe: F. DI DIO, *Pianificazione d'ambito e tariffa: solo statali le funzioni di regolazione e garanzia (nota a Corte Cost. n. 142/2010)*, *Amb. svil.*, 2010, 354, nonché relativamente alla tariffa anche la sentenza 29 del 2010, sulla quale F. SCITTARELLI, *Competenza tra Stato e Regioni in materia di tariffe del servizio idrico integrato (Nota a C. Cost. 4 febbraio 2010, n. 29)*, in *Rass. avv. Stato*, 2010, 153.

⁸⁵ Sentenza 307 del 2009, sulla quale v. F. MERLONI, *Una "new entry" tra i titoli di legittimazione di discipline statali in materie regionali: le "funzioni fondamentali" degli enti locali. Commento alla sentenza n. 307 del 2009, Le Regioni*, 2010, 794. Si v. sul punto anche la sent. 272 del 2004, sulla quale F. CASALOTTI, *La Corte costituzionale e i criteri di riparto delle competenze con riferimento ai servizi pubblici locali dopo la riforma del Titolo V Parte II della Cost.: la sentenza n. 272 e l'ordinanza n. 274 del 2004, Le Regioni*, 2005, 262.

⁸⁶ 246 del 2009, punto 14.1. L'art. 150 del Codice è ritenuto legittimo quando richiama i commi 5 e 7 dell'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000, in quanto disciplina aspetti generali attinenti alla tutela della concorrenza, quali la forma di gestione e le procedure di affidamento del servizio idrico integrato. Queste regole sono per la Corte dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato, disciplinando le modalità del suo conferimento e i requisiti soggettivi del gestore, al precipuo scopo di garantire la trasparenza, l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della gestione medesima. Anche il superamento della frammentazione della gestione, perseguito attraverso l'affidamento unitario di quest'ultima in ambiti territoriali ottimali, concorre alla piena realizzazione di tali finalità. Lo stesso comma 1 dell'art. 113 del d. lgs. n. 267 del 2000 prevede che le disposizioni che "disciplinano le modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici locali" "concernono la tutela della concorrenza". Il principio è ripreso nella sentenza 325 del 2010. Tra i commenti alla sentenza 325 del 2010 A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine della sentenza 325 del 2010*, in questa rivista; S. MUSOLINO, *La riforma dei servizi pubblici locali è costituzionalmente legittima e compatibile con l'ordinamento comunitario*, *Urb. App.*, 2011, 49. Sia consentito il richiamo a F. COSTANTINO, *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010*, in questa rivista. Altri commenti sono S. MAROTTA, *La depubblicazione dei servizi idrici dalla municipalizzazione all'obbligo di esternazione*, in corso di pubblicazione su *Munus* e V. COCOZZA, *Una nozione oggettiva di "rilevanza economica" per i servizi pubblici locali, primo commento a Corte costituzionale*, 3 novembre 2010, n. 325, in corso di pubblicazione su *Munus*.

⁸⁷ Il riferimento è anche alla tutela dell'ambiente. Punto 12 della sentenza 246 del 2009 sull'autorità d'ambito, 12 e 17 sulla tariffa, punto 13 sul piano d'ambito.

La Corte ha rigettato le istanze provenienti dalle Regioni. Essa ha ritenuto che, sebbene la disciplina europea non fosse restrittiva nei confronti delle società miste e dell'*in house*, e quindi la scelta del nostro legislatore più pro-concorrenziale di quella europea non fosse necessaria⁸⁸, non vi era nessun contrasto con l'ordinamento europeo. In contrario si osservava che le norme del Trattato e della direttiva Bolkestein⁸⁹, così come la giurisprudenza della Corte di Giustizia⁹⁰, non impongono in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare le funzioni di servizio pubblico⁹¹.

Inoltre la Corte ha rivendicato alla competenza esclusiva statale la disciplina delle modalità di affidamento del servizio pubblico⁹², in quanto attinente alla tutela della concorrenza e non alla "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (perché si tratta di servizi di rilevanza economica), così come neppure alle "funzioni fondamentali" degli enti locali (tanto meno quando si fa riferimento all'acqua e quindi al servizio idrico)⁹³, perché la gestione non riguarda profili funzionali degli enti locali.

La Corte ha anche definito – e questo è sicuramente il punto più rilevante – i servizi a rilevanza economica. In assenza di una esplicita definizione essa ha evidenziato un'omologia tra la nozione di servizi "di rilevanza economica", alla quale si fa riferimento, e quella comunitaria di "di interesse economico generale" (SIEG)⁹⁴. Ha poi fornito una lettura "oggettiva" della nozione comunitaria di interesse economico⁹⁵: ciò consente – secondo la Corte – di valutare l'interesse economico di un servizio che già esiste sul mercato e, nel caso di servizio pubblico da immettere nel mercato, permette di prendere in considerazione la concreta ed oggettiva realizzabilità dell'apertura di un mercato, al di là della soggettiva decisione dell'ente.

Per questo, per la Corte, i servizi pubblici locali non cessano di avere "rilevanza economica" per il solo fatto che vi sia una prognosi di inefficacia o inutilità del semplice ricorso al mercato; al contrario la rilevanza economica sussiste pure quando, per garantire prestazioni di qualità ad utenti svantaggiati dal contesto territoriale, sia necessario un pubblico intervento o finanziamento, sempre che sia concretamente possibile creare un mercato.

La nozione oggettiva per l'applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento giustifica la competenza legislativa esclusiva dello Stato. Viene così rigettata la tesi regionale secondo la quale le Regioni o gli enti locali avrebbero potuto, caso per caso, valutare la rilevanza economica del servizio.

Questo punto della decisione è stato il più discusso e discutibile della sentenza: se il servizio di interesse economico generale non si riduce al servizio pubblico locale di rilevanza economica, dovrebbe essere consentito agli enti diversi dallo Stato di qualificare i loro servizi, ad esempio e anzitutto il servizio idrico⁹⁶; una nozione oggettiva *ex ante* di rilevanza economica appare in grado di estendere a dismisura la

⁸⁸ L'incipit dell'art. 23-bis: "...le disposizioni del presente articolo disciplinano l'affidamento e la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica in applicazione della disciplina comunitaria" infatti allude all'ipotesi che la legge adempia ad un obbligo comunitario e che quindi sia comunitariamente necessitata. Sul punto la Corte ha rilevato che la normativa italiana invece integra solo "una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare".

⁸⁹ Si v. fin dal Considerando 8) della Direttiva (123 dl 2006): "è opportuno che le disposizioni della presente direttiva relative alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione sono aperte alla concorrenza e non obblighino pertanto gli Stati membri a liberalizzare i servizi d'interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione".

⁹⁰ Ad es. nella decisione 9 giugno 2009, causa C 480/06.

⁹¹ Si cita a proposito anche Corte Giustizia CE sez. I, 10 novembre 2005 C-29/04; grande sez., 9 giugno 2009, C-480/06; sez. III, 13 novembre 2008, C-324/07. Per tutti, C.E.GALLO, *Affidamenti diretti e forme di collaborazione tra enti locali*, Urb. app., 2009, 1176.

⁹² Seguendo la già citata giurisprudenza consolidata: si vedano ad es. le sentenze 24 luglio 2009 n. 246, 1 febbraio 2006 n. 29, 27 luglio 2004 n. 272.

⁹³ Si v. *contra*, relativamente al servizio idrico, la sentenza 307 del 2009, per quanto poi non se ne traggano indicazioni contrarie relativamente alla competenza legislativa.

⁹⁴ Cfr. F. CINTIOLI, *Servizi pubblici e concorrenza. servizi di interesse economico generale, promozione e tutela della concorrenza*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, 453; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, 313; G. NAPOLITANO, *La regolazione dei servizi d'interesse economico generale. i modelli di regolazione dei servizi di pubblica utilità e il consorzio regolamentare europeo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2010, 218; L. PERFETTI, *Servizi di interesse economico generale e pubblici servizi (sulla comunicazione della commissione europea relativa ai servizi di interesse generale del 20 settembre 2000)*, in *Riv. it. dir. pub. comun.*, 2001, 479; D. SORACE, *I servizi "pubblici" economici nell'ordinamento nazionale ed europeo, alla fine del primo decennio del XXI secolo*, in *Dir. amm.*, 2010, 1; F. TRIMARCHI BANFI, *I servizi pubblici nel diritto comunitario: nozione e principi*, in *Riv. it. dir. pub. comun.*, 2008, 1063.

⁹⁵ Scopo lucrativo, l'assunzione dei rischi dell'attività, l'incidenza del finanziamento pubblico.

⁹⁶ A. LUCARELLI, *op. cit.*

competenza statale a tutti i servizi pubblici e, quindi, di obbligare ad aprirli tutti alla concorrenza, così obliterandone i fini sociali⁹⁷; vi è contraddizione con la giurisprudenza amministrativa, che ha ritenuto si debba valutare caso per caso la rilevanza economica, e quindi ha adottato un parametro soggettivo⁹⁸; la Corte si contraddice allorché prima afferma l'assenza di vincoli europei, e poi ritiene di attingere la nozione di rilevanza economica dall'ordinamento comunitario; la nozione ha valenza socio-economica ma non giuridica, ed è stata storicamente inserita al fine di privatizzare i servizi locali, per cui si ha il paradosso di una categoria posta da una legge ordinaria che diventa per la Corte parametro per giudicare dell'apertura dei servizi al mercato.

La Corte, alla luce del ragionamento effettuato, ha così confermato la competenza statale a qualificare il servizio idrico come di rilevanza economica, ed escluso ogni potere degli enti infrastatali di fornire una diversa qualificazione⁹⁹. Di conseguenza ha reputato illegittima la previsione regionale¹⁰⁰ che, sulla base della ricostruzione del servizio come privo di rilevanza economica, stabiliva autonomamente le forme giuridiche dei soggetti cui affidare il servizio e il termine di decadenza degli affidamenti in essere, così come la previsione che attribuiva alla Giunta regionale e all'AATO una serie di competenze amministrative spettanti all'allora COVIRI e che faceva rinvio per l'affidamento del servizio idrico integrato a disposizioni dell'articolo 113, TUEL incompatibili con con l'attuale 23-bis, d. l. 112/2008¹⁰¹.

Al contrario però, ed abbastanza incoerentemente, la Corte ammette l'intervento legislativo delle Regioni pure in materia di tutela della concorrenza, purché in chiave pro-concorrenziale¹⁰². La Corte aveva infatti poco tempo prima ritenuto¹⁰³ legittima una legge regionale lombarda¹⁰⁴ che aveva previsto che si dovesse procedere all'affidamento del servizio di erogazione idrica solo mediante gara pubblica¹⁰⁵, con una scelta quindi più pro-concorrenziale di quanto previsto dalla legge statale¹⁰⁶, e la Corte non aveva ravvisato lesione della competenza esclusiva statale in materia di concorrenza, in quanto la disciplina era stata emanata nell'esercizio di una competenza residuale regionale, relativa "ai servizi pubblici locali", con incidenza sulla concorrenza solo indiretta¹⁰⁷.

6. Apertura al mercato e obblighi comunitari.

⁹⁷ Cfr. MAROTTA e COCOZZA, op. cit.

⁹⁸ "Occorre far ricorso ad un criterio relativistico, che tenga conto della peculiarità del caso concreto, quali la struttura concreta del servizio, le concrete modalità del suo espletamento, i suoi specifici connotati economico- organizzativi, la natura del soggetto chiamato ad espletarlo, la disciplina normativa del servizio".

⁹⁹ Espressamente ai punti 7, 11.4, 14, 19.

¹⁰⁰ Art. 1, comma 1 della l. r. Campania n. 2 del 2010.

¹⁰¹ Art. 4, commi 1, 4, 5, 6 e 14, della legge della Regione Liguria 28 ottobre 2008, n. 39.

¹⁰² Sentenza 20 novembre 2009, n. 307.

¹⁰³ S. MUSOLINO, *Per la Corte Costituzionale sono legittime le norme regionali che escludono l'in house*, Urb. app., 2010, 412.

¹⁰⁴ Art. 49 della legge 26 del 2003 della Regione Lombardia, novellata dalla legge 18 del 2006.

¹⁰⁵ Sul punto, peraltro, in un primo momento la sentenza 401 del 2007 aveva inibito ogni intervento delle Regioni, anche pro-concorrenziale, argomentando sulla base della riconduzione della tutela della concorrenza alla materia di competenza esclusiva statale: ex multis R. BIN, *Alla ricerca della materia perduta*, in *Le Regioni*, 2008, 398; L. CASSETTI, *Appalti e concorrenza: quante sono le "anime" della competenza esclusiva statale in materia di "tutela della concorrenza"?*, *Giur. cost.*, 2007, 4559; A. CELOTTO, *La "legge di Kirschmann" non si applica al codice degli appalti*, in *Giustamm.it*; P. CHIRULLI, *Tutela della concorrenza e potestà legislativa statale in materia di appalti pubblici: il fine giustifica i mezzi?*, in *Riv. trim. app.*, 2008, 740; F. GHERA, *Il riparto di competenze tra stato e regioni in materia di appalti pubblici*, in *Riv. giur. ed.*, 2008, 176; E C. LOMBARDI, *Il diritto europeo e la trasversalità dell'intervento a tutela della concorrenza legittimano la disciplina statale dell'evidenza pubblica*, in *Giur. cost.*, 2007, 4569. Con la sentenza 431 del 2007 si era poi ammessa la legittimità di norme regionali con effetto pro-concorrenziali, purché l'incidenza sull'assetto della concorrenza fosse limitato ad effetti indiretti e marginali: G. FARES, *Appalti pubblici e misure pro-concorrenziali: ancora da decifrare gli spazi per l'intervento normativo delle Regioni*, *Giustamm.it*. Il principio è stato poi ribadito nella 160 del 2009: A. MASSERA, *La disciplina dei contratti pubblici: la relativa continuità in una materia instabile*, in *Giorn. dir. amm.*, 2009, 1252. Nello stesso segno può interpretarsi anche la pronuncia 29 del 2006 (R. CARANTA, *Servizi pubblici locali, tutela della concorrenza e riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Giur. it.*, 2006, 1737), laddove si ritiene legittima la previsione della Regione Abruzzo (l. 23/2004) che aveva fissato il limite minimo del 40% alla partecipazione del socio privato alla società mista, limite peraltro impugnato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

¹⁰⁶ Si noti la consonanza con la giurisprudenza della Corte relativa alla tutela dell'ambiente, di competenza esclusiva statale: anche in questo caso si è stabilito che solo nell'esercizio delle proprie competenze le Regioni possano disporre in via indiretta una tutela più rigorosa dell'ambiente. Si v. per tutti P. MADDALENA, *L'interpretazione dell'art. 117 e dell'art. 118 della Costituzione secondo la recente giurisprudenza costituzionale in tema di tutela e di fruizione dell'ambiente*, www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁰⁷ Art. 49, comma 4, l. reg. Lombardia n. 26 del 2003.

La decisione della Corte lascia più di una perplessità: come in altre occasioni, l'ordinamento italiano ha assunto un atteggiamento singolarmente più favorevole verso il mercato di quanto non avvenga in altri ordinamenti e nello stesso ordinamento europeo.

Ma rimane indubbio che l'apertura al mercato di questi servizi non è richiesta dal diritto dell'Unione europea.

Sono molti gli elementi in questo senso: gli articoli 14 e 106 del Trattato, con riferimento ai servizi di interesse economico generale (tra i quali il servizio idrico¹⁰⁸), prevedono che l'assolvimento dei loro compiti e l'adempimento della propria missione fungano da limite all'applicazione delle regole della concorrenza¹⁰⁹; questi articoli possono essere letti insieme all'art. 345 TFUE (ex art. 295 TCE), il quale enuncia il principio di neutralità¹¹⁰, *sub specie* di "neutralità rispetto al regime di proprietà, pubblica o privata, delle imprese"¹¹¹, alla luce del quale è indifferente quale sia il modello che si adotta nella gestione di questi servizi.

Questi principi sono poi ulteriormente esplicitati in alcuni protocolli e direttive che garantiscono la discrezionalità delle autorità nell'organizzare i servizi¹¹², la libertà di forma giuridica di chi presenta un'offerta¹¹³ e precisano che gli Stati non sono obbligati a liberalizzare e privatizzare questi settori¹¹⁴. Similmente la giurisprudenza stabilisce che un'autorità può adempiere ai compiti di interesse pubblico ad essa incumbenti mediante propri strumenti, senza essere obbligata a far ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi¹¹⁵; che il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico¹¹⁶; che il rapporto tra un'autorità pubblica, che sia un'amministrazione aggiudicatrice, ed i suoi servizi soggiace a considerazioni e ad esigenze proprie del perseguimento di obiettivi di interesse pubblico¹¹⁷.

7. I referendum.

¹⁰⁸ Nella direttiva 2000/60 la fornitura idrica è definita "servizio d'interesse generale". Non si specifica se di natura economica o meno, ma non se ne dubita. Si v. E. STICCHI DAMIANI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, *Anal. giur. econ.*, 2010, 143.

¹⁰⁹ Art. 14: "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, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti"; art. 106: "Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, 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 dell'Unione".

¹¹⁰ "I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri".

¹¹¹ Di cui troviamo un riferimento nella Comunicazione della Commissione I servizi d'interesse generale in Europa (2001/C 17/04).

¹¹² Il Protocollo 26 sui servizi di interesse generale allegato al trattato sull'Unione e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea prevede che "I valori comuni dell'Unione con riguardo al settore dei servizi di interesse economico generale ai sensi dell'articolo 14 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea comprendono in particolare: - il ruolo essenziale e l'ampio potere discrezionale delle autorità nazionali, regionali e locali di fornire, commissionare e organizzare servizi di interesse economico generale il più vicini possibile alle esigenze degli utenti; - la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; - un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente".

¹¹³ "Le offerte possono venir presentate da raggruppamenti di prestatori di servizi. A tali raggruppamenti non può venir richiesto di assumere una forma giuridica specifica ai fini della presentazione dell'offerta; ciò può tuttavia venir richiesto al raggruppamento selezionato una volta che gli sia stato aggiudicato l'appalto. I candidati od offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a svolgere la prestazione del servizio di cui trattasi non possono venir respinti soltanto per il fatto che, a norma delle disposizioni vigenti nello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche".

¹¹⁴ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno: "È opportuno che le disposizioni della presente direttiva relative alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione sono aperte alla concorrenza e non obblighino pertanto gli Stati membri a liberalizzare i servizi d'interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione" (cons. 8).

¹¹⁵ V. *Stadt Halle e RPL Lochau*, Sentenza 11 gennaio 2005, Prima Sezione C-26/03, 48; *Coditel Brabant*, Sentenza 13 novembre 2008, Terza Sezione, C-324/07, 48; *Commissione/Germania*, Sentenza 9 giugno 2009 Grande Sezione, C-480/06, 45.

¹¹⁶ *Commissione/Germania*, cit., 47.

¹¹⁷ *Stadt Halle*, cit., 50.

Lo spiraglio che però è stato lasciato aperto dalla decisione 325 del 2010 ha costituito il cavallo di Troia per l'operazione referendaria di abrogazione dell'articolo 23-bis. Una volta affermato che l'art. 23-bis non è norma a contenuto comunitariamente vincolato (e quindi costituzionalmente vincolato, in applicazione degli articoli 11 e 117, primo comma, Cost.) e che quindi l'eventuale abrogazione non avrebbe comportato alcun inadempimento degli obblighi comunitari, in quanto il diritto comunitario è diretto a favorire un mercato concorrenziale, ma costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri, la strada per il *referendum* è risultata spianata¹¹⁸. A seguito dell'abrogazione della norma si sarebbe avuta – secondo la Corte – l'applicazione immediata della disciplina comunitaria relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica. In altri termini, a giudizio della Corte, in caso di esito positivo del *referendum* avrebbe trovato nuovamente espansione il potere di scelta tra modello privato, modello misto e modello *in house*¹¹⁹.

La Corte ha anche ritenuto ammissibile la richiesta di *referendum* per l'abrogazione dell'art. 154, comma 1, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 (Norme in materia ambientale), e successive modificazioni, limitatamente alle parole: "dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito"¹²⁰. Anche in questo caso la Corte non ha ritenuto vi fosse una violazione del diritto comunitario, in quanto il carattere remunerativo della tariffa (del quale la remunerazione del capitale costituisce una voce), oggetto dell'ipotesi di abrogazione, non va definito elemento caratterizzante della nozione di "rilevanza" economica del servizio idrico integrato, ritenuta essa invece intoccabile (v. *supra*): infatti la rilevanza economica implica la copertura dei costi, non la remunerazione del capitale investito¹²¹. Visto che il *referendum* vuole incidere sulla remunerazione del capitale, e non sulla copertura dei costi, esso è stato ritenuto ammissibile¹²². La Corte ha riconosciuto nel quesito il perseguimento della finalità di rendere estraneo alle logiche del profitto il governo e la gestione dell'acqua, vietando di remunerare il capitale investito.

Invece la Corte ha rigettato due ulteriori quesiti referendari: con una prima sentenza ha dichiarato inammissibile il quesito mirante all'abrogazione dell'articolo 150 del Codice dell'ambiente¹²³, il quale prevede la possibilità per l'Autorità d'ambito di affidare la gestione del servizio con gara, o a una società mista o mediante *in house*. L'articolo 150, rileva la Corte, è stato abrogato, sia in modo espresso, sia per incompatibilità dall'articolo 23-bis. La richiesta di *referendum* è ritenuta finalizzata a rendere inapplicabile al servizio idrico la disciplina dettata dal famigerato articolo 23-bis; tuttavia, in difetto dell'abrogazione di quest'ultima norma, anche con l'abrogazione dell'art. 150 non sarebbe venuto meno l'applicazione dell'art. 23-bis anche relativamente al settore idrico (in quanto si tratta di una norma generale), e quindi non si sarebbe ottenuto alcun risultato utile. Conseguentemente, il quesito è stato dichiarato inidoneo, non coerente e non chiaro rispetto al fine perseguito.

Con altra sentenza¹²⁴ invece la Corte ha rigettato un quesito in quanto la richiesta di abrogazione aveva ad oggetto solo frammenti di disposizioni (dell'art. 23-bis e della disciplina sul servizio idrico), non

¹¹⁸ Sentenza n. 24 del 26 gennaio 2011.

¹¹⁹ Proprio per evitare questa soluzione era stata proposta anche l'abrogazione dell'art. 150 del codice dell'ambiente. I promotori del *referendum* infatti avevano posto in luce come solo con la simultanea abrogazione delle due norme sarebbe stato possibile ottenere con certezza la pubblicizzazione del servizio idrico. Infatti, in caso di auspicata abrogazione, eliminate in via diretta (art. 150) e indiretta (art. 113 TUEL) le disposizioni che disciplinano i diversi modelli di gestione, il servizio idrico sarebbe stato necessariamente qualificato come privo di rilevanza economica e di conseguenza sarebbe stato possibile l'affidamento solo ex art. 114 TUEL, e quindi ad azienda speciale, anche in forma consortile. Si v., anche per una rassegna delle diverse ipotesi interpretative in merito agli effetti dell'abrogazione del solo art. 23-bis, G. AZZARITI, G. FERRARA e altri, *Invertire la rotta, Per un governo pubblico dell'acqua. Relazione introduttiva ai quesiti referendari*, cit.

¹²⁰ Sentenza n. 26 del 26 gennaio 2011). L'articolo 154 del d. lgs. n. 152 del 2006 dispone che: "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".

¹²¹ Secondo i referendari la disposizione, dal significato non molto chiaro per il vero, consente al gestore di ottenere profitti pari al 7%, a remunerazione del capitale investito, senza alcun collegamento al reinvestimento.

¹²² "Essendo coesistente alla nozione di "rilevanza" economica del servizio idrico integrato esclusivamente l'esercizio dell'attività 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)".

¹²³ Sentenza n. 25 del 26 gennaio 2011.

¹²⁴ Sentenza n. 27 del 26 gennaio 2011.

idonei ad incidere in modo significativo sulla disciplina, con il solo effetto di far venir meno la possibilità per il Governo di armonizzare la disciplina generale dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato con la disciplina di settore dello stesso servizio; il quesito è stato quindi ritenuto contraddittorio ed oscuro, e di conseguenza rigettato.

Tralasciando quest'ultimo quesito, in realtà la Corte si è pronunciata in maniera differente da quanto auspicato dai promotori dei *referendum*. Infatti ci si aspettava, a seguito della possibile abrogazione del combinato disposto degli articoli 23-*bis* decreto Ronchi e 150 Cod. Amb., che fosse ammessa la gestione del servizio solo mediante azienda speciale, eliminato ogni riferimento alla concorrenza e a forme di gestione imprenditoriale del servizio, e che fosse esclusa la redditività della gestione del servizio idrico. Sono questi due punti che invece sono stati, con i due incisi contenuti nelle due sentenze della Corte, ridimensionati. Da un lato, tenendo ferma l'inderogabilità della rilevanza economica del servizio, la Corte ha affermato l'applicazione del diritto comunitario, e l'inderogabilità della triplice modalità di gestione del servizio; dall'altro, ha affermato che il costo del capitale è inderogabilmente a carico della tariffa. Sulle implicazioni torneremo *infra*.

8. La guerra dell'acqua.

L'esito abrogativo del *referendum* non ha evidentemente risolto tutti i problemi legati alla gestione del servizio e al ruolo dei privati.

Il tema della così detta privatizzazione dell'acqua è effettivamente di difficile inquadramento perché, come si è osservato, viene affrontato in termini giuridici, mentre si tratta di un problema politico, sociologico, di politica del diritto¹²⁵. I problemi di fondo che, qualunque posizione si assuma, pro o contro la privatizzazione, vanno posti per affermare un reale diritto all'acqua riguardano l'accessibilità della risorsa, l'efficienza e la sostenibilità economica, la tutela ambientale. Ed è su questo che vanno verificate le diverse opzioni.

8.1. Per l'imposizione delle gare.

La chiave di lettura contraria alla gestione pubblica ha posto l'attenzione sul carattere imprenditoriale della gestione del servizio. Si è così affermato che il soggetto pubblico in questi anni ha abusato del ricorso all'*in house* e, come effetto, vi è stata un'eccessiva presenza pubblica nella gestione industriale. La politica ha prevalso sulla logica aziendale, producendo inefficienza e corruzione. L'effetto delle distorsioni nel migliore dei casi è consistito nella distrazione dei profitti in favore della spesa corrente degli enti; nel peggiore in meccanismi di "scambio" in cui personale, consulenti, appalti sono stati mantenuti o disposti senza che il servizio lo richiedesse. La gestione pubblica ha comportato una disattenzione verso i costi del servizio, fino a tradursi in una voluta negligenza nella riscossione delle tariffe per ragioni di gestione del consenso. Come effetto si è assistito ad una sempre più costosa gestione pubblica del servizio e ad un sempre meno controllabile indebitamento, con la conseguenza dell'aumento delle tariffe o dei tributi comunali (spesso anche a causa dell'occultamento dei costi del servizio) e dell'assenza di un controllo pubblico o del mercato. Anche da queste inefficienze ha avuto origine il ricorso alla contabilità creativa.

Chi guarda con favore le gare inoltre denuncia in maniera vivace l'atteggiamento di ipocrisia del soggetto pubblico: da un lato la politica, al di là delle affermazioni pubbliche, non ha disdegnato di coinvolgere i privati per poter scaricare su questi la responsabilità dell'aumento delle tariffe; dall'altro lato anche le società interamente pubbliche, che sono formalmente soggetti di diritto privato, si sono comportate come i privati al di fuori del loro territorio e del rapporto con l'ente di riferimento, e non si sono mostrate esenti neppure dai fenomeni di corruzione, dei quali vengono spesso accusati i privati.

Neppure le diverse declinazioni del pubblico sono ritenute soddisfacenti. Si sono criticate le teorie sui beni comuni: si osserva che le forme di autogestione delle risorse non sono adeguate dal momento che è necessario che la gestione del servizio sia affidata a soggetti esperti. È parimenti criticata l'idea del ricorso al modello dell'azienda speciale, in quanto lo strumento aziendale per propri limiti strutturali non sarebbe in

¹²⁵ A. SANDULLI, *Privatizzare si può. Ma non l'acqua*, *Costituzionalismo.it*.

grado di permettere un'efficiente gestione della risorsa: il bilancio sarebbe sottoposto al patto di stabilità, dovrebbero essere effettuate le assunzioni secondo il regime pubblicistico, commissionati appalti con regole pubblicistiche, vincolata l'operatività al di fuori della relazione diretta con il Comune, vietate le attività extraterritoriali, rese impossibili forme di *partnership* con privati. Invece rispetto alle società miste, se c'è chi considera tale soluzione non auspicabile in quanto efficace solo nel breve periodo¹²⁶, vi è una tendenza a ritenere che si tratti di un modello da perseguire, in quanto gli incentivi ad investire sarebbero più efficaci¹²⁷: un meccanismo perverso giustifica infatti che gli investimenti pubblici siano più facili da realizzare in favore delle società miste che di quelle pubbliche¹²⁸.

Al di là delle critiche agli altri modelli questo orientamento afferma che la concorrenza incentiverebbe l'efficienza e il controllo. In merito alle tariffe, in particolare, non è inevitabile che con i privati le tariffe crescano, e anzi il costo totale del servizio potrebbe risultare inferiore di quanto si pensi, in quanto non crescerebbero i tributi necessari per ripianare il *deficit* di bilancio delle società pubbliche. Inoltre la maggiore efficienza derivante dalla ricerca del profitto sopravanzerebbe nei benefici il maggior costo. Non si nega che i privati potrebbero abbassare la qualità e ad alzare la tariffa, ma si obietta che qualità e tariffe sono stabilite dal regolatore. Inoltre si nota che, anche là dove il prezzo dell'acqua è maggiore, si ha come vantaggio una maggiore attenzione dell'utenza verso un consumo responsabile. Inoltre comunque il fine sociale non sarebbe escluso, perché il soggetto pubblico potrebbe far praticare un prezzo dell'acqua inferiore ai costi, per il tramite del concessionario.

8.2. Per la pubblicizzazione del servizio.

La tesi contraria alla gestione del servizio affidata ai privati invece si configura secondo diversi modelli: in comune vi è l'idea che l'acqua sia un bene indispensabile e non sostituibile, non equivalente a qualsiasi merce, per la quale non possono valere le logiche di mercato¹²⁹. La generale opposizione alla concorrenza denuncia che, una volta avvenuto l'ingresso dei privati nel mercato, esso ha comportato ovunque aumenti di tariffe, riduzione e precarizzazione del lavoro dei dipendenti del settore, abbassamento della qualità del servizio¹³⁰, fenomeni di corruzione¹³¹, danni per i consumatori (a rischio di sospensione del servizio) e pregiudizi per l'ambiente. E, soprattutto, pochi o insignificanti investimenti¹³².

Del resto, si osserva che le tariffe non possono non essere più alte quando il servizio sia affidato ai privati, in quanto comunque ad essi deve essere garantito il profitto, di cui invece il soggetto pubblico non necessita. I privati sono incentivati a entrare nel settore perché, data l'essenzialità del bene, il rendimento è sicuro e si può rafforzare il proprio eventuale diverso mercato di sbocco.

Si critica inoltre anche l'idea dell'efficienza, e quindi che i privati combattano lo spreco delle risorse, in quanto è nel loro interesse la scarsità delle stesse, perché consente maggiori profitti.

¹²⁶ Per una critica al modello si v. R. CONTI, *Tra Darwin e Frankenstein: Alcune riflessioni sulle forme di gestione dei servizi pubblici*, *Apertacontrada.it*.

¹²⁷ *Bluebook*, il rapporto 2009 curato da Anea (associazione nazionale autorità e enti di ambito) e Utilitatis (centro studi vicino al mondo delle aziende pubbliche).

¹²⁸ Se la Cassa depositi e prestiti eroga un finanziamento a una società pubblica, Eurostat lo contabilizza nel debito pubblico e chiede rigore, mentre se invece il prestito va a una società mista si evita il conteggio sul debito e quindi l'investimento si può fare. *La sfida di Bassanini: «Troppi sprechi giusto liberalizzare»*, *Intervista a Franco Bassanini* di Roberto Bagnoli, *Corriere della Sera*, 23 aprile 2011.

¹²⁹ V. SHIVA, *Le guerre dell'acqua*, Milano, 2003, 31.

¹³⁰ Sul punto si v. D. HALL – E. LOBINA, *The Private Sector in water in 2009*, PSIRU, Business School, University of Greenwich, 2009, in corso di pubblicazione nell'edizione italiana dal titolo *Da un passato privato ad un futuro pubblico. La privatizzazione del servizio idrico in Inghilterra e nel Galles*, che sostiene fallito l'esperimento di privatizzazione dell'acqua. Lo studio evidenzia come non ci sia prova di maggiore efficienza della gestione privata. Si v. anche Corte dei Conti - Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato - Collegio di controllo sulle entrate, *Obiettivi e risultati delle operazioni di privatizzazione di partecipazioni pubbliche*, 10 febbraio 2010, che ha evidenziato come le privatizzazioni abbiano condotto a un aumento delle tariffe e non abbiano aumentato l'efficienza nei servizi: "Per quanto riguarda le *utilities*, c'è tuttavia da osservare che l'aumento della profittabilità delle imprese regolate è in larga parte dovuto, più che a recuperi di efficienza sul lato dei costi, all'aumento delle tariffe che, infatti, risultano notevolmente più elevate di quelle richieste agli utenti degli altri paesi europei, senza che i dati disponibili forniscano conclusioni univoche sulla effettiva funzionalità di tali aumenti alla promozione delle politiche di investimento delle società privatizzate".

¹³¹ Anche su questo punto D. HALL – E. LOBINA, *The Private Sector in water in 2009*, *cit.*

¹³² Su questo punto D. HALL – E. LOBINA, *The Private Sector in water in 2009*, *cit.*, dimostra che non c'è prova di prezzi più bassi e investimenti più alti.

Si osserva inoltre che le leggi che privatizzano generalmente non si preoccupano di indicare e richiedere lavori infrastrutturali.

Alcune critiche sono particolarmente legate al contesto nazionale¹³³: si osserva che sarebbe pericoloso introdurre la privatizzazione in alcune realtà locali, in particolare nel Mezzogiorno, tenuto conto di quanto la corruzione permei l'attività di impresa¹³⁴. Inoltre non aiuterebbe nemmeno avere un regolatore con più poteri, dal momento che nel nostro paese è particolarmente rilevante il rischio di cattura delle autorità indipendenti¹³⁵. Si suggerisce per questo di concentrare maggiormente l'attenzione sul miglioramento della gestione pubblica del servizio che sulla privatizzazione della gestione¹³⁶.

Tra queste prospettive, molti invocano la formula del "bene comune"¹³⁷. Essa fa riferimento ad un approccio che, nella sua interpretazione più radicale, condivide con la tesi favorevole alla privatizzazione le critiche contro lo Stato, ma che al tempo stesso propone come sistemi efficienti la gestione decentrata e il "possesso democratico" della risorsa da parte della comunità¹³⁸: si critica infatti l'idea che sia lo Stato a gestire l'acqua, in quanto in tal modo si distrarrebbe il controllo delle risorse dalle comunità di riferimento; inoltre il gettito delle imposte non viene investito in infrastrutture locali ma dirottato verso dipartimenti governativi¹³⁹; il controllo statale a sua volta beneficia soprattutto i grandi imprenditori¹⁴⁰. Dal momento che sia il controllo burocratico che il controllo da parte degli interessi commerciali-industriali non incentivano la conservazione della risorsa, si sostiene il controllo comunitario¹⁴¹, anche con forme di auto-finanziamento.

In questa direzione, non si invoca più la nozione di bene pubblico¹⁴², ritenuta non più adeguata a rispondere alle questioni legate allo sviluppo tecnologico e alle problematiche ambientali. La "Commissione sui beni pubblici" (istituita con D.M. 21 giugno 2007) ha per questo motivo tentato, sinora senza successo, di introdurre nel Codice Civile la categoria dei "beni comuni", "cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona"¹⁴³.

Dal punto di vista propositivo la tesi della pubblicizzazione sostiene che, dal momento che la risorsa acqua è un bene come la giustizia, l'istruzione e la sanità, essa vada fornita gratuitamente e finanziata con la fiscalità generale, e debba essere inoltre regolata.

In relazione alla gestione, da una parte si chiede di salvaguardare o imporre una gestione pubblicistica, privilegiando a seconda delle posizioni la spa a capitale interamente pubblico o la gestione

¹³³ Rispetto all'ex art. 23-bis si è osservato che il meccanismo che obbliga le società a favorire l'ingresso dei privati nella compagine, vista l'assenza di una forte regolazione, avrebbe determinato un significativo trasferimento di rendite dal settore pubblico a quello privato e aperto la strada a speculatori a caccia di partecipazioni i quali, anche ricorrendo al credito di finanziatori, i quali poi avrebbero potuto ottenere di non procedere ad investimenti, grazie al fatto che la riforma mirava a conferire una partecipazione tale da potere incidere sulle decisioni della società. Peraltro, si è osservato che nel caso delle società quotate non era previsto alcun criterio per la scelta dei *partner*, non c'erano previsioni sui conflitti di interesse o sull'affidamento dei lavori a proprie imprese. In ogni caso, gli enti locali non hanno le competenze tecniche né la vocazione per effettuare le analisi di mercato che la legge chiedeva loro. Le condizioni poste nel regolamento non premiavano l'efficienza ma fattori contingenti e la bassa qualità, e la richiesta di controllo annuale era eccessivamente esigente; inoltre non si faceva riferimento alla solidità finanziaria, quanto al semplice conto economico (R. CIFARELLI, *Il servizio idrico integrato e l'Antitrust*, *Anal. giur. econ.*, 2010, 193). Sul fenomeno di speculazione, si v. F. SATTÀ, *Quale destino per le società degli enti locali?*, *Apertacontrada.it*.

¹³⁴ Sul punto A. SANDULLI, *cit.*

¹³⁵ A. SANDULLI, *cit.*

¹³⁶ A. SANDULLI, *cit.*

¹³⁷ Garret Hardin nel 1968 ha trattato il tema della "tragedia dei beni comuni", ed evidenziato come la gestione privata possa risultare preferibile alla gestione comune delle risorse idriche o forestali, in quanto la libertà di accesso porterebbe alla dissipazione e al sovrasfruttamento delle stesse (*Tragedy of the Commons*, *Science*, vol. 162, 1968). La indagine più autorevole su queste problematiche è stata offerta da E. OSTROM, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge, 1990: per evitare non solo il sovrasfruttamento ma anche i costi amministrativi troppo elevati di una concezione pubblicistica, l'A. mette in luce l'importanza della comunità, dei comportamenti cooperativi, della democrazia partecipativa, della condivisione e del rispetto delle regole, indispensabili per una duratura gestione comunitaria delle risorse; a tal fine vengono recuperati istituti ritenuti desueti per la soluzione di problemi dell'economia globale. Nella dottrina italiana al tema dei beni comuni è dedicato il numero 2 del 2007 di *Rassegna di diritto pubblico europeo*.

¹³⁸ V. SHIVA, *op. cit.*, 38.

¹³⁹ V. SHIVA, *op. cit.*, 45.

¹⁴⁰ V. SHIVA, *op. cit.*, 95.

¹⁴¹ V. SHIVA, *op. cit.*, 65.

¹⁴² Sia consentito il richiamo a F. COSTANTINO, *Public Property in Italy*, *International Journal of Public Administration*, 2011, 34: 1,84, 2011 per una estrema sintesi della evoluzione della nozione di bene pubblico.

¹⁴³ U. MATTEI – E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *op. cit.*

tramite azienda speciale¹⁴⁴. Del resto, vi è chi critica l'atteggiamento di sfiducia verso il soggetto pubblico: se fosse vero che il pubblico non è in grado di gestire il servizio, a maggior ragione sarebbe incapace di effettuare un controllo sulle gestioni, che si vogliono affidare ai privati¹⁴⁵.

Da un'altra parte, si ipotizza anche l'affermazione di nuovi modelli per la gestione del servizio idrico, quali quello delle *Nonprofit Utilities* (NPU), diffuse in particolare negli Stati Uniti¹⁴⁶. I modelli sono assimilabili a quelli della cooperativa o della fondazione: tutti i cittadini sono gestori del servizio, gli utili sono reimpiegati nelle infrastrutture e per la qualità del servizio e solo in seconda battuta per accantonare delle riserve, per ottenere sconti sulle tariffe, o per il finanziamento di altri servizi non redditizi; è esclusa in linea di massima la distribuzione dei dividendi, mentre sarebbe compatibile il coinvolgimento di investitori di lungo termine. Chi propugna questo modello ipotizza che esso sia adottabile già col quadro normativo esistente e che possa essere assimilato all'*in house*. Modelli come questi possono costituire un interessante esperimento, e in generale non va esclusa l'ipotesi di adozione di molteplici modelli, differenziati a seconda delle diverse realtà economiche e territoriali.

8.3. Per una migliore concorrenza.

Esiste, tra questi due poli una galassia di ulteriori opinioni, accomunate da un atteggiamento al tempo favorevole verso la concorrenza e critico verso le modalità adottate per attuarla¹⁴⁷.

A livello di *premessa* è noto che, data la natura di monopolio naturale del servizio, la fornitura oltre le classi abbienti tende a far aumentare il costo *pro capite* del servizio e il mantenimento delle tariffe basse rende più difficile raggiungere l'equilibrio finanziario: il mercato investe solo nei settori redditizi, non nel servizio universale, a meno che non ci sia un obbligo legale o altro compenso, in forza del contratto di servizio.

Centrale è quindi, soprattutto per queste diverse tesi, il ruolo del regolatore, che deve verificare i costi del gestore, l'uso delle tecnologie migliori, l'effettuazione degli investimenti, l'equità delle sanzioni, la garanzia dell'accesso alla risorsa a tutti. Se si accresce il ruolo dei privati gestori deve esserci anche l'aumento della regolazione, con confronto e partecipazione dei cittadini, utile anche per la formazione e gestione del consenso. In questo quadro sono viste come necessarie una regolazione più stringente e la costituzione di autorità indipendenti¹⁴⁸.

Dal momento che il servizio idrico risulta configurato secondo criteri di autosufficienza economica ed efficienza industriale, si ritiene che il problema non sia nel rapporto tra pubblico e privato, ma nella decisa adozione di un modello imprenditoriale. In questo senso si rileva come soprattutto il pubblico abbia bisogno di competenze organizzative-finanziarie e aziende grandi per mantenere strutture professionalizzate¹⁴⁹, che dal mercato attingano competenze: i soggetti pubblici infatti in alcune realtà si espandono all'esterno e/o si affidano a *partner*, e si osserva che l'uso di forme privatistiche aiuta il raggiungimento di questi risultati più della diligente osservanza delle procedure¹⁵⁰. Si afferma così che efficienza e produttività non derivino dal modello gestionale scelto: se, in soldoni, con l'*in house* si rinuncia all'investimento ma si tiene bassa la tariffa

¹⁴⁴ In particolare si rileva come l'azienda speciale, in quanto soggetto di diritto pubblico (e non di diritto privato come la spa) sia lo strumento preferibile in quanto, ex art. 114 TUEL, ente strumentale (dal momento che l'ente locale realizza i propri fini determinando gli obiettivi e vigilandone il perseguimento) e di ridotta autonomia imprenditoriale (dal momento che l'ente locale ha notevoli poteri di ingerenza): A. LUCARELLI, *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, *Anal. giur. econ.*, 2010, 127.

¹⁴⁵ A. MURATORI, *Il falso problema della privatizzazione dell'acqua e le criticità di una riforma "a rate"*, *Amb. svil.*, 2010, 143.

¹⁴⁶ C. IAIONE, *L'alba del giorno dopo nei servizi pubblici locali, Nei servizi pubblici locali ripartiamo dalla sussidiarietà orizzontale*, *Labsus*, giugno 2011.

¹⁴⁷ Si rinvia alla rassegna stampa sui servizi pubblici locali contenuta sul sito *Astrid-online*, alle osservazioni contenute negli interventi di A. MASSARUTTO, pubblicati in *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Bologna, 2011 e sul sito *nelmerito.com*. Inoltre si vedano gli articoli contenuti sul sito *Nelmerito.com* e *Lavoce.info*. Si vv. anche i contributi pubblicati su *Mercato Concorrenza Regole* citati e E. PAPI, *Servizio idrico integrato: 16 anni per "non" liberalizzare*, *Anal. giur. econ.*, 2010, 211.

¹⁴⁸ In alternativa, il rafforzamento dei poteri dell'attuale Conviri o dell'AEEG, con l'inconveniente però, in quest'ultimo caso, di ricomprendere materie molto disomogenee.

¹⁴⁹ A. MASSARUTTO, *op. cit.*, 25.

¹⁵⁰ A. MASSARUTTO, *op. cit.*, 26.

e il privato tiene fermo l'investimento e alza la tariffa¹⁵¹, bisognerebbe osservare che le gestioni funzionanti sono quelle che seguono criteri maggiormente imprenditoriali.

Inoltre l'attuale tendenza del sistema, sotto il profilo della *concorrenza*, appare non coerente, dal momento che da un lato si cerca di imporre la gara, dall'altro si garantisce l'operatività *extra* bacino delle società municipali quotate in Borsa. Inoltre i privati sono stati coinvolti solo in operazioni rischiose nelle aree meno progredite del paese, dietro garanzie pubbliche non onorate, e in tal modo si è ottenuto una disincentivazione all'investimento (anche tecnologico) e all'impegno imprenditoriale. Ci si è chiesti quindi se non fosse meglio responsabilizzare gli attuali gestori per migliorare l'efficienza, piuttosto che affidarsi fideisticamente allo strumento delle gare, che potrebbero condurre ad esperienze di gestione disastrose.

In merito alle *gare* infatti si osserva che, mentre dovrebbero costituire una garanzia in quanto fondate su parametri oggettivi, è impossibile, in assenza di brevi affidamenti, prevedere le circostanze future e i possibili rischi. Nella prassi tariffe, impegni e investimenti vengono contrattati *ex post*. Gli operatori, in virtù dell'incertezza sulla redditività o sul consenso, preferiscono affidamenti lunghi, rischi condivisi, contratti incompleti, flessibili da un lato ma indenni da possibili future modifiche normative e con forti penali nel caso di modifiche delle condizioni contrattuali dall'altro. Si è osservato che con queste circostanze le gare diventano concorsi di bellezza, e l'aggiudicazione discrezionale; le imprese pubbliche risultano preferite. La rinegoziazione peraltro è ad alto rischio di corruzione, anche perché vi è un'unica controparte dell'amministrazione: essa nella prassi avviene nel 79% dei casi, e dopo un anno e mezzo, sulla base della lacunosità dei contratti, dell'inadeguatezza delle previsioni iniziali, per ipotesi non previste o errate. Di fatto le gare non funzionano e si traducono in forme di privatizzazione parziale.

Essenziale allora è il ruolo del *controllo* delle autonomie territoriali. Gli enti locali devono potere scegliere, ma in maniera trasparente e motivata, e il controllo sulla qualità del servizio e la copertura dei costi in tariffa deve essere rigoroso. Importanti sono l'adozione di *standard* e la partecipazione pubblica (nella scelta del gestore, nella stipula del contratto, nella discussione periodica dei parametri economici).

Secondo queste ricostruzioni diventa cruciale anche l'introduzione di un'*autorità indipendente*, in particolare per recidere il legame con la politica, ma anche per ragioni tecniche: i Comuni non hanno le competenze per gestire gare o contratti complessi e vigilare sui servizi¹⁵². Essa è necessaria per potere disporre di informazioni e pratiche da tutto il mondo, per svolgere il ruolo di regolatore con poteri di normazione tecnica, per fornire *standard* sulla qualità e contabilità. Alle Autorità di Ambito (o a chi per loro) rimarrebbero le funzioni di concedenti e controllori¹⁵³.

Si invoca infine da più parti la riformulazione del *metodo tariffario*. Si ritiene che la tariffa sia, al di là di quanto si sostiene, più vicina alla logica dei prezzi "amministrati" che al *price-cap*¹⁵⁴. Invece le tariffe dovrebbero essere congegnate in modo da premiare chi fa gli investimenti e danneggiare chi più consuma. Si immagina, tra le diverse soluzioni, un quota fissa consistente (con aiuti per le famiglie povere) e una quota proporzionale che copra i costi variabili basati sulla qualità. Servono inoltre sistemi di perequazione, anche più ampi dell'ambito nazionale.

8.4. Nell'immediato futuro.

Rimangono, come si è visto, molte questioni da risolvere, delle quali abbiamo cercato di affrontare quelle di fondo, che richiedono un approfondito dibattito e una seria discussione. Tuttavia ci sono alcuni problemi urgenti da risolvere.

Il primo quesito lascia aperto il dubbio sulla possibilità di gestire il servizio idrico in economia o mediante azienda speciale, al di fuori del modello societario.

La Corte nella sentenza 325 del 2010 ha anche incidentalmente rinvenuto l'esistenza di un divieto di gestione dei servizi locali mediante azienda speciale o in economia, contenuto nella finanziaria 2002 e nel

¹⁵¹ Questo aspetto sembra confermato dal *Blue Book* 2009, il quale rileva negli ATO organizzati in partenariato una maggiore attitudine all'effettuazione della spesa per investimenti, unitamente a costi operativi e ricavi tariffari unitari in crescita.

¹⁵² A. RICCI, *Sistema Idrico Integrato: ma siamo capaci di fare le gare?*, *Apertacontrada.it*.

¹⁵³ Secondo alcune opinioni, le Autorità dovrebbero essere ancora legate alla definizione del Piano d'ambito, all'affidamento del servizio, al controllo della qualità del servizio e della tutela ambientale, all'articolazione della tariffa; secondo altri dovrebbero essere slegate anche da queste incombenze. Si v. sul punto L. ANWANDTER – P. RUBINO, *op. cit.*

¹⁵⁴ L. CASTELLUCCI, *I servizi idrici in Italia e i guasti della non-scelta*, *Apertacontrada.it*.

successivo lodo Buttiglione, mai impugnati¹⁵⁵. Questo punto appare particolarmente rilevante, perché da più parti si invoca il modello dell'azienda speciale per la gestione del servizio idrico al di fuori di logiche commerciali-concorrenziali.

Le critiche della dottrina hanno rilevato che il divieto non può essere stato previsto dal cd. lodo Buttiglione, che anzi come abbiamo visto ha introdotto l'affidamento *in house*, ma eventualmente dal precedente art. 35 della finanziaria 2002, che ha impedito il ricorso alle aziende speciali, imponendo loro la trasformazione in spa e che poi appunto sarebbe stato superato dal lodo. Il divieto quindi sarebbe eventualmente frutto solo del recente art. 23-*bis*, e in quanto tale sarebbe contrario al dettato costituzionale e all'ordinamento comunitario: al secondo, che ammette l'autoproduzione di beni e servizi (come confermato anche dalla Corte Costituzionale stessa nella sentenza 439 del 2008), al primo, con particolare riferimento all'art. 5 Cost¹⁵⁶.

Inoltre la giurisprudenza amministrativa ha negato la sussistenza di un tale divieto: essa distingue tra gestione diretta (sempre praticabile dall'ente locale, soprattutto quando si tratti di attività di modesto impegno finanziario) ed affidamento diretto, che invece postula la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno. Nessuna norma infatti obbliga i Comuni ad affidare all'esterno determinati servizi, né si vede per quali motivi detta norma debba essere rintracciata¹⁵⁷. In aggiunta, si è osservato che il principio della concorrenza non può prevalere sui principi di efficienza, economicità e buon andamento dell'attività amministrativa, laddove una ragionevole valutazione induca a ritenere preferibili soluzioni, interne all'amministrazione interessata, non competitive¹⁵⁸; e non rinvia l'art. 113 comma 5 TUEL (che prevedeva gara, società mista, *in house*), abrogato nel 2010, per cui appare probabile che tale divieto non ci sia affatto.

Il secondo quesito invece è una sorta di rompicapo. Dopo l'esito del referendum si assiste al fenomeno paradossale di società che affermano di non volere più procedere agli investimenti, come se esse siano le arbitre degli interventi da effettuare¹⁵⁹.

Diverse soluzioni sono ipotizzabili: è ipotizzabile che sia stato abrogato l'obbligo di legge della remunerazione del capitale in tariffa, ma che nulla escluda che l'Autorità la possa prevedere; è ipotizzabile che la remunerazione sia ineludibile, perché rimane vigente il principio di copertura dei costi in tariffa; oppure che sia stata vietata la remunerazione del capitale di rischio e non l'interesse che remunera il capitale di prestito. Si osserva inoltre che l'art. 117 TUEL, non abrogato, prevede l'adeguatezza della remunerazione del capitale investito, coerentemente con le prevalenti condizioni di mercato. Sul punto la Corte Costituzionale ha dato un'indicazione, affermando che è ineludibile che in tariffa vada il costo dell'investimento. Vi è inoltre chi propone una riforma che renda variabile la remunerazione del capitale, secondo l'andamento del mercato.

In ogni caso, appare non rinviabile un ripensamento del metodo normalizzato.

A fianco a questi macro-problemi, si affacciano anche problemi di minor peso sistematico, anche se rilevanti: secondo la dottrina prevalente, a seguito del *referendum* è stato abrogato anche il regolamento attuativo dell'art. 23-*bis*. Sarebbero state abrogate perciò anche le sensate disposizioni sulle incompatibilità¹⁶⁰.

Tutte queste questioni possono essere risolte in un quadro sistematico con una apposita legge. Sono state presentate in Parlamento due proposte.

Una prima proposta, di iniziativa popolare, sostenuta dai comitati promotori dei *referendum*¹⁶¹ afferma il diritto umano universale all'acqua; definisce la disponibilità e l'accesso individuale e collettivo all'acqua potabile un diritto inviolabile ed ineliminabile; dispone il riconoscimento di un diritto ad un quantitativo minimo vitale garantito e gratuito (50 litri a persona); afferma che il servizio idrico è privo di rilevanza economica; prevede un aumento delle tariffe e l'abolizione della copertura dei costi solo mediante tariffa attraverso il ricorso anche alla fiscalità generale (in particolare per coprire i costi di investimento e del quantitativo minimo

¹⁵⁵ Introdotto dai non censurati art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 (legge finanziaria 2002) e art. 14 del d.l. 30 settembre 2003, n. 269 (Disposizioni urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326.

¹⁵⁶ Ma anche 41, 43, 114, 117, 118 Cost.

¹⁵⁷ Consiglio Stato, V sez., 26 gennaio 2011, 552.

¹⁵⁸ T.A.R. Firenze Toscana sez. I, 6 aprile 2011, n. 592-3; cfr. anche T.A.R. Roma Lazio sez. II 4 febbraio 2011 n. 1077.

¹⁵⁹ F. BORTOLINI, *Acqua, L'inizio di una nuova Hera*, Terra, 30,6,2011.

¹⁶⁰ Art. 8 del D.P.R. 168 del 2010.

¹⁶¹ *Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque e disposizioni per la ripubblicizzazione del servizio idrico.*

vitale garantito); istituisce due fondi, di cui uno di solidarietà nazionale e l'altro di solidarietà internazionale; vieta la gestione privata o mista e dispone la cessazione degli affidamenti esistenti e la trasformazione delle spa pubbliche in enti di diritto pubblico.

L'altra proposta al momento oggetto di attenzione, il cd. ddl Bersani¹⁶², presentata anch'esso prima del *referendum*, costituisce una versione di compromesso tra l'attuale configurazione della disciplina e quella di iniziativa popolare: essa non modifica le linee guida generali della Galli, ma in particolare definisce l'acqua un bene comune dell'umanità (art. 2); prevede maggiori competenze all'Autorità di distretto idrografico, un rafforzamento degli ambiti territoriali ottimali (con la previsione di un'assemblea cui partecipino anche gli amministratori locali), un'autorità indipendente con poteri di verifica e sanzione; qualifica il servizio idrico come servizio di interesse economico generale; prevede un fondo nazionale per il riequilibrio delle infrastrutture e per la garanzia dell'accesso alla risorsa. La proposta consente l'affidamento secondo criteri di efficacia, efficienza ed economicità sempre a soggetti privati, pubblici o misti, ma minaccia obblighi più stringenti nei loro confronti. Quanto alla tariffa, propone a carico della stessa il costo dell'investimento e la remunerazione della gestione industriale.

Il riconoscimento dell'acqua come bene comune, l'istituzione di un fondo di solidarietà, la necessità di maggior rigore nella regolazione accomunano le due proposte. Esse sono invece inconciliabili nell'indicazione dei modelli di gestione e nella scelta circa il ricorso alla fiscalità generale. In ogni caso, il settore necessita di una celere risposta, e di un intervento normativo che attualmente è auspicato da tutte le rappresentanze politiche.

Conclusioni.

Qualche osservazione conclusiva di sintesi. L'esame del rapporto pubblico-privato nella gestione dei servizi pubblici locali ha evidenziato come nel nostro ordinamento si sia manifestato un approccio sempre più favorevole al coinvolgimento dei privati nella gestione dei servizi e all'uso dello strumento della società di capitali, anche a discapito dell'autonomia degli enti locali. Tuttavia a questa tendenza è stata imposta maggiore cautela allorché è risultato coinvolto il servizio idrico. Ciò in particolare in virtù della recente scoperta della scarsità di questa risorsa essenziale. L'ordinamento ha risposto alle molteplici preoccupazioni da un lato migliorando la tutela dell'acqua, dall'altro dichiarando la demanialità sia della risorsa che delle sue infrastrutture. Tuttavia ci si è sempre più resi conto che il problema non è nella pubblicità della risorsa, quanto nella corretta ed equa gestione della stessa. Così da un lato si è sempre più invocato a livello internazionale e sovranazionale la proclamazione di un comune diritto all'acqua, dall'altro le attenzioni si sono focalizzate sulla gestione del servizio, in particolare su chi lo gestisce, su chi controlla la gestione, su quanto costa la gestione. La Corte Costituzionale ha avallato la scelta pro-concorrenziale del legislatore italiano volta a rendere più difficile la gestione pubblica del servizio al di fuori di meccanismi competitivi, nel contempo decretando la rilevanza economica del servizio ed escludendo le Regioni dalla sua disciplina, ma l'esito positivo del *referendum* ha reso evidente la preoccupazione che si percepisce a fronte della gestione privatistica e concorrenziale del servizio. Non è però apparso possibile stabilire in astratto se il modello di gestione preferibile sia quello pubblico, privato, o un ibrido; di certo in Italia manca una seria e severa regolazione del servizio, sia dal punto di vista normativo che nella prassi. Le proposte di legge ora in esame si muovono tra il tentativo di raddrizzare le storture del sistema precedente e la tentazione di procedere invece ad una riforma radicale dello stesso. Risulta difficile interpretare la volontà espressa con i *referendum*: tuttavia, si ripete, è offerta un'occasione per cominciare ad interessarci a un tema cruciale per il nostro futuro.

¹⁶² *Disposizioni per il governo delle risorse idriche e la gestione del servizio idrico integrato.*