

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI
DIRITTO DELL'AMBIENTE

NUMERO 1 - 2022

VERA PARISIO

Codice dell'Ambiente e servizio idrico integrato: in attesa di riforme



ISSN 2239-964X

VERA PARISIO*

Codice dell'Ambiente e servizio idrico integrato: in attesa di riforme

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Il servizio idrico (integrato) e le sue peculiarità nell'ambito della gestione delle risorse idriche.* – 2.1 *La disciplina del SII al crocevia tra concorrenza e protezione ambientale.* – 3. *La natura pubblica della risorsa idrica “de iure condendo”: cenni ai progetti di legge sulla gestione pubblica delle acque (PDL C52 e PDL C773).* – 4. *Il disegno di legge annuale per la concorrenza 2021e il SII: prime indicazioni* – 4.1. *I criteri della legge delega* – 5. *Le fondamenta del Codice: cenni alla legge “Galli”.* – 6. *Il quadro attuale in attesa di riforme.* – 6.1. *I modelli di gestione del SII.* – 6.1.1. *La società “in house”.* – 6.2. *La tariffa del servizio idrico integrato.* – 7. *Conclusioni.*

1. Introduzione

La gestione e la preservazione delle risorse idriche¹, anche in una prospettiva di tutela intergenerazionale, assumono un ruolo di straordinaria importanza nell'ambito della transizione ecologica, in particolare con riguardo all'impatto del mutamento climatico, e nel contesto di un auspicato rinnovato sviluppo economico-sociale connesso all'adozione del PNRR, e atti collegati², in risposta ai terribili effetti della pandemia da Covid-19.

* Professore Ordinario di Diritto Amministrativo, Università degli Studi di Brescia – UNIBS, Email: vera.parisio@unibs.it.

¹ Per quanto concerne disponibilità e consumo della risorsa idrica, l'Italia si profila come paese a *stress* idrico “medio” (indice WTI pari al 16% secondo EUROSTAT), non troppo diversamente da quanto avviene in Francia e Germania, ma purtroppo con un consumo medio *pro capite* di acqua di oltre 236/l. per abitante al giorno nel 2020 nei 109 Comuni capoluogo di Provincia e Città metropolitane. Sul punto, cfr. *I dati del servizio idrico in Italia. Blue Book 2022, Utilitatis* Fondazione, 2022.

² Il PNRR e atti connessi sono indirizzati a dare attuazione sotto il profilo economico-finanziario ai principi contenuti nel regolamento 2021/241 del Parlamento e del Consiglio UE «Dispositivo per la ripresa e resilienza». Il PNRR si sviluppa attorno a 3 assi strategici: la digitalizzazione e l'innovazione; la transizione ecologica; l'inclusione sociale. Questi assi, a loro volta, poggiano su 6 pilastri, ai quali tutti i piani nazionali devono attenersi: 1) transizione verde 2) trasformazione digitale 3) crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, compresi coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione e un mercato unico ben funzionante con PMI forti 4) coesione sociale e territoriale 5) salute e resilienza economica, sociale e istituzionale, anche al fine di aumentare la capacità di reazione e la preparazione alle crisi 6) politiche per la prossima generazione, infanzia e gioventù, incluse istruzione e competenze. Sulla natura e ruolo del PNRR si rinvia a M. CLARICH, *Il PNRR tra diritto europeo e nazionale: un tentativo di inquadramento giuridico*, in *Astrid*, 2021. Si legga, inoltre, E. PICOZZA, *The Next Generation EU*:

Oggetto del presente scritto sarà il (solo) servizio idrico integrato (d'ora in poi "SII"), ossia l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione dell'acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue, alla luce delle previsioni del "Codice dell'ambiente", d.lgs. n. 152/2006 (d'ora in poi "Codice"), nelle sue linee fondamentali.³

Il fine è quello di comprendere lo scenario nel quale si dovranno effettuare le modifiche alla *governance* del servizio idrico richieste dal PNRR⁴,

un passo decisivo verso l'unificazione europea, in *Dir. proc. amm.*, 2022, 2. Quanto al controllo del giudice amministrativo sull'applicazione del PNRR, cfr. F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il giudice*, in *giustizia-amministrativa.it*. Per l'attività di controllo che la Corte dei conti dovrà porre in essere, cfr. la *Relazione sullo stato di attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* della Corte dei Conti, Sezioni riunite in sede di controllo, in www.corteconti.it.

³ Sul SII, la bibliografia ormai è sterminata, *ex multis*, cfr. F. CAPORALE, *I servizi idrici. Dimensione economica e rilevanza sociale*, Franco Angeli, Milano, 2017, 256-330; M. ANDREIS (a cura di), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, Milano, 2016; E. BOSCOLO, *Le politiche idriche nella stagione della scarsità. La risorsa comune tra demanialità custodiale, pianificazioni e concessioni*, Giuffrè, Milano, 2012; F. FRACCHIA-P. PANTALONE, *The governance and independent regulation of the integrated water service on Italy: commons, ideology and future generations*, in www.Federalismi.it, 23.5.2018; R. MORZENTI PELLEGRINI-S. MONZANI, *Le modalità di affidamento della gestione del servizio idrico integrato quale attività a rilevanza economica privata del carattere della remuneratività*, in M. ANDREIS (a cura di), *Acqua, servizio pubblico e partecipazione*, cit., 4-28; N. LUGARESI, *Diritto all'acqua e privatizzazione del servizio idrico*, in G. SANTUA-SIMONATI-E.F. CORTESE (a cura di), *L'Acqua e il diritto*, Università degli studi di Trento, 2011, 43-72; G. PIPERATA, *Tipicità e autonomia nei servizi pubblici locali*, Giuffrè, Milano, 2005; A. FIORITTO, *I servizi idrici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato dir. amm. – dir. amm. spec.*, II, Milano, 2003; M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, in www.federalismi.it; F. SCALIA, *Le modalità di affidamento del servizio idrico integrato: l'evoluzione normativa e le novità delle recenti riforme*, in V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico (integrato), valorizzazione della specialità e vuoto normativo*, in P. DELL'ANNO-E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, vol. II, *Discipline ambientali di settore*, CEDAM, Padova, 2013; Id., *La gestione del servizio idrico integrato tra diritto interno e diritto dell'Unione Europea*, in V. PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali*, Milano, 2010, 107. Sui profili più squisitamente regolatori, cfr. L. CARBONE-G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *Il regime dell'acqua e la regolazione dei servizi idrici*, in *Annuario di diritto dell'energia*, 217, il Mulino, *passim*.

Sui delicati rapporti tra normativa nazionale e regioni a statuto speciale, cfr. S. ARU, *La gestione del servizio idrico tra Europa, Stato, regioni e volontà popolare*, in www.federalismi.it, 2019 (20 marzo) e R. BASILE, *La tutela delle acque e il servizio idrico integrato nella regione siciliana tra esigenza di una disciplina uniforme e istanze di differenziazione normative*, in www.federalismi.it, 6 giugno 2019. Per un approccio multidisciplinare al tema delle acque cfr. M. GIGANTE (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Jovene, Napoli, 2012.

⁴ All'interno della missione 2 del PNRR si rinviene M2C4 «Tutela del territorio e delle risorse idriche». In particolare: Investimento 4.3 sulla resilienza dell'agrosistema per una migliore gestione delle risorse idriche; 4.4. investimenti in fognatura e depurazione: per recupero di energia e fanghi e riutilizzo delle acque reflue per scopi irrigui e industriali. Per poter rendere produttivi di effetti

quantomeno per ridurre le criticità rilevate nella gestione del servizio stesso⁵, in particolare la manutenzione e rinnovazione delle reti, il cui attuale stato comporta una perdita complessiva di risorsa di oltre il 40%, pur con forti variazioni tra Regione e Regione⁶, tra acqua immessa e acqua distribuita. Lo spreco della risorsa idrica appare non solo pericoloso in sé, ma anche perché comporta in compensazione un eccessivo sfruttamento anche delle superfici fluviali e lacuali che mina l'equilibrio ecologico esistente.

Senza contare che nell'attuale legislatura sono stati ripresentati alcuni progetti di legge in tema di gestione pubblica dell'acqua, di cui a breve si dirà, riproducenti progetti di riforma già esaminati nella legislatura precedente, a dimostrazione di quanto fermento vi sia nel settore. Inoltre, è in discussione in Senato il disegno di legge «Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021»⁷, il cui art. 6 delega il governo al riordino delle discipline di settore in tema di

tali interventi nei tempi previsti dovranno essere messe in campo 2 riforme; Riforma R4.1. semplificazione normativa e rafforzamento della governance per la realizzazione degli investimenti nelle infrastrutture di approvvigionamento idrico; Semplificazione della normativa relativa al Piano Nazionale per gli interventi del settore idrico (l. n. 205/2017, art. 1, comma 516) che è lo strumento fondamentale per gli investimenti nel settore. Semplificazione della procedura di aggiornamento e formazione del piano nonché per la rendicontazione e il monitoraggio degli investimenti finanziati. Riforma R4.2 Misure per garantire la piena capacità gestionale per i servizi idrici integrati. Questa riforma è essenziale: si vuole rafforzare il processo di industrializzazione del settore, iniziato con la legge Galli. Il Piano nazionale di ripresa e resilienza destina alla tutela del territorio e della risorsa idrica 4,4 miliardi di euro di investimenti (3,5 miliardi riguardano le aziende del servizio idrico) per garantire la sicurezza, l'approvvigionamento e la gestione sostenibile delle risorse idriche lungo l'intero ciclo. Per tali dati si legga la *Relazione del Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili sull'attuazione del PNRR al 31 dicembre 2021* e la *Relazione del Ministero della transizione ecologica sull'attuazione del PNRR al 31 dicembre 2021* pubblicate sui rispettivi siti ministeriali. Si legga inoltre la *Relazione sullo stato di attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* della Corte dei Conti, cit.

⁵ La gestione ottimale della risorsa idrica è strettamente connessa all'assetto della governance del SII, che sebbene quasi ovunque completata nel territorio italiano, mostra ancora delle criticità. Sul punto, cfr. *I dati del servizio idrico in Italia. Blue Book 2022 Utilitatis* Fondazione, 2022. Sul “water device” tra Nord e Sud del Paese si legga la relazione semestrale presentata da ARERA (Autorità di regolazione per Energia, Reti e Ambiente) *Relazione 39/2022/I/IDR. Senato della Repubblica, XVIII legislatura, 2022, doc. CXLVI, n. 8.*

⁶ Si legga la relazione dell'ISPRA n. 323/2020, *Risorse idriche nel contesto geologico del territorio italiano. Disponibilità, grandi dighe, rischi geologici, opportunità* in isprambiente.gov.it/pubblicazioni/Rapporti.

⁷ Tale disegno di legge (AS 2469) è al momento in prima lettura della Commissione Industria e Commercio del Senato della Repubblica. Di particolare interesse è la memoria di ARERA 82/2022/I/COM, in www.arera.it, presentata alla Commissione citata, ove si sottolineano alcune criticità del disegno di legge e in particolare che si voglia intervenire sugli assetti regolatori posti in essere da ARERA, che hanno dato buoni risultati fino ad oggi.

servizi pubblici locali, tra le quali quella sul SII, nel rispetto dei principi elencati nell'art. 6 comma 2, come si evidenzierà.

Le riflessioni che seguiranno mirano a mettere in luce le peculiarità del SII come attualmente disciplinato nel Codice (per capire l'incidenza di un eventuale scorporo delle disposizioni in tema di SII) ove la vocazione della risorsa idrica a integrare un servizio di interesse economico generale si accompagna a quella prettamente ecologica.

2. Il servizio idrico integrato e le sue peculiarità nell'ambito della gestione delle risorse idriche

Il Codice, come noto, nella sua parte III, si occupa di tutela delle acque⁸ dall'inquinamento e di gestione delle risorse idriche, sotto i molteplici aspetti connessi alla loro qualità e quantità, nonché ai loro usi più diversificati, senza però dar vita a un "corpus" normativo, completo e sistematico di tutta la disciplina attinente alle acque⁹. Quanto ai servizi idrici, la relativa specifica disciplina all'interno del Codice si rinviene nel titolo II, rubricato appunto «Servizio idrico integrato», a dimostrazione della volontà del legislatore di enfatizzare la valenza ambientale-ecologica della risorsa idrica pur non disconoscendo il suo ruolo di possibile oggetto di un servizio pubblico (di interesse generale) essenziale per la sopravvivenza e lo sviluppo socioeconomico della comunità.

Nella parte Terza del Codice sono state riordinate disposizioni rinvenibili in altre fonti, ma soprattutto si è effettuato il recepimento della direttiva 2000/60/CE (c.d. «direttiva quadro sulle acque»), e successive modifiche e integrazioni da parte di fonti successive, addivenendo al contempo ad una riforma dello schema organizzativo introdotto dalla legge n. 183 del 1989, sulla difesa del suolo e bacini idrografici.

La direttiva 2000/60/ CE ha prospettato, per la prima volta in modo sistematico, il principio, poi transitato nel Codice (pure innovativo nell'ambito

⁸ Sulla nozione di acque pubbliche, anche in una prospettiva storica, si legga U. PERRUCCI, *Le acque pubbliche nella legislazione italiana*, Zanichelli, Bologna, 1981, p. 10 ss. nonché U. PERNIGOTTI, *Acque pubbliche*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. I, Milano, 1958 e V. CERULLI IRELLI, voce *Acque pubbliche*, in *Enc. giur.*, Roma, 1998.

⁹ Come dimostra, ad es., la perdurante vigenza, seppur con notevoli modificazioni, delle disposizioni del r.d. n. 1765 del 1933 in tema di derivazioni di acque pubbliche e di tribunali delle acque pubbliche.

della legislazione europea), dell'uso integrato della risorsa idrica, che postula l'interdipendenza tra le diverse componenti del sistema idrico sia dal punto di vista ambientale sia amministrativo. L'uso integrato dell'acqua ritenuta nel primo considerando della direttiva non un prodotto commerciale al pari degli altri, bensì un patrimonio che va protetto per le generazioni future, si radica nei principi più generali in tema di protezione dell'ambiente (prevenzione, precauzione, sviluppo sostenibile, chi inquina paga ecc.) che costituiscono il pilastro della politica ambientale europea¹⁰. La direttiva precisa che il sistema di gestione unica e integrata delle acque si deve basare su unità geografiche e idrologiche naturali, i bacini idrografici, con un unico coordinamento a livello di distretto idrografico. Per quanto riguarda la tariffazione del servizio idrico, la direttiva citata contiene il principio guida fondamentale, quello del recupero integrale del costo dei servizi idrici, ovvero la quantificazione dei costi finanziari, ambientali e della risorsa alla luce del principio del «chi inquina paga», finalizzato anche al mantenimento di una buona qualità dell'acqua.

Il Codice abroga formalmente la legge 05 gennaio 1994 n. 36, (legge “Galli”)¹¹, su cui si dirà a breve, anche se poi, nella sostanza, ne ripropone gli elementi caratterizzanti.

Pur nella sua frammentarietà, il Codice testimonia il sedimentarsi delle diverse prospettive di analisi della risorsa idrica nel tempo, pur non costituendo un “Codice delle acque” vero e proprio.

La risorsa idrica inizialmente è stata considerata elemento naturale da cui poteva derivare un pericolo (alluvioni e inondazioni) dal quale difendersi, poi

¹⁰ Sui principi dell'UE, cfr. M. CECCHETTI, *Le politiche ambientali tra diritti sovranazionali e diritto interno*, in *www.federalismi.it*, 20 marzo 2020; P. DELL'ANNO-E. PICOZZA, *Trattato di diritto dell'ambiente, Principi generali*, vol. I, Cedam, Padova, 2012, *passim*; R. FERRARA, *I principi comunitari della tutela dell'ambiente*, in R. FERRARA (a cura di), *La tutela dell'ambiente*, Giuffrè, Torino, 2006, pp. 1-35; S. GRASSI, *Procedimenti amministrativi e tutela dell'ambiente*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1265 ss.

¹¹ Sugli elementi caratterizzanti della legge “Galli”, cfr. M. ALBERTON, *Water governance in Italy: from fragmentation to coherence through coordination attempts*, in P. TURRINI-A. MASSARUTTO-M. PERTILE-A. DE CARLI, editors, *Water law, policy and economics in Italy*, Springer 2021, p. 355 ss.; J. BERCELLI, *Organizzazione amministrativa e servizio idrico*, Maggioli; E. BOSCOLO, *Water resources management in Italy: institutions, laws and approaches*, in P. TURRINI-A. MASSARUTTO-M. PERTILE-A. DE CARLI, editors, op. cit., p. 105 ss.; M.A. SANDULLI, *Il servizio idrico integrato*, cit.; V. CERULLI IRELLI, *Disciplina delle acque e servizio idrico integrato*, in M. GIGANTE (a cura di), *L'acqua e la sua gestione. Un approccio multidisciplinare*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 37-58; N. LUGARES-F. MASTRAGOSTINO, *La disciplina giuridica delle risorse idriche*, Maggioli, Rimini, 2004; F. CAPORALE, *I servizi idrici*, cit.

bene di carattere produttivo¹² e servizio indispensabile per la comunità, in seguito risorsa da proteggere dai fenomeni di inquinamento e da utilizzare nel rispetto del principio di sostenibilità in una logica custodiale a vantaggio delle generazioni future¹³. È proprio il principio di un uso ragionevole della risorsa idrica, in una prospettiva di tutela intergenerazionale, di cui all'art. 144, comma 2, del Codice, che conferma l'approccio prettamente ecologico-ambientale utilizzato per raccogliere la disciplina in materia di acque e loro gestione. Il Codice, sotto questo profilo, recepisce le indicazioni già contenute nella legge "Galli" ove, in

¹² L'evoluzione appena descritta si radica nell'avvicinarsi della produzione normativa dal periodo postunitario ad oggi. Alla legge sulle opere pubbliche del 20 novembre 1859, ove significativamente la competenza in materia di acque, passò dal Ministero degli interni a quello dei lavori pubblici, a dimostrazione dello stretto rapporto tra disciplina delle opere pubbliche e delle acque, la legge 20 marzo 1865 n. 2248, nel capo III dell'all. F riservato alle acque, dettò la disciplina delle opere idrauliche, delle derivazioni, della navigazione e dei trasporti di legnami, nonché dell'attività di polizia delle acque. Ad essa seguì la legge n. 2644 del 1884 che intervenne sulla concessione di derivazione di acque pubbliche, cui fu data esecuzione con r.d. 06 novembre 1893 n. 710. Con quest'ultima, iniziò un lento e inesorabile scorporo della normativa in tema di acque da quella sui lavori pubblici, dalla quale traspariva una forte preoccupazione per i possibili effetti dannosi per la popolazione, conseguenti ad un uso inappropriato delle acque, determinato anche dalle aumentate esigenze industriali della seconda metà dell'Ottocento. Ruolo fondamentale venne assunto dalla concessione, strumento chiamato ad assicurare un pieno sfruttamento della risorsa idrica, sotto il controllo pubblico, anche se nella legge poi non risultavano indicati i criteri di decisione in caso di domande concessorie plurime. Fu solo con il r.d. 1664/1916 che venne disciplinato in modo articolato il procedimento concessorio, prevedendo concessioni temporalmente distinte e modulate sulle piccole e grandi derivazioni. Si codificò inoltre il criterio per la scelta tra diversi richiedenti, che coincide con la prevalenza a favore del richiedente che garantisce il massimo risultato per la protezione dell'interesse pubblico. Venne inoltre istituito il Tribunale delle acque pubbliche, con giurisdizione in ordine alle vertenze aventi ad oggetto le acque, a tutela di diritti e interessi legittimi. Si introdussero anche criteri per distinguere tra acque pubbliche e private, poi ripresi nel successivo r.d. n. 2161 del 1916. A tenore di quest'ultimo, si istituirono appositi elenchi in speciali registri nei quali furono inserite le acque che per la loro portata o per l'ampiezza del bacino imbrifero mostrassero attitudine a qualsiasi uso di pubblico e generale interesse. Con il r.d. n. 2161 del 1916 al preesistente Tribunale delle acque pubbliche, al quale era nel frattempo stato attribuito il nuovo nome di Tribunale Superiore delle acque pubbliche, si affiancò il Tribunale regionale delle acque pubbliche incardinato solo presso alcune Corti di appello, che conosceva in primo grado delle posizioni di diritto soggettivo. L'appello nei confronti delle sentenze del Tribunale regionale delle acque pubbliche si proponeva al Tribunale Superiore delle acque pubbliche. La materia delle acque pubbliche venne profondamente incisa dal r.d. 11 dicembre 1933, n. 1775 cui seguirono la legge "Galli" del 05 gennaio 1994, n. 36, attuata con regolamento del 18 febbraio 1999, n. 238 e da ultimo il Codice (d.lgs. n. 152 del 2006). Per gli sviluppi storici sulla normativa in tema di acque pubbliche, si rinvia a S. PIERI, *Acque*, in *Aggiornamento Digesto delle discipline privatistiche*, vol. II, Utet, Torino, 2003, p. 18 ss.; E. MICCOLI, *Le acque pubbliche*, Unione Tipografica Torinese, Torino, 1958, p. 15 ss.

¹³ Sul punto, cfr. A. PIOGGIA, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Torino, 2021, p. 125 ss.

largo anticipo sui tempi, uso e tutela della risorsa idrica apparivano inscindibilmente connessi, in considerazione della natura (pubblica) della risorsa, bene da tutelare in sé e per sé a vantaggio delle generazioni future.

2.1 La disciplina del SII al crocevia tra concorrenza e protezione ambientale

La disciplina del servizio idrico integrato - inquadrandosi in questo contesto - detta i principi per una gestione razionale ed efficiente del servizio dell'acqua potabile non disgiuntamente dalla più ampia considerazione della necessità di utilizzare la risorsa alla luce del principio di sostenibilità.

Si comprende, dunque, come il filo integrante la trama del Codice sia proprio la consapevolezza del valore dell'acqua, bene ecologicamente rilevante di per sé e non solo perché oggetto del servizio, e della sua esauribilità e fragilità, che potrebbero risultare minacciate anche da modalità inappropriate della gestione del servizio stesso. Senza contare che a partire dalla legge "Galli" tra i possibili usi della risorsa, ossia quello umano, industriale-produttivo e agricolo, è stato considerato prioritario proprio quello umano¹⁴, mentre nell'immediato passato quello produttivo appariva egemone; da qui l'importanza di scegliere modelli organizzativi del servizio idrico idonei a garantire il collegamento tra il bene acqua e l'esercizio di diritti fondamentali¹⁵. Non a caso l'acqua, *rectius* l'accesso all'acqua potabile, è stato definito un diritto dell'uomo essenziale alla qualità della vita e all'esercizio di tutti i diritti dell'uomo dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite¹⁶.

¹⁴ Nel rapporto dell'ISPRA n. 323/2020 cit. si evidenzia che attualmente il settore agricolo utilizza il 60% dell'intera richiesta di acqua, il settore energetico e industriale il 25% e gli usi civili il 15%. Il consumo *pro capite* d'acqua posiziona l'Italia al primo posto della classifica dei paesi europei e al terzo su scala globale, alle spalle di Stati Uniti e Canada. Tali dati vanno letti considerando che però nel contesto italiano esistono marcate differenze tra il nord, il centro e il Sud, e i consumi spaziano nelle diverse parti del territorio nazionale da 150 a 400 litri al giorno.

¹⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una carta dei beni fondamentali*, in T. MAZZARESE-P. PAROLARI (a cura di), *Diritti fondamentali, le nuove sfide*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 88 ss. e P. TURRINI-M. PERTILE, *The human right to water in Italy's foreign policy and domestic law*, in P. TURRINI-A. MASSARUTTO-M. PERTILE-A. DE CARLI, editors, op. cit., 241 ss.

¹⁶ Risoluzione dell'Assemblea Generale delle Nazioni unite 28 luglio 2010 n. 64/92 . Si ricorda peraltro l'obiettivo 6 della Agenda 2030 volto a garantire a tutti la disponibilità e la gestione sostenibile dell'acqua e delle strutture igienico-sanitarie. Si legga sul punto R. LOUVAIN, *Aqua Aequa. Dispositivi giuridici, partecipazione e giustizia per l'elemento idrico*, Torino, Giappichelli,

Nulla si stabilisce nella nostra carta costituzionale, peraltro di recente riformata, in tema di risorse idriche. La riforma ha portato all'integrazione dell'art. 9 Cost. - con l'espressa menzione dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi in una proiezione intergenerazionale, e rinvia al legislatore perché disponga modi e forme della tutela degli animali¹⁷ - e dell'art. 41, comma 2, Cost., ove si stabilisce che l'iniziativa economica privata non può svolgersi in danno della salute e dell'ambiente. Si tratta di due nuovi limiti che si affiancano a quelli preesistenti, ossia la sicurezza, la libertà e la dignità umana. Nell'art 41, comma 3, Cost., poi, si riserva alla legge la possibilità di indirizzare e coordinare l'attività economica, sia pubblica sia privata, ai fini sociali e ambientali. Pur apprezzando il rafforzamento per la protezione dell'ambiente, al quale possono certamente ricondursi le risorse idriche, scaturente dalle citate modifiche, si rileva che comunque anche in precedenza la tutela del diritto all'acqua poteva trovare protezione nell'alveo dei diritti inviolabili¹⁸ dell'art. 2 della Costituzione.

La natura pubblica della risorsa idrica è andata intrecciandosi alle vicende connesse ai modelli di gestione del servizio idrico, al punto che - assai discutibilmente - in occasione del *referendum* del 12-13 giugno 2011 dalla natura privata del gestore si faceva discendere come conseguenza logica necessaria la privatizzazione della risorsa, ma di questo si dirà nel prosieguo.

La disciplina del SII ricade sia in materie di competenza esclusiva dello Stato (tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente)¹⁹, sia in materie di competenza esclusiva delle Regioni, (servizi pubblici locali) *ex art.* 117, comma

2018, 2.16-225; F.R. DI MARTINO, *L'acqua come diritto fondamentale e la sua gestione pubblica*, in *Munus*, 2017.

¹⁷ Si tratta della legge 08 febbraio 2022. La scelta fatta in Italia diverge rispetto a quella francese, a tenore della quale la carta costituzionale è stata integrata con la previsione dei principi europei dello sviluppo sostenibile, di precauzione, di prevenzione, chi inquina paga ecc. In Italia si è ritenuto sufficiente richiamarli nel Codice, dunque in una fonte sotto-ordinata rispetto alla Costituzione, forse perché a livello costituzionale l'art. 117, comma 1, già permetteva un richiamo ai principi europei in materia ambientale. Sui caratteri della "*Charte de l'environnement*" cfr. M. PRIEUR, *Promesses et réalisations de la Charte de l'environnement*, in *NCCC*, 2014, 2, 43; J. UNTERMAIER, *La Charte de l'environnement face au droit administratif*, in *RJE*, no. *special*, 2005, p. 145 ss.

¹⁸ Cfr. T.E FROSINI, *Dare un diritto agli assetati*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2010,1, p. 29 ss. L'A. precisa che ci sono costituzioni, soprattutto quelle dei paesi dell'America latina, si pensi alla Bolivia (art. 20) al Guatemala (art. 128) al Messico (art. 26) ove il diritto all'acqua è espressamente annoverato tra i diritti fondamentali. Si legga inoltre Corte cost. 22 luglio 2010 n. 273, in *cortecostituzionale.it*; si legga inoltre B. DROBENKO, *Le droit à l'eau: une urgence humanitaire*, II ed., Johanet, Parigi, 2012, p. 67 ss.

¹⁹ Cfr. Corte cost., 20 aprile 2011, n. 128, in *cortecostituzionale.it*.

4, Cost., in quanto non contemplate espressamente tra quelle di competenza statale esclusiva o concorrente, intercettando peraltro materie quali la valorizzazione dei beni ambientali (e culturali) sottoposta alla legislazione concorrente Stato-Regione²⁰.

Come già si accennava, le risorse idriche sono pubbliche, ma anche gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche, fino al punto di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio (accidentale) ai sensi degli artt. 822 ss. c.c. e sono alienabili solo nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge (art. 143 del Codice).

Il Codice, sulla scia della legislazione precedente, disciplina il servizio idrico nel quadro di una situazione di monopolio naturale, o di fatto, ove acqua e suolo si compenetrano strettamente, caratterizzato dalle regole dell'indisponibilità, della necessaria appartenenza a un ente territoriale, in capo al quale si consolida il diritto di proprietà, con il limite dell'inalienabilità e dell'essere destinato a un uso pubblico generale. Questo spiega anche come la disciplina sul servizio idrico si sia sempre sviluppata al crocevia costituito da salvaguardia della concorrenza e protezione ambientale²¹, nonché della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni, tutte materie di competenza esclusiva dello Stato, a loro volta intercettate da altre materie di competenza ripartita o esclusiva delle Regioni, come dimostra l'aspro contenzioso costituzionale. Che il rapporto tra profili ambientali e di gestione del servizio idrico siano strettissimi è dimostrato dalla scelta fatta nel Codice di far precedere le disposizioni del titolo II, (artt. 147-158) dedicato appunto al servizio idrico integrato, da alcuni principi di carattere generale (artt. 141-146) relativi alla tutela e gestione delle risorse idriche oltre che alle diverse competenze, che rafforzano la prospettiva dell'acqua come risorsa ecologicamente rilevante, inserita in un contesto ecologico complesso, ove qualità e quantità della risorsa vanno considerate congiuntamente, come dimostrano gli artt. 145 e 146 del Codice, riservati all'equilibrio di bilancio idrico e al risparmio idrico.

²⁰ Corte cost., 12 aprile 2013, n. 67; Id., 28 marzo 2013, n. 50. Id. 27 luglio 2004, n. 272; Id., 25 novembre 2011, n. 320; Id., 4 febbraio 2010, n. 29; Id., 24 luglio 2009, n. 246, tutte in *cortecostituzionale.it*.

²¹ Cfr. Corte cost., 13 aprile 2011, n. 128 in *cortecostituzionale.it*, ove si afferma che la normativa in tema di Autorità di ambito territoriale ottimale, inclusa la loro soppressione, ricade nella competenza esclusiva dello Stato sia in materia di concorrenza sia di protezione dell'ambiente.

3. *La natura pubblica della risorsa idrica “de iure condendo”*: cenni ai progetti di legge sulla gestione pubblica delle acque (PDL C52 e PDL C773)

La natura pubblica della risorsa idrica, indirizzata ad una migliore preservazione e a favorire un uso razionale della stessa, viene ribadita nell'art. 144, comma 1, del Codice e declinata “*ex lege*” in chiave di demanialità²², categoria destinata progressivamente a sfumarsi in quella dei beni comuni²³, riferentesi a quei beni di diffusa titolarità, le cui principali utilità soddisfano bisogni connessi all'esercizio dei diritti fondamentali²⁴, di cui lo Stato e/o altri enti pubblici territoriali sono meri custodi, dovendo unicamente vigilare sul corretto utilizzo delle risorse e curare la loro trasmissione alle generazioni future²⁵.

Il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011, esaminato alla luce delle richieste dei comitati referendari, si fondava sulla convinzione che l'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/08 implicasse necessariamente una sorta di privatizzazione forzata dell'acqua. In realtà, la natura pubblica del bene non mutava, era la gestione del SII che veniva fortemente indirizzata verso il modello privatistico,

²² Si segnalano anche le disposizioni in tema di “federalismo demaniale” (d.lgs. 28 maggio 2010, n. 85 “Attribuzione a comuni, province, città metropolitane e regioni di un proprio patrimonio, in attuazione dell'art. 19 della legge 5 maggio 2009, n. 42”) che, oltre a trasferire a titolo gratuito dallo Stato alle regioni e ad altri enti territoriali tutta una serie di beni demaniali, tra i quali quelli del demanio idrico, hanno stabilito anche norme in materia di partecipazione dei cittadini ai procedimenti concernenti la destinazione dei beni pubblici.

²³ Sulla nozione di beni comuni, in questa sede, dati i limiti del presente lavoro, ci si limita a ricordare U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Bari, 2011; E. VITALE, *Prima di entrare nell'acqua. Ci serve il salvagente dei beni comuni?*, in M. GIGANTE (a cura di), cit., p. 1 ss. La nozione rimane comunque ancora priva di ricadute processuali, cfr. Cons. Stato, Sez. V, 19 febbraio 2007, n. 826, in *giustizia-amministrativa.it*.

²⁴ Va sottolineato che i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque venivano inquadrati nella categoria dei beni comuni, per la tutela delle generazioni future, da amministrare secondo criteri di solidarietà, imponendo la partecipazione pubblica nella gestione dei beni stessi, dalla Commissione istituita nel 2007 presso il Ministero della Giustizia per il riordino dei beni pubblici, presieduta da Stefano Rodotà. Sul regime dei beni pubblici, cfr. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Giuffrè, Milano, 2004, *passim*. In giurisprudenza, cfr. Cass. civ., S.U., 18 febbraio 2011, n. 3937 sulla natura di beni comuni di alcuni ambiti della laguna veneta. P. MADDALENA, *I beni comuni nel codice civile, nella tradizione romanistica e nella costituzione della Repubblica italiana*, in *federalismi.it*, 2011, p. 19; ID., *I beni comuni nel diritto romano: qualche valida idea per gli studiosi moderni*, *ivi*, 2012.

²⁵ Cfr. E. BOSCOLO, cit., 1105 ss.; M. FIORENTINI, *L'acqua da bene economico a «res communes omnium» a bene collettivo*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2010, 1, *passim*.

ma non solo di quello, bensì di tutti i servizi pubblici locali, con tassative esclusioni.

L'esito del *referendum*²⁶, oltre all'abrogazione dell'art 23 *bis* cit. e all'espunzione della remunerazione del capitale investito dall'art. 154 del Codice, ha avuto tra i suoi effetti anche quello di lasciare sussistere tutto un movimento di pensiero che partendo dal rilievo contenuto nella direttiva 2000/60 CE che l'acqua "non è una merce" ne fa univocamente discendere, sotto il profilo della gestione del SII, la sola gestione pubblicistica (attraverso la creazione di una società "*in house*"), situazione che suscita non poche perplessità visto che la natura della risorsa non muta al mutare della natura del soggetto gestore.

Appare significativo che nell'attuale legislatura sia in corso l'esame abbinato di due progetti di legge²⁷, il n. 52 «Disposizioni in materia di gestione pubblica e partecipativa del ciclo integrale delle acque» (riproduttiva della proposta n. 2212 della precedente legislatura) e il n. 773 «Principi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque» (che a sua volta riflette il contenuto del progetto n. 2343 della XVII legislatura). I due progetti di legge non sono coincidenti in quanto nel primo, che ha ricevuto il parere contrario nell'ambito della Conferenza Stato-Regioni, si prospetta l'inquadramento del SII nell'ambito dei servizi privi di rilevanza economica, da cui consegue una modalità di gestione basata sull'autoproduzione, in particolare sulla gestione da parte di soli enti pubblici²⁸; non così nel secondo, nel quale, invece, il SII viene correttamente incluso nei servizi dotati di rilevanza economica, come suggerito più volte dalla Corte costituzionale, ma gestito attraverso la creazione di società interamente

²⁶ Sul *referendum* e i suoi effetti, cfr. L. MUSSELLI, *I servizi idrici dopo il referendum: prime considerazioni*, in *federalismi.it*, 2011, p. 21. Mi sia permesso il rinvio a V. PARISIO, *Eau, bien public et service public: le service intégré de l'eau en Italie*, in P. HALLEY ED. YVON BLAIS (a cura di), *L'environnement, notre patrimoine commun et son Etat gardien*, 2012, 495 ss. Sull'influenza del referendum sulla legislazione regionale, cfr. S. ARU, *La gestione del servizio idrico tra Europa, Stato, regioni e volontà popolare*, in www.federalismi.it, 20 marzo 2019.

²⁷ Camera dei Deputati, XVIII legislatura, A.C. 52 and A.C. 773 in www.parlamento.it

²⁸ È stato sottolineato con riferimento all'azienda speciale, disciplinata dagli artt. 114 ss. del d.lgs 267/2000 che la stessa si connota come una vera e propria impresa, pertanto anche la scelta qualificatoria del SII come servizio di carattere non economico si scontrerebbe comunque con la connotazione economica della gestione, pure se a totale capitale o patrimonio pubblico. Ne discenderebbe che la scelta qualificatoria del carattere non economico del servizio, portata alle estreme conseguenze, comporterebbe una modifica radicale dell'azienda speciale facendola diventare un ente pubblico non economico o meramente erogativo. Cfr. G. CAIA, *I modelli di gestione del servizio idrico integrato*, in L. CARBONE-G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), *op. cit.*, p. 167.

pubbliche che presentino i requisiti che l'ordinamento europeo prevede per le società *in house*. In sostanza, pur nella diversità della qualificazione del servizio idrico, entrambi i progetti escludono che il servizio venga messo sul mercato. Nel caso del PDL C52, conseguentemente, il finanziamento del servizio, oltre che dalla tariffa viene sostenuto soprattutto dalla fiscalità generale.

Allo stesso modo comune ai due progetti di legge è la previsione di un quantitativo minimo garantito a tutti, 50 litri giornalieri, per assicurare il diritto all'acqua come diritto fondamentale.

Il PDL C773 conferma - a grandi linee - l'organizzazione del SII contenuta nel Codice, mentre il PDL C52 le scardina, prevedendo la creazione di un Consiglio di bacino, quale ente di governo d'ambito, in sostituzione degli attuali EGATO e stabilisce che, di norma, i bacini di affidamento del servizio non devono essere superiori alle Province o Città metropolitane (mentre nel Codice debbono essere non inferiori all'estensione della provincia). Sempre il PDL C52 ripristina il concetto di "unitarietà della gestione", che nel Codice è stato sostituito da quello della "unicità della gestione", ossia un solo gestore per ambito. Inoltre, il PDL C52 riporta in capo al governo funzioni che erano state trasferite all'Autorità di regolazione dei servizi elettrici e del gas, (AEEG) in una logica di "ritorno al passato".

È significativo che i due PDL C52 e C773, sommariamente descritti, proseguano il loro *iter* in parallelo al disegno di legge sulla concorrenza del 2021, che invece delega il governo a rivedere l'attuale disciplina del SII favorendo il più possibile l'esternalizzazione del servizio, mediante l'irrigidimento della procedura per l'affidamento *in house*, come subito si dirà.

4. Il disegno di legge annuale per la concorrenza 2021 e il SII: prime indicazioni

In senso divergente rispetto ai progetti di legge cui si è appena fatto cenno si muove il disegno di legge sulla concorrenza del 2021, contribuendo così a delineare il quadro composito delle tendenze che agitano l'arena nella quale si colloca il SII.

Come noto il PNRR include una triade di riforme: accanto a quelle definite "abilitanti", si rinvergono quelle orizzontali o "di contesto" e infine quelle settoriali, tutte comunque accomunate dalla volontà di assicurare

l'attuazione concreta del PNRR²⁹. In particolare, le prime, finalizzate ad eliminare le barriere agli investimenti pubblici e privati (nella convinzione che tutela e promozione della concorrenza, pilastri sui quali poggia l'ordinamento europeo, siano i presupposti per favorire una crescita economica solidale e duratura, in risposta agli effetti devastanti del Covid-19), si condensano soprattutto nel disegno di «legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021», sul quale ci si soffermerà con alcune sintetiche riflessioni.

Il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021 (Atti Senato, AS n. 2469³⁰), in corso di esame al Senato, da approvarsi entro la fine del 2022 secondo le previsioni del PNRR (la legge è destinata comunque ad avere cadenza annuale, ricordando che la precedente risaliva al 2017, nonostante fosse stata prevista, fin dalla legge n. 99 del 2009, l'adozione di una legge annuale sulla concorrenza), mira a sviluppare la concorrenza per ottenere una migliore qualità dei beni e servizi sul mercato a prezzi competitivi, e soprattutto a facilitare l'accesso al mercato alle piccole e medie imprese, così importanti nel contesto italiano, alla luce degli obiettivi europei di politica sociale, giustizia, tutela dell'ambiente e, “*last but not least*”, tutela della salute, in applicazione dell'art. 117 commi 1 e 2, lett. s), della Costituzione. Per il raggiungimento di questi obiettivi, appare essenziale migliorare la qualità dei servizi pubblici, in particolare di quello idrico, la cui offerta appare ancora troppo eterogenea sul territorio italiano. Il miglioramento del servizio implica una rimozione degli ostacoli regolatori di carattere normativo e amministrativo all'apertura dei mercati.

Nell'art. 6 («Delega in materia di servizi pubblici locali») si conferisce delega al Governo per il riordino della materia dei servizi pubblici locali, da esercitarsi anche attraverso l'adozione di un testo unico, entro 6 mesi decorrenti dall'entrata in vigore della legge, attenendosi ai principi indicati nel secondo comma, che a breve vedremo. Nell'*iter* di approvazione è previsto il parere o l'intesa, a seconda dei casi in sede di Conferenza unificata Stato-Regioni e Province autonome. Va sottolineato che assai singolarmente, per esigenze di

²⁹ Le riforme orizzontali perseguono l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese, agendo mediante una riforma dell'apparato amministrativo e della giustizia. Le riforme di settore, invece, consistono in interventi che si andranno a radicare in ambiti di intervento ben delimitati o attività economiche rinvenibili all'interno delle singole missioni.

³⁰ A.S. n. 2469, si legge in *parlamento.it*.

speditezza, nell'art. 6, comma 3, non si prevede il parere delle commissioni parlamentari né quello del Consiglio di Stato.

Per la verità, già con la legge n. 124 del 2015 (legge "Madia") si era tentato di emanare un T.U sui servizi pubblici, che peraltro escludeva la disciplina del SII, che, come noto, non vide mai la luce per decorso dei termini di attuazione della delega (anche in seguito all'intervento della Corte costituzionale con sentenza n. 251 del 2016), a dimostrazione di quanto sia sempre stata avvertita l'esigenza di codificare principi chiari e comuni a tutte le tipologie di servizi, portando finalmente stabilità in un settore assolutamente tormentato, dove l'attaccamento a meccanismi di affidamento privilegiato ha sempre osteggiato un pieno sviluppo della concorrenza. Appare significativo che l'affidamento *in house* (spesso in mancanza dei requisiti), ossia l'autoproduzione, sia ancora la modalità più utilizzata, mentre l'esternalizzazione, complice una congerie di regole spesso eccessivamente complesse per una pratica attuazione da parte gli enti locali³¹, rimanga assolutamente marginale, anche nel servizio idrico integrato, come si dirà.

4.1. *I criteri della legge delega*

I criteri cui il Governo dovrà ispirarsi tengono conto dei principi e delle disposizioni eurounitarie primarie e secondarie, della stratificazione della normativa verificatasi nel corso degli anni, degli interventi della Corte di Giustizia UE, della Corte costituzionale e della magistratura ordinaria e amministrativa, alla luce dei principi costituzionali, in particolare quelli di cui all'art. 117 comma 1 e comma 2 lett. m), p) e s). I criteri sono volti a garantire la massima efficienza e qualità nella gestione dei servizi pubblici locali, che peraltro muove una grossa fetta di investimenti nel Paese, tutelando nella misura più ampia possibile le ragioni degli utenti. In via di grande sintesi, tra i criteri della delega ricordiamo la razionalizzazione della ripartizione dei poteri di regolazione e di controllo tra i diversi livelli di governo locale e le Autorità indipendenti³², la

³¹ Si legga Corte dei conti, sez. autonomie, *Gli organismi partecipati degli enti territoriali e sanitari. Relazione 2021*. Deliberazione n. 15/Sez. Aut/2021/FRG in www.corteconti.it

³² Sul punto si legga l'intervento di ARERA, *Memoria dell'Autorità di regolazione per l'energia reti ambiente in merito al disegno di legge recante "legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021* (A.S. n. 2469), in arera.it ove si sottolinea che «L'esigenza di un'azione di riforma da intraprendere sui prospettati criteri direttivi di razionalizzazione della ripartizione dei poteri di

separazione a livello locale tra le funzioni regolatorie e le funzioni di diretta gestione del servizio. Quest'ultimo profilo - peraltro a livello teorico - era comparso nella disciplina in tema di SII già a partire dalla legge "Galli", anche se poi, a livello pratico, si era assistito spesso a forme di "cattura del regolatore", nel senso che spesso gli enti locali che costituivano le Autorità d'ambito erano anche azionisti delle società che gestivano il servizio. Altro criterio, sollecitato dalle previsioni europee, è la revisione dei regimi speciali ed esclusivi alla luce del principio di proporzionalità, cui si aggiunge quello della ottimale organizzazione territoriale dei servizi pubblici locali, mediante l'armonizzazione delle discipline di settore, e soprattutto attraverso la previsione di incentivi all'accorpamento delle gestioni. Il SII, fin dalla legge "Galli", si è sempre sviluppato in ambiti territoriali ottimali, pertanto, e non da oggi, tale criterio è già ampiamente recepito all'interno del Codice, anche se, come si evince dall'ultima relazione semestrale presentata da ARERA al parlamento, rimangono ancora alcuni piccoli comuni che rifiutano l'aggregazione all'interno degli ATO di riferimento, proseguendo ostinatamente con inefficienti gestioni in economia del SII.

Criterio fondamentale è la razionalizzazione delle modalità di affidamento e di gestione dei servizi pubblici locali con previsione, peraltro già codificata nell'ordinamento all'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 ("Codice dei Contratti Pubblici"), della necessità di una motivazione anticipata e qualificata per la scelta o conferma dell'autoproduzione, ossia del mancato ricorso al mercato, facendo riferimento anche ai risultati delle passate gestioni. Ma soprattutto si contempla, con un ritorno al passato, l'obbligo di inviare all'Antitrust la decisione motivata di utilizzare il modello dell'autoproduzione,

regolazione e di controllo tra i diversi livelli di governo locale e le autorità indipendenti non sembra, dunque, rinvenirsi, con riguardo ai citati settori idrico e rifiuti, nei contesti – collocati al Nord e al Centro del Paese, nonché in talune aree del Mezzogiorno – in cui la fruizione dei servizi, la realizzazione degli investimenti, l'attività legislativa regionale, i meccanismi decisori degli Enti di governo dell'ambito e le capacità gestionali e di carattere industriale degli operatori appaiono in linea con il raggiungimento dei più elevati obiettivi di settore». ARERA ritiene invece che sarebbe auspicabile pensare a nuove misure di riordino per quei soggetti territoriali, per i quali si siano riscontrate perduranti inadempienze nello svolgimento delle attività stabilite dalla normativa vigente. Sarebbe utile un supporto tecnico in termini organizzativi e di "know-how" specifico (anche per i profili normativi e regolatori) di «un soggetto societario a controllo interamente pubblico, che abbia maturato esperienza in progetti di assistenza alle amministrazioni pubbliche impegnate nei processi di organizzazione, pianificazione ed efficientamento dei servizi pubblici locali».

anche razionalizzando le attuali previsioni in tema di trasparenza degli affidamenti *in house*. Nell'ambito del SII, come noto, il ricorso all'autoproduzione è molto sviluppato e si risolve nella permanenza di alcune gestioni in economia, soprattutto al Sud, e nella costituzione di società *in house*, che devono rispettare i criteri previsti a livello europeo e nazionale.

Nel tempo, peraltro, come si vedrà, l'atteggiamento tenuto nei confronti delle società *in house* è mutato. Il referendum abrogativo del 12-13 giugno 2011, come noto, aveva abrogato l'art. 23 *bis* del d.l. 112/2008, nella parte in cui sottoponeva la disciplina del *in house* a forti irrigidimenti, volti proprio a scoraggiare l'autoproduzione a favore dell'esternalizzazione del servizio, scelta che, però, la Corte costituzionale, con sentenza n. 325 del 2010 aveva considerato del tutto legittima³³. Ora, coerentemente con l'obiettivo del disegno di legge in commento, si torna a disincentivare l'autoproduzione, e dunque la società *in house*, in quanto spesso la stessa si è rivelata una scatola vuota utilizzata sovente per finalità ultronee rispetto all'efficienza del servizio, tra le quali il tentativo di eludere i vincoli alla finanza pubblica, posti anche a livello europeo.

Tra i criteri della delega compare inoltre una forte attenzione per le esigenze di bilancio, che si manifesta nel monitoraggio dei costi anche connessi al mantenimento delle gestioni "*in house*" per i connessi oneri di trasparenza dei dati connessi alle gestioni.

Si prevede, inoltre, una razionalizzazione dei criteri per la determinazione della tariffa, profilo questo che in realtà nel SII ha già trovato una sua stabilizzazione, come si dirà. Infine, dai criteri emerge una forte attenzione per la partecipazione degli utenti, chiamati a esprimersi sulla qualità del servizio (ma a quanto sembra non sulle scelte fondamentali concernenti la gestione del servizio), le cui ragioni andranno tutelate anche con riferimento a meccanismi alternativi a quelli giurisdizionali (il cui impiego è reso più facile dalla considerazione che ci muoviamo in un ambito contrattuale in presenza di diritti soggettivi). Del tutto condivisibilmente si stabilisce la necessità di un

³³ La Corte aveva infatti affermato che la scelta di restringere l'utilizzo del modello "*in house providing*" nel diritto interno, mediante la previsione di ulteriori requisiti rispetto a quelli sanciti in sede europea, non è imposta dal diritto dell'UE, tuttavia è pienamente legittima, in quanto protesa a dare la più ampia applicazione ai principi concorrenziali. Ciascuno Stato membro gode, infatti, di ampia discrezionalità nell'applicare i principi fissati dall'Unione europea, con il solo limite della proporzionalità e dell'adeguatezza, adottando soluzioni organizzative, nella specie in materia di *in house providing*, anche più rigide di quelle prefigurate in ambito europeo in materia di concorrenza.

coordinamento tra la disciplina dei servizi pubblici locali, quella dei contratti pubblici e quella in tema di società a partecipazione pubblica. La mancanza di tale coordinamento, anche nel settore del SII, aveva dato origine a non pochi problemi. Tra i criteri viene inoltre contemplata la revisione della disciplina dei regimi di proprietà e di gestione delle reti, degli impianti e altre dotazioni, per valorizzare la proprietà pubblica e al tempo stesso garantire il gestore uscente.

Nei criteri direttivi si menziona una revisione delle discipline settoriali con particolare riferimento ai rifiuti e al servizio idrico «al fine di assicurarne l'armonizzazione e il coordinamento». Questo induce a chiederci se quest'ultimo continuerà a godere di una normativa speciale, e se essa continuerà a restare all'interno del Codice, soprattutto se l'emanando T.U. sui servizi contenesse una parte generale, applicabile a tutti i servizi e poi le singole discipline di settore armonizzate appunto al disegno complessivo. Da notare che si menziona il coordinamento e non la sussunzione, il che lascia pensare che forse il SII potrà continuare a mantenere una sua autonoma disciplina. Ma solo gli eventi futuri ce lo diranno.

5. Le fondamenta del Codice: cenni alla legge "Galli"

Come già rilevato, per gestione del servizio idrico integrato si intende l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione dell'acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue. Tale definizione risale alla legge "Galli", la cui *ratio* ispiratrice risiedeva nella razionalizzazione dell'uso della risorsa, da preservare anche in una logica di protezione delle generazioni future, per il cui effettivo conseguimento aveva concepito e sviluppato l'industrializzazione dell'intero settore e riunito tutti i segmenti produttivi sino a quel momento gestiti separatamente³⁴. Una pluralità di servizi idrici confluiva appunto nel "servizio idrico integrato". L'uso per il consumo umano era considerato prioritario rispetto agli altri utilizzi (agricolo, industriale) ai sensi dell'art. 2, comma 1, legge n. 36/1994, con il chiaro intento di prevenire i conflitti di uso.

³⁴ Si veda A. FIORITTO, *Servizi idrici*, in *I servizi idrici dalla legge Galli al Codice dell'ambiente*, cit. p. 1111 ss.

La legge “Galli”, come prima indicazione, stabilisce la pubblicità *ex lege* delle risorse idriche³⁵, pubblicità che viene estesa anche alle acque artificialmente estratte dal suolo.

Le funzioni amministrative venivano riorganizzate mediante l'accorpamento dei diversi servizi idrici e la loro redistribuzione per ambiti territoriali sovracomunali, chiamati Ambiti Territoriali Ottimali (“ATO”)³⁶. All'interno degli ATO, di norma, operava un solo gestore per tutte le fasi del servizio.

Per tutto il ciclo veniva stabilita, ai sensi dell'art. 13, una tariffa unica, calcolata in modo da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio, compresa la remunerazione del capitale investito, come si preciserà meglio in seguito. L'intera filiera necessaria per la gestione del servizio idrico, proprio a garanzia della sua qualità ed efficienza, veniva, dunque, industrializzata e la remunerazione del capitale permetteva al gestore l'autosufficienza economica, a conferma della rilevanza economica del servizio.

Gli Ambiti Territoriali Ottimali³⁷ venivano delineati all'interno dei bacini idrografici, muniti quindi di struttura idrologica omogenea, nel rispetto dei

³⁵ Cfr. E. BOSCOLO, *Water resources management in Italy: institutions, laws and approaches*, cit., p. 105 ss. La legge Galli, all'art. 1, stabiliva che «tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà». Aveva abrogato implicitamente l'art. 1 del T.U. del 1933 n. 1775 ove si affermava che «sono pubbliche tutte le acque sorgenti fluenti e lacuali, anche se artificialmente estratte dal suolo, sistemate ed incrementate, le quali, considerate isolatamente per la loro portata o l'ampiezza del bacino imbrifero, sia in relazione al bacino idrografico al quale appartengono, abbiano o acquistino attitudine ad usi di pubblico e generale interesse». Tali acque venivano poi inserite in pubblici elenchi. In dottrina, si legga A. BARTOLINI, *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 120 ss.

³⁶ Cfr. art. 8. I servizi idrici sono riorganizzati sulla base di ambiti territoriali ottimali delimitati secondo i seguenti criteri: a) rispetto dell'unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto delle previsioni e dei vincoli contenuti nei piani regionali di risanamento delle acque di cui alla legge 10 maggio 1976, n. 319, e successive modificazioni, e nel piano regolatore generale degli acquedotti, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati; b) superamento della frammentazione delle gestioni; c) conseguimento di adeguate dimensioni gestionali, definite sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici e sulla base delle ripartizioni politico-amministrative.

³⁷ Nell'ordinamento francese il servizio idrico è organizzato in “*bassins versants*”, i quali, a differenza di quanto avviene nell'ordinamento italiano, sono solo sette e seguono l'andamento dei grandi fiumi francesi; cfr., a tal proposito, V. PARISIO, *La gestione del servizio idrico in Francia: prime considerazioni*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, 2, p. 623 ss. Si legga anche quanto riferito,

vincoli discendenti dai diversi piani (di risanamento del suolo, piano regionale degli acquedotti ecc.) e nell'osservanza dei vincoli presenti sul territorio, in una visione integrata territorio-risorsa idrica, di grandissima modernità per quegli anni. Gli enti locali compresi in un unico ATO costituivano l'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale ("AATO"). Si trattava di un organismo di rappresentanza che assumeva un fondamentale ruolo di governo, organizzazione e controllo del servizio idrico integrato, quale garante del corretto svolgimento del servizio stesso, al fine di assicurare una gestione efficiente ed economica. L'AATO, ovviamente, era nettamente distinta dal gestore del servizio, configurandosi come soggetto pubblico indipendente in posizione di neutralità, chiamato a vigilare sulla corretta erogazione del servizio, anche mediante verifica della congruità delle tariffe e, soprattutto, attraverso il piano d'ambito, a elaborare gli investimenti per mantenere la rete efficiente. Le AATO sono state successivamente abrogate con l'art. 2, comma 186 *bis*, legge n. 191/2009, e sostituite da appositi enti, gli attuali EGATO, individuati dalle regioni.

L'ente pubblico (Comune, Provincia) svolgeva attività di regolazione (locale) e attraverso il contratto di servizio, dunque un atto formalmente privatistico, controllava le prestazioni del gestore.

A livello nazionale era stato previsto un organismo, il Comitato di vigilanza per le risorse idriche al fine di vigilare sul corretto utilizzo delle risorse, successivamente soppresso e sostituito dalla Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua³⁸ a sua volta abrogata, con d.l. n. 201/2011, a poche settimane dalla sua istituzione. Con il medesimo intervento legislativo, le funzioni attinenti alla regolazione e al controllo dei servizi idrici in particolare sono state attribuite all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (AEEG diventa AEEGsi) ora ARERA. Queste funzioni, ossia la definizione dei costi ammissibili e dei criteri per la determinazione delle tariffe a copertura dei costi, le competenze in tema di qualità del servizio, di verifica dei piani d'ambito e di predisposizione delle convenzioni tipo per l'affidamento del servizio, erano e sono esercitate con gli stessi poteri attribuiti dalla sua legge istitutiva, la legge n. 481 del 1995.

circa la Francia e la Germania, nel *Blue Book 2022. I dati del servizio idrico in Italia. Blue book 2022*, Utilitatis Fondazione, 2022, p. 14 ss.

³⁸ Cfr. G. NAPOLITANO, *L'Agenzia per l'acqua*, in *Giornale dir. amm.*, 2011, 10, p. 1077 ss.

Per il servizio idrico, la legge “Galli”, integrata dal d.p.c.m. 04 marzo 1996, stabiliva che i Comuni e le Province - in qualità di Autorità d’Ambito Territoriale Ottimale (AATO) - gestissero il servizio idrico integrato mediante le forme, obbligatorie, previste dalla legge 08 giugno 1990, n. 142, come integrata dall’art. 12 della legge 23 dicembre 1992, n. 498³⁹, poi confluita nel T.U. n. 267 del 2000. Pertanto si configuravano originariamente: la gestione in economia, la gestione mediante istituzione, la concessione a terzi, l’azienda speciale e, infine, la società mista (a partecipazione pubblica maggioritaria o minoritaria). Nell’art. 113 TUEL il servizio pubblico di rilevanza economica veniva aggiudicato previo espletamento di una gara pubblica (esternalizzazione), in applicazione della normativa europea, oppure veniva affidato ad una società mista (a partecipazione pubblica maggioritaria o minoritaria) i cui soci privati venivano selezionati con procedura ad evidenza pubblica. Infine del tutto eccezionalmente si poteva affidare il servizio ad una società “*in house providing*”, a totale partecipazione pubblica sotto il completo controllo dell’ente locale affidante.

All’art. 13 si stabiliva che la tariffa costituiva il corrispettivo del servizio idrico ed era calcolata tenendo conto della qualità della risorsa idrica, del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell’entità dei costi di gestione delle opere, nonché della remunerazione del capitale investito, in modo da assicurare la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio. Peraltro, all’art. 14 della legge citata, il costo del servizio veniva computato alla luce della sommatoria tra il costo del servizio di acquedotto, il costo dei servizi di fognatura e quello di depurazione. Il costo relativo al servizio di fognatura si misurava sulla base dell’acqua scaricata.

L’art. 13 comma 3 stabiliva l’utilizzazione di un metodo “normalizzato” al fine di delineare le componenti di costo e la tariffa di riferimento. Tale metodo tariffario normalizzato (“MTN”), tuttavia, non trovava applicazione con riferimento agli ambiti rispetto ai quali non fosse stato istituito il SII. Per questi

³⁹ Per un’esauriente descrizione dei diversi modelli di gestione che si sono succeduti, cfr. G. PIPERATA, *Il lento incerto cammino dei servizi pubblici locali dalla gestione pubblica al mercato liberalizzato*, in *Munus*, 2011, 1, pp. 33-68; ID., *I servizi pubblici locali, tra rimunicipalizzazione e demunicipalizzazione*, *ivi*, 2016, 1, pp. 5-14 e S. SORRENTINO, *La scelta del modello di gestione dei servizi*, *ivi*, 2, 2016, p. 489 ss.; A. LUCARELLI *I modelli di gestione dei servizi pubblici locali dopo il decreto Ronchi. Verso un governo pubblico partecipato dei beni comuni*, in A. NUZZO (a cura di), *Acqua*, in *Analisi giuridica dell’economia*, Bologna, 2010, p. 127. Sulle prospettive evolutive della disciplina in tema di gestione del SII, cfr. G. CAIA, *I modelli di gestione del servizio idrico integrato*, *op. cit.*, p. 165 ss.

ultimi, i criteri per la determinazione e l'adeguamento delle tariffe venivano forniti dal CIPE. Dopo alterne vicende, come già indicato, con d.p.c.m del 20 luglio 2021, le funzioni dell'AEEGsi in tema di tariffe sono state riferite sia al SII sia ai singoli servizi che lo compongono, permettendo l'intervento dell'Autorità anche sulle gestioni un tempo regolate dai criteri del CIPE, caratterizzate dalla mancata integrazione tra i diversi segmenti di attività.

6. Il quadro attuale in attesa di riforme

Gli artt. dal 147 al 158 *bis*, inclusi nel titolo II del Codice, sono dedicati al servizio idrico integrato e ripropongono nelle linee fondamentali l'impostazione della legge "Galli". Le disposizioni di tale capo, peraltro, in alcuni casi sono state abrogate dalla normativa successiva, ad. es. l'art. 150, ove si stabilivano le modalità di gestione del servizio, rinviando all'abrogato art. 113 TUEL; in altri hanno subito diverse sostituzioni e/o inserzioni per tenere conto del rapido e tormentato evolversi della disciplina, come nel caso dell'art. 149 *bis*, dell'art. 151 e dell'art. 152 dove la locuzione "Autorità d'ambito" è stata sostituita da "ente di governo dell'ambito".

In tema di SII il Codice vede l'intrecciarsi e, alle volte, il sovrapporsi di competenze di enti diversi. In particolare, il Ministero per la transizione ecologica ("MITE", ex Ministero dell'ambiente, e della tutela del territorio e del mare) esercita tutte le funzioni di indirizzo organizzativo che fanno capo allo Stato in materia di protezione dell'ambiente. A livello intermedio tra lo Stato e le regioni si collocano le Autorità di Bacino, le quali per ciascuno dei sette bacini idrografici presenti sul nostro territorio elaborano il "Piano di bacino distrettuale" e i relativi stralci ("Piano di gestione del bacino idrografico" e "Piano di gestione del rischio alluvioni" nonché i relativi programmi di intervento). Le Regioni esercitano tutti i poteri connessi al governo del territorio e in particolare delimitano gli ATO, individuano gli EGATO ed esercitano poteri sostitutivi nelle ipotesi di inerzia degli enti locali. Questi ultimi organizzano il SII, deliberano la scelta della forma di affidamento/gestione del servizio⁴⁰, determinano e modulano la tariffa, sulla

⁴⁰ La Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittima con sentenza n. 62 del 21 marzo 2012 (in www.cortecostituzionale.it) la legge della Regione Puglia n. 11 del 2011 (artt. 5-14) in quanto aveva disposto essa stessa l'affidamento della gestione del servizio idrico integrato ad un'azienda pubblica regionale «Acquedotto Pugliese - AQP». Infatti, in base alla normativa statale, la legge regionale deve limitarsi ad individuare l'ente o il soggetto chiamato ad esercitare

base delle indicazioni di ARERA, controllano e vigilano sull'osservanza degli obblighi da parte del gestore, riferendo poi al MITE, predispongono e aggiornano il piano d'ambito. Quest'ultimo si fonda sulla ricognizione delle infrastrutture esistenti e programma gli interventi che devono essere svolti, funzione che si collega a quella più generale di tutela degli acquedotti e delle fognature. Predisporre, inoltre, ai sensi dell'art. 149 del Codice il piano finanziario.

Infine ARERA svolge funzioni di regolazione tariffaria e della qualità dei servizi erogati. In particolare delibera i criteri generali del metodo tariffario, le convenzioni tipo per l'affidamento della gestione del servizio, le quali saranno poi adattate alle caratteristiche locali per regolare i rapporti tra EGATO e soggetto gestore, ma soprattutto le voci di costo ammissibili nel settore e verifica la corretta impostazione e redazione del piano d'ambito da parte dell'EGATO.

Viene innanzitutto ribadita l'organizzazione territoriale del SII, organizzazione territoriale dei servizi⁴¹, fondata sugli ambiti territoriali ottimali (ATO) delimitati dalle Regioni, le quali possono comunque modificare le delimitazioni degli ATO per migliorare la gestione del SII, assicurandone comunque lo svolgimento nel rispetto dei criteri di efficienza, efficacia ed economicità e nel rispetto dei criteri elencati nell'art. 147 comma 2 lett. a) - c), ossia dell'unità del bacino idrografico, o sub-bacino o bacini contigui; dell'unicità della gestione; dell'adeguatezza delle dimensioni gestionali, alla luce di parametri fisici, demografici e tecnici. Di particolare interesse appare il criterio dell'unicità (che sostituisce quello della unitarietà della precedente formulazione dell'art. 147 del Codice) che evidenzia che all'interno di ciascun ATO è ammesso ad operare un solo gestore, fatta salva la presenza di sub-ambiti, configurabili solo qualora l'ATO coincida con il territorio regionale e la loro istituzione si renda necessaria per ottenere una maggiore efficienza gestionale o per garantire un miglior servizio all'utenza. Tali sub-ambiti, tuttavia, non possono avere un'estensione inferiore a quella delle province e/o delle città metropolitane.

Possono permanere le gestioni autonome, che sono perlopiù gestioni in economia, eccezionalmente nelle ipotesi indicate tassativamente nell'art. 147 *bis*

le competenze già spettanti alle AATO, al quale solo spetta individuare la forma di gestione del servizio idrico integrato e di aggiudicare la gestione del medesimo.

⁴¹ Peraltro, l'organizzazione dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali è contenuta anche nell'art. 3 *bis* del d.l. n. 138/2011 e riferito, in generale, a tutti i servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica.

del Codice, connesse alle assolute peculiarità della risorsa idrica localizzata nei territori montani (Comuni montani con popolazione inferiore a 1.000 abitanti, già istituite ai sensi dell'art. 148 comma 5; Comuni che traggono l'approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate, da sorgenti ecc.). La possibilità di mantenere gestioni autonome è considerata sfavorevolmente dal legislatore, il quale punta invece ad ottenere un superamento della frammentazione delle gestioni, che si rivela poco efficiente e soprattutto ostacola la trasformazione del SII in un servizio pienamente industriale⁴². Come risulta dai dati forniti da ARERA, attualmente sono 62 gli ATO esistenti a livello nazionale, rispetto ai 91 degli anni duemila, prevalendo il modello regionale nella formazione degli ATO; e infatti ben 12 Regioni su 19 hanno 1 solo ATO (Abruzzo, Basilicata, Calabria, Campania, Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Molise, Puglia, Sardegna, Toscana, Umbria e Valle d'Aosta)⁴³. Le restanti Regioni presentano una pluralità di ATO. In particolare si rinvencono 50 ATO con dimensione inferiore a quella regionale, coincidente però almeno con il territorio provinciale (Lombardia, Liguria, Veneto, Piemonte, Valle d'Aosta). Le province autonome di Trento e Bolzano godono a livello di statuto speciale di competenze esclusive per la disciplina del servizio⁴⁴.

Gli enti locali ricadenti nel medesimo ATO debbono obbligatoriamente partecipare all'Ente di governo dell'ambito territoriale ottimale (EGATO), ancora una volta individuato da ciascuna Regione. In origine il Codice prevedeva, come figura organizzativa e gestionale di vertice dell'ATO, l'AATO (Autorità di Ambito Territoriale Ottimale), munita di personalità di diritto pubblico, a differenza di quanto avveniva nella legge "Galli", alla quale gli enti locali partecipavano obbligatoriamente, in forma consortile o stipulando una convenzione, e alla quale era trasferito l'esercizio di tutte le competenze ad essi

⁴² Si pone come un'eccezione a questa regola la recente legge della regione Lombardia 27 dicembre 2021 n. 24, in www.regionelombardia.it, la quale nei territori montani permette di individuare ATO con un'estensione inferiore a quella della provincia, coincidenti con i confini amministrativi delle comunità montane, al fine di rendere più efficiente il servizio.

⁴³ In ogni caso il processo di riordino non si è ancora concluso in Valle d'Aosta, Campania, Molise, Calabria e in 6 ATO siciliani (Palermo, Catania, Messina, Ragusa, Trapani e Siracusa), con situazioni disomogenee e testimonianti come le maggiori criticità si localizzano soprattutto in talune Regioni del Sud. Più nel dettaglio, sono 7 gli ATO in cui gli EGATO sono stati istituiti da poco o non sono pienamente operativi e 10 quelli in cui non è ancora stato affidato il servizio idrico al gestore unico. Sul punto, cfr. la *Relazione della Corte dei conti sull'attuazione*, cit. p. 221 ss.

⁴⁴ Si legga inoltre la *Relazione sullo stato di attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* della Corte dei Conti, 2022, cit.

spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, in particolare per quanto concerne l'adozione del piano d'ambito, strumento fondamentale nel quale erano indicati gli interventi infrastrutturali, il modello gestionale e organizzativo del servizio, e soprattutto il piano economico finanziario. Come si evince dai dati più recenti, quasi ovunque si è completata la costituzione degli ATO, anche se permangono ancora ATO troppo piccoli (si pensi a Savona ad es.) e sono stati istituiti ormai quasi ovunque gli EGATO⁴⁵.

6.1 I modelli di gestione del SII

Per quanto riguarda i modelli di gestione del SII, profilo su cui il disegno di legge sulla concorrenza del 2021 verrà ad incidere, laddove stabilisce un riordino del SII, va ricordato che quest'ultimo, ai sensi dell'art. 149 *bis* del Codice, è considerato un servizio pubblico locale, a rete, dotato di rilevanza economica, in quanto in grado di dar vita ad un mercato, come pure ha puntualizzato la Corte costituzionale nella sentenza n. 325 del 17 novembre 2010⁴⁶. Infatti a tale categoria di servizi - corrispondente a quella europea di servizio di interesse economico generale ("SIEG") - dotata di un contenuto oggettivo, debbono riferirsi tutti quei servizi che, in concreto, possono essere

⁴⁵ Con la legge 30 dicembre 2021 n. 234 è stato recentemente modificato l'art. 147 del Codice ove all'art. 2 *ter* si stabilisce che entro il 01 luglio 2022 le gestioni del SII in forma autonoma per le quali l'EGATO non si è ancora espresso sulla ricorrenza dei requisiti per la salvaguardia di cui alla lett. b) del comma 2 *bis* dell'art. 147 del Codice, confluiscono nella gestione unica individuata dal medesimo ente. Entro il 30 settembre 2022, l'EGATO provvede all'affidamento al gestore unico di tutte le gestioni non fatte salve in applicazione dell'art. 2 *bis* dell'art. 147.

⁴⁶ In *cortecostituzionale.it*. Già in precedenza la Corte, nella sentenza n. 246 del 2009, aveva stabilito che il servizio idrico integrato si inquadra in uno specifico e peculiare mercato, da cui discende la sua confluenza nei servizi di rilevanza economica, e conseguentemente l'esclusione di ogni potere degli enti infra-statali di pervenire a una sua diversa qualificazione. La sentenza è stata annotata in modo assai critico da M. CECCHETTI, *L'organizzazione e la gestione del servizio idrico integrato nel contenzioso costituzionale tra Stato e Regioni*, in *federalismi.it*, 2012. L'A. precisa che la rilevanza economica deve intendersi non come pareggio tra costi e ricavi (inclusi i finanziamenti pubblici), ma come gestione con solo metodo d'impresa e dunque in guisa da generare utili. Sulla natura del SII come servizio di interesse economico generale, per dottrina e giurisprudenza, ormai copiosa sul punto, mi sia permesso il rinvio a V. PARISIO, *Services of general economic interest, integrated water service "in house" management in light of directive 2014/23/EU: a general overview*, in *Munus*, 2018, p. 3.

erogati in un mercato concorrenziale e in modo tale da garantire al gestore almeno il pareggio di costi e ricavi⁴⁷.

Peraltro, anche nell'art. 150 del Codice laddove si richiamava l'art. 113 del TUEL (comma 5 e comma 7), si attribuiva al SII la natura di servizio di rilevanza economica, mantenuta peraltro anche nell'art. 23 *bis* del d.l. n. 112/2008, disposizione poi abrogata dal *referendum* del 12-13 giugno 2011.

A livello nazionale, la modalità di gestione decisamente prevalente è costituita dalla società *in house providing* che interessa il 51% della popolazione, seguita dalle società quotate che forniscono il 18% della popolazione, dalle società miste che interessano il 13% della popolazione e altre gestioni e/o concessioni a terzi che si rivolgono al 9% della popolazione. Il 10% della popolazione risulta ancora servita da gestioni in economia, rese in gran parte da soggetti che non operano in virtù di un affidamento conforme alla normativa attuale o pro tempore vigente⁴⁸.

Gli EGATO, nel rispetto del piano d'ambito e del principio di unicità della gestione, deliberano il modello di affidamento/gestione del SII nel rispetto della normativa nazionale ed europea, delle regole sulla concorrenza, alla luce degli artt. 14 e 106 TFUE, come recita l'art. 149 *bis* del Codice. Nell'osservanza del principio di libera amministrazione delle amministrazioni pubbliche, la scelta potrà avvenire fondamentalmente tra esternalizzazione del servizio e autoproduzione, che certamente rivestono pari dignità.

L'esternalizzazione implica che il SII venga affidato previo svolgimento di una procedura concorsuale pubblica, in applicazione dei principi europei di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento tra operatori, pubblicità, proporzionalità, tutela dell'ambiente, efficienza energetica, ai sensi dell'art. 4 del Codice dei contratti, tenendo comunque conto che le concessioni idriche si pongono al di fuori dell'ambito di applicazione della disciplina italiana e europea in tema di evidenza pubblica, anche se i bandi di gara si conformano comunque ai principi sopra ricordati, e ribaditi nell'art. 4 del Codice dei contratti pubblici. Al fine di ottenere un'offerta più conveniente e completa e di evitare contenziosi

⁴⁷ Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5409; Id., 10 settembre 2010, n. 6529, entrambe in *giustizia-amministrativa.it*. In dottrina, cfr. G. CAIA, *I servizi pubblici locali di rilevanza economica, liberalizzazioni, delegazione ed adeguamento alla disciplina comunitaria*, in E. FOLLIERI-L. IANNOTTA (a cura di), *Scritti in ricordo di Franco Pugliese*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009, p. 234 ss.

⁴⁸ Questi dati si leggono nel *Blue book*, cit. 2022, p. 51.

tra i soggetti interessati le procedure di gara per l'affidamento del servizio includono appositi capitoli con la puntuale indicazione delle opere che il gestore deve realizzare durante la gestione del servizio.

In alternativa è possibile dar vita a un partenariato pubblico privato istituzionale⁴⁹, mediante la creazione di una società mista, nella quale però il socio privato viene selezionato con una gara a doppio oggetto, che riguardi anche le specifiche mansioni tecnico-operative e/o amministrativo-gestionali che costui andrà a compiere in relazione alla gestione del servizio, per individuare un socio che non sia mero finanziatore, ma invece apporti un “*know how*”, all'interno della società. Nel bando devono essere previsti criteri e modalità di liquidazione della quota del socio privato alla cessazione della gestione. La durata della partecipazione del socio privato alla società deve dunque coincidere con quella dell'affidamento, da cui consegue che qualsiasi modifica del contratto sociale comporta l'obbligo di indire una nuova gara. Va ricordato che l'art. 17 del TUSP (Testo Unico Società Pubbliche, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175) prevede, a differenza dell'ordinamento europeo, una percentuale minima di partecipazione del socio privato al capitale, pari almeno al 30%, volta proprio a valorizzare, dare consistenza al ruolo del privato, e stabilisce il vincolo dell'oggetto sociale esclusivo. Sono sorti dubbi che hanno portato ad un rinvio alla Corte di Giustizia UE circa la rilevanza della ripartizione interna del capitale del soggetto privato⁵⁰. La gara a doppio oggetto permette di escludere che la società mista così costituita integri una forma di affidamento diretto, o possa essere assimilata a una società *in house providing*, anzi a ben vedere parifica tale modalità di gestione all'affidamento con gara⁵¹. Tali società sono ammesse a svolgere anche attività

⁴⁹ A livello europeo, cfr. la *Comunicazione interpretativa della Commissione* (COM/2007/6661) del 5 febbraio 2008. Per un'esauriente trattazione sulle società a partecipazione pubblica per la gestione dei servizi pubblici, cfr. S. ANTONIAZZI, *Società miste e servizi pubblici locali. Esperienze nazionali e modello europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017. In particolare sulle società per la gestione del SII, cfr. C. IBBA, *Le società per la gestione del servizio idrico*, in M. GIGANTE (a cura di), *L'acqua e la sua gestione*, cit, 2012, p. 267 ss.

⁵⁰ Si legga Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2020, n. 2929 in *giustizia-amministrativa.it*. La questione è ovviamente delicata, in quanto si collega alla “*ratio*” complessiva sottesa al limite massimo del 70% del capitale pubblico, superato il quale l'attività della società mista altererebbe la concorrenza sul mercato, consentendo al socio privato di ridurre notevolmente il rischio di impresa.

⁵¹ Si legga il parere del Cons. Stato, Sez. II, 18 aprile 2007, n. 456 e Cons. Stato, Ad. Plen., 3 marzo 2008, n. 1; Id., Sez. VI, 23 settembre 2008, n. 4603 e Id., Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 824, tutte in *giustizia-amministrativa.it*.

extra moenia solo a condizione che essa non si traduca in una distrazione di mezzi e risorse tali da arrecare pregiudizio alle collettività che le hanno costituite.

6.1.1. La società “in house”

L'affidamento diretto può avvenire a favore di società che l'art. 149 *bis* definisce «interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione *in house*»⁵². La costituzione di una società *in house*, ossia di una società che si sostanzia in una sorta di *longa manus* dell'ente affidante, di sua articolazione interna, incarna solo un rapporto di alterità formale ma non sostanziale, il solo che giustifica l'affidamento diretto. L'ente affidante esercita sulla società *in house* un potere assimilabile a quello che mantiene sui propri uffici. L'art. 149 *bis* la sottopone alle sole previsioni europee, con il limite espresso che tali società possono essere partecipate dai soli enti locali ricadenti nell'ATO di riferimento e che debbono essere a totale partecipazione pubblica⁵³.

Al di fuori del settore del SII, il requisito della totale partecipazione pubblica può essere derogato a condizione che la partecipazione del privato non comporti controllo o potere di veto e che non conferisca un'influenza determinante sulle decisioni della persona giuridica controllata, anche ai sensi dell'art. 5 del Codice dei contratti. Affinché si possa legittimamente addivenire a un affidamento diretto alla società “domestica”, devono essere soddisfatte cumulativamente le seguenti condizioni, da verificare anche all'interno dello statuto sociale: l'ente affidante svolge un'influenza decisiva sugli obiettivi strategici e sulle decisioni più rilevanti della società (“controllo analogo”); oltre

⁵² Non è questa la sede per approfondire il tema della società *in house*, sul quale, mi sia concesso il rinvio per dottrina e giurisprudenza a A. ROMANO TASSONE, *La società in-house dall'“eccezionale eccezionalità” alla “anomala normalità”*, in G. DE GIORGI CEZZI-G. GRECO-G. MORBIDELLI-P. PORTULARI-F.G. SCOCA (a cura di), *Scritti in onore di Ernesto Sticchi Damiani*, vol. I, Napoli, 2018, p. 739 e V. PARISIO, *Principio di libera amministrazione delle amministrazioni pubbliche e gestione diretta dei servizi di interesse economico generale: questioni vecchie e nuove*, in *Quaderni dir. e proc. amm.*, 2019, p. 557 ss. Sulla possibilità di utilizzare l'azienda speciale per gestire il servizio idrico integrato, si rinvia a V. PARISIO, *Principio di libera amministrazione*, cit.

⁵³ Per il settore idrico, il Consiglio di Stato, Sez. I, 7 maggio 2019, n. 1389, in *giustizia-amministrativa.it*, ha espressamente escluso la partecipazione anche miniale di soci privati, proprio perché la norma di riferimento per l'affidamento del SII è l'art. 149 *bis* del Codice che chiaramente esclude la partecipazione dei privati alla società *in house*, a nulla rilevando gli artt. 5 del d.lgs. n. 50/2016 e 16 del d.lgs. n. 175/2016.

l'80% dell'attività della società è di attuazione dei compiti a essa affidati dall'ente di riferimento; la totale partecipazione pubblica, con la possibilità di ammettere soci privati solo in posizione minimale, come si diceva, a condizione che non possano esercitare potere di veto e solo se una legge (nazionale o regionale) lo prevede. Per soddisfare il requisito del controllo analogo la partecipazione al capitale della società *in house providing*⁵⁴ dell'ente affidante non deve essere meramente simbolica⁵⁵. La presenza dei requisiti per attribuire il carattere "*in house*" ad una società dipende da una valutazione che la Corte di giustizia UE delega alle Corti nazionali, le quali procedono con metodo eminentemente casistico⁵⁶, da svolgersi sulla base delle effettive previsioni statutarie, delle quote di partecipazione e degli altri strumenti societari (patti parasociali, quote vincolate, ecc.). La Corte di giustizia dell'UE, ha sempre escluso la configurazione di un modello *in house providing* laddove siano riservati al consiglio di amministrazione della società ampi poteri in materia di amministrazione e di gestione che impedirebbero alle amministrazioni socie di esercitare un controllo analogo a quello che manterrebbero sui propri servizi, oppure qualora l'oggetto sociale sia così ampio e generico da rendere approssimativo e instabile il controllo dell'ente affidante sulla società (in assenza di specifici patti parasociali). In caso di "*in house* frazionato", tutti gli enti partecipanti devono esercitare congiuntamente sull'entità in questione un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, condizione soddisfatta qualora ciascuna delle autorità partecipi sia al capitale sia agli organi direttivi dell'entità partecipata.

Il piano nazionale e quello europeo, tuttavia, divergono quanto ad approccio nei confronti dell'affidamento *in house*. Solo sul piano nazionale, infatti, sono previsti degli aggravii procedurali, volti a disincentivare l'affidamento diretto a favore dell'esternalizzazione, scelta che la Corte costituzionale, già con la sentenza n. 325 del 2010, aveva ritenuto legittima, in quanto espressione della discrezionalità degli Stati membri di implementare

⁵⁴ Cfr. Corte giust. CE, Sez. III, 29 novembre 2012, C-183/11; Id., 10 settembre 2009, C-573/07, entrambe in *curia.eu*.

⁵⁵ Cfr. Corte giust. CE, Sez. III, 29 novembre 2012, cit.; Id., Grande sezione, 08 aprile 2008, C-337/05, entrambe si leggono in *curia.eu*, ove è ulteriormente precisato l'orientamento già espresso dalla Corte di giustizia nella sua precedente giurisprudenza.

⁵⁶ A titolo esemplificativo, tra i più recenti, cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 17 luglio 2021, n. 5351; Id., sez. I, 3 agosto 2021, n. 1374 e Id., Sez. III, 25 febbraio 2020, n. 1385, in *giustizia-amministrativa.it*. Si legga, inoltre il parere del Cons. St., sez. atti normativi, 7 ottobre 2021 n. 1614, *ivi*.

ulteriormente al proprio interno le regole della concorrenza. Si pensi ad es. all'obbligo di iscrizione, con valore meramente dichiarativo, della società *in house* in un apposito elenco istituito presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC); il vincolo per l'*in house provider* di realizzare l'attività residuale esclusivamente nell'ambito territoriale della collettività di riferimento e al solo fine di conseguire economie di scala o altri recuperi di efficienza. Inoltre, l'obbligo di redigere il bilancio consolidato con il soggetto affidatario, questo al fine di evitare che la società *in house* si trasformi in una forma di aggiramento dei vincoli di finanza pubblica, nonché di specificare nel Piano economico finanziario (PEF) l'assetto economico-patrimoniale della società, il capitale proprio investito e l'ammontare dell'indebitamento, nonché di accantonare *pro quota* una somma pari all'impegno finanziario corrispondente «al capitale proprio previsto per il triennio». Ma è soprattutto la previsione di una motivazione rafforzata a sostegno della scelta per l'affidamento a società *in house*⁵⁷ che rimarca il divario tra diritto europeo e nazionale⁵⁸. In applicazione dell'art. 192 del Codice dei Contratti Pubblici, la motivazione deve indicare le ragioni del fallimento del mercato, ossia l'incapacità di quest'ultimo di offrire il servizio alle medesime condizioni qualitative e economiche garantite dalla società *in house*; nonché la dimostrazione di specifici benefici per la collettività scaturenti dall'affidamento *in house*. Poiché analoga previsione non compare a livello europeo è sorto il dubbio in sede di attuazione della legge delega n. 11 del 2016 di una violazione del principio del divieto di “*gold plating*”, ossia di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive europee, prontamente fugato dalla Corte costituzionale con la pronuncia n. 100 del 2020⁵⁹, nella quale ha evidenziato che l'art. 192, comma 2,

⁵⁷ Per i SIEG la scelta dello strumento di gestione, ai sensi dell'art. 34 c.2 d.lgs. 179/2021 è accompagnata da una “relazione illustrativa” di contenuto analitico dalla quale deve risultare la maggior convenienza della scelta fatta, di tipo discrezionale dell'ente locale. Sui caratteri della relazione, e la latitudine del controllo giurisdizionale, cfr. Cons. St. sez. Iv, 19 ottobre 2021 n.7023 e Id, sez. III, 12 marzo 2021, n. 2102 in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁸ Il legislatore, nel d.l. n.77 del 2021, art. 10, ha autorizzato le amministrazioni ad avvalersi previe apposite convenzioni di società *in house*, ai sensi dell'art. 38 del Codice dei Contratti Pubblici, per accelerare l'attuazione degli investimenti pubblici connessi al PNRR. Inoltre ha stabilito come va motivata la scelta di derogare all'esternalizzazione, fornendo una sorta di interpretazione autentica dell'art. 192, richiedendo che si dia conto dei vantaggi rispetto al ricorso al mercato, derivanti dal risparmio di tempo e di risorse economiche, mediante comparazione degli *standard* di riferimento della società Consip S.p.A. e delle centrali di committenza regionali.

⁵⁹ Si legga l'ord. di rinvio del TAR Liguria, 15 novembre, 2018, n. 678, che ha sollevato la questione, in giustizia-amministrativa.it.

del Codice dei Contratti Pubblici è funzionale alla tutela di interessi costituzionalmente rilevanti quali la trasparenza amministrativa e la concorrenza⁶⁰. La scelta tra esternalizzazione e costituzione di società *in house* si concretizza in una valutazione finalizzata a sintetizzare i vantaggi insiti nell'affidamento *in house*, rispetto a quelli discendenti dall'adozione di procedure concorsuali. L'amministrazione dovrà effettuare un'istruttoria approfondita anche alla luce del piano economico finanziario dell'ATO per enucleare ragioni oggettive, che giustifichino la rinuncia al fisiologico confronto di mercato, connesse anche al benessere delle collettività locali, da porre a base della sua scelta. Trattandosi di scelta discrezionale, il giudice amministrativo «rifuggendo da una analisi di tipo atomistico e parcellizzato della decisione amministrativa»⁶¹ si indirizzerà piuttosto verso una valutazione di complessiva logicità e ragionevolezza del provvedimento impugnato.

La gestione delle reti rimane separata da quella del servizio. Ai sensi dell'art. 153, 1 comma, del Codice, le infrastrutture idriche di proprietà degli enti locali devono essere affidate in concessione d'uso gratuita per tutta la durata della gestione al gestore del servizio idrico integrato che ne assume i relativi oneri secondo le clausole contenute nella convenzione (che regola i rapporti tra ente locale e gestore) e del relativo disciplinare⁶².

6.2. La tariffa del servizio idrico integrato

⁶⁰ Cfr. anche la Corte giust. CE, Sez. IX, 06 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19, in *curia.eu*, ove si è ribadito il principio di libera amministrazione che autorizza le amministrazioni pubbliche a derogare alla disciplina ordinaria di affidamento mediante gara previa dimostrazione dei vantaggi per la collettività connessi al ricorso all'autoamministrazione.

⁶¹ Cfr. Cons. St. 12 marzo 2021 n. 2102, cit. In una sentenza successiva del Cons. St. sez. IV, la n. 7023 del 2021, cit. si precisa che la verifica del giudice amministrativo dovrà arrestarsi allo scrutinio esogeno della funzione amministrativa, alla realtà fattuale rilevante. La congruità dell'attività istruttoria posta in essere dall'amministrazione deve essere valutata caso per caso; ciò implica che in astratto non potrebbe escludersi la legittimità della scelta dell'amministrazione di procedere secondo modalità che non si traducono necessariamente nell'effettuazione di preventive specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo, qualora si sia in presenza di un quadro fattuale già di per sé pienamente esaustivo.

⁶² La Corte costituzionale, con la sentenza n. 320/2011 cit., aveva statuito che la natura demaniale delle infrastrutture idriche è incompatibile con il conferimento, da parte degli enti locali, della proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico (art. 113, 13 comma, d.lgs. n. 267/2000, "TUEL").

L'art. 154 del Codice disciplina la tariffa del servizio idrico⁶³ e mantiene come punto di riferimento da un lato l'art. 13 della legge "Galli", e dall'altro l'art. 9 della direttiva 2000/60 CE con il principio del "*full cost recovery*", definendola come il corrispettivo del SII. La tariffa viene determinata avendo riguardo alla qualità della risorsa idrica, al tipo di servizio fornito, alle opere e agli adeguamenti necessari per lo svolgimento del servizio, ai costi di gestione delle aree di salvaguardia, oltre ad una quota parte dei costi per il funzionamento dell'EGATO, garantendo la copertura integrale dei costi di investimento ed esercizio anche in considerazione del principio di matrice europea «chi inquina paga».

Come noto la formulazione originaria dell'art. 154 è stata modificata in seguito al recepimento degli esiti del *referendum* abrogativo del 12-13 giugno 2011, in particolare il precedente metodo normalizzato, formulato dal Coviri, è divenuto inapplicabile, essendo venuto meno il meccanismo di automatica predeterminazione di profitto assicurato al gestore del SII. L'art. 154, infatti, è stato privato quanto a computo della tariffa del riferimento espresso alla remunerazione del capitale investito, che ammontava ad una percentuale fissa del 7% sia con riferimento al capitale di debito sia a quello proprio del gestore in un dato tempo, dei costi mediante i ricavi, di qualsiasi natura essi siano, inclusi i finanziamenti pubblici. La Corte costituzionale, nella sentenza n. 26 del 26 gennaio 2011⁶⁴, ha utilmente precisato che l'espunzione del riferimento espresso alla remunerazione del capitale investito non implica la trasformazione del servizio idrico in servizio privo di rilevanza economica, e conclude che le logiche del profitto rimangono estranee alla gestione dell'acqua. Infatti, perché sussista la rilevanza economica si richiede unicamente l'esercizio dell'attività con metodo economico, ossia in vista quantomeno della copertura dei costi con i ricavi.

⁶³ Sulla tariffa e il suo computo, cfr. A. PETRETTO, *Natura e struttura della tariffa idrica, dall'esito referendario alla legislazione più recente*, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, a cura di, op. cit. 293 ss.; S. MAROTTA, *Dall'adeguatezza della remunerazione del capitale investito al "full cost recovery". Il settore dell'acqua diventa un mercato regolato*, in *Munus*, 2017, 3, p. 751; A. TRAVI, *La disciplina tariffaria nel servizio idrico integrato*, in *Rivista della regolazione e dei mercati*, 2014, p. 126 ss.; R. MICALIZZI, *La tariffa idrica*, in *RQDA*, 2015. In giurisprudenza, cfr. Cons. St., sez. VI, 26 maggio 2017 n. 2481 ove si afferma che i metodi di calcolo adottati da AEEG si erano del tutto conformi ai risultati referendari.

⁶⁴ In *cortecostituzionale.it*. Si legga anche il parere del Cons. Stato, Sez. II, 25 gennaio 2013, n. 267, in *giustizia-amministrativa.it*.

Con d.p.c.m. 20 luglio 2012⁶⁵, come già rilevato, sono state trasferite in capo all'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (AEEG), ora ARERA, le competenze che, inizialmente, erano state esercitate in tema di tariffazione dall'Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale (AATO)⁶⁶ e, successivamente, dalla Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua, a sua volta abrogata. Attualmente ARERA ha la funzione di definire le componenti di costo alla base della determinazione della tariffa dei servizi idrici e di predisporre il metodo tariffario per il servizio idrico integrato, oltre a verificare i piani d'ambito e a predisporre convenzioni tipo per l'affidamento del servizio. Tale Autorità fornisce unicamente i criteri per la quantificazione delle tariffe, ma non le determina in concreto. Spetta agli EGATO sottoporre ad approvazione di ARERA le nuove proposte tariffarie per gli ambiti di propria competenza.

In applicazione della l. 221/2015 e atti connessi, che avevano previsto in 50 lt giornalieri il quantitativo minimo di acqua necessario al soddisfacimento dei bisogni vitali, con delibera di ARERA 897/2017/R è stato introdotto il "bonus idrico" a favore delle utenze svantaggiate, individuate sulla base di criteri ISEE predeterminati, le quali godranno di agevolazioni, stabilite attraverso una operazione matematica, per il pagamento delle utenze idriche, a dimostrazione che alla fruizione del servizio si connette il godimento di un diritto fondamentale. L'entità del bonus corrisponde alla somma che l'utenza dovrebbe versare per il consumo del quantitativo d'acqua considerato minimo vitale, quantificato in 18,25 metri cubi annui pro capite.

ARERA, inoltre, dal "passaggio delle consegne"- oltre al perseguimento di tre macroobiettivi: il rafforzamento dell'assetto industriale del settore 2) il superamento della carenza di investimenti nel settore 3) la tutela dell'utente - è stata impegnata a verificare il rispetto del divieto di far gravare il relativo servizio ai clienti non allacciati ad un impianto di depurazione e dell'obbligo che grava

⁶⁵ Pubblicato in G.U. 3 ottobre 2012 n. 231. All'art. 3 di tale decreto sono state puntualmente indicate le funzioni di regolazione del servizio idrico integrato trasferite all'AEEGSI, la quale gode comunque, in assenza di *standard* o di indirizzi emanati dalle autorità competenti, di tutti i poteri ad essa conferiti dalla legge n. 485 del 1995. Sul punto, cfr. G. BORTONI, *La regolazione dell'Aeegsi e le sfide del sistema idrico*, in L. CARBONE, G. NAPOLITANO e A. ZOPPINI, a cura di, , op. cit. 399-405 e E. BOSCOLO, *Il modello di regolazione indipendente nel settore idrico*, *ivi*, 260 ss.

⁶⁶ Sul punto, cfr. V. DI STEFANO, *La regolazione del servizio idrico: l'ARERA, il Piano Nazionale Ripresa e resilienza e il quadro strategico 2022-2025*, in *Amministrazione in cammino*, 2022. Sui 3 macro obiettivi dell'attività di regolazione di Aeegsi, cfr. G. BORTONI, *op. cit.* 401-403

sui gestori di restituire la quota di tariffa indebitamente applicata agli utenti che non abbiano usufruito del servizio⁶⁷. Ha, altresì, predisposto un meccanismo per far sì che i ricavi previsti nel piano d'ambito siano quelli assicurati a gettito tariffario, mentre sino ad ora si registrava una discrepanza tra flussi finanziari provenienti dalle tariffe applicate agli utenti finali e i ricavi necessari per far fronte agli impegni assunti nei programmi di investimento dei piani d'ambito.

Per il calcolo delle tariffe 2022-2023 sono previste novità nella metodologia di calcolo⁶⁸ che tengono conto della particolare situazione economica post pandemica, in considerazione delle variazioni del tasso inflazionistico, delle variazioni dei costi delle immobilizzazioni e soprattutto dei costi del capitale riconosciuti al gestore, nonché di quelli necessari per la riscossione da parte dei gestori dei crediti degli utenti morosi.

7. Conclusioni

La disciplina sopra sinteticamente tratteggiata mostra tutte le peculiarità insite nel SII, derivanti in gran parte dal fatto che lo stesso si svolge in un monopolio naturale, ove la risorsa idrica è incorporata al territorio, e che la sua fruizione è connessa al godimento di un diritto fondamentale.

Al momento non è dato sapere in che misura tali elementi di specificità incideranno sul disegno di legge sulla concorrenza del 2021, nonché sul successivo decreto delegato. L'attuazione dei criteri della delega, pur inserendosi in uno scenario europeo caratterizzato dal principio di libera amministrazione delle amministrazioni pubbliche, potrebbe presumibilmente portare a un rafforzamento dell'esternalizzazione del SII, che al momento non trova un

⁶⁷ Cfr. Comunicazione dell'AEEGSI 28 dicembre 2012, in *autoritaenergia.it*. Ma non solo, ARERA da subito si è impegnata per garantire un'uniformità di tutela dal punto di vista contrattuale a tutti gli utenti del SII, a prescindere dalla loro localizzazione geografica. Sul punto, cfr. G. PITRUZZELLA, *Servizio idrico, concorrenza e tutela del consumatore*, in L. CARBONE-G. NAPOLITANO-A. ZOPPINI (a cura di), op. cit., p. 411-413. L'A. descrive in particolare lo svolgimento dell'attività di regolazione del SII nei suoi rapporti, improntati alla massima collaborazione, con l'Antitrust che ex post interviene sulle pratiche commerciali scorrette, per garantire una tutela efficiente del consumatore senza al contempo imporre oneri eccessivi e non sopportabili dalle imprese. Sulla necessità di collaborazione tra Autorità "consorelle" si legga anche G. NAPOLITANO, *Il laboratorio della regolazione dei servizi idrici*, *ivi*, p. 394.

⁶⁸ Si legga la delibera di ARERA n. 649/2021/R/Idr in *www.arera.it*

particolare sviluppo nel nostro Paese, dove le gestioni *in house* (con o senza requisiti) risultano assolutamente prevalenti.

Allo stato i progetti di legge in tema di ritorno alla gestione pubblicistica del SII, appaiono invece in una situazione di stallo in quanto distoniche rispetto agli sviluppi dell'ordinamento nazionale.

Non si può escludere che con l'emanazione di un T.U. sui servizi pubblici si addivenga ad uno scorporo delle previsioni in tema di gestione del SII dal Codice, anche se così facendo si perderebbe uno degli elementi più autenticamente caratterizzanti il Codice stesso, ossia il profondo e originale intreccio tra la vocazione prettamente ecologica della risorsa idrica e quella tesa a integrare un servizio di interesse economico generale, funzionale al pieno sviluppo della persona umana.

Come si è sottolineato, sebbene la realizzazione degli ATO e l'istituzione degli EGATO sul territorio nazionale sia quasi interamente completata, si presentano ancora parecchie criticità⁶⁹, legate ad una residua frammentazione del servizio idrico; si calcola, infatti, che le gestioni in economia, soprattutto al Sud, interessino ancora più di 8 milioni di abitanti e, in queste gestioni, gli investimenti crollino a 8 euro per abitante, contro i 48 delle gestioni industriali⁷⁰, oltre al cattivo stato della rete, da cui conseguono pure fenomeni di forte dispersione della risorsa, incidenti anche sugli equilibri ecologici del sistema.

I fondi che il PNRR metterà a disposizione dovrebbero essere utilizzati per sanare tali criticità e soprattutto per il superamento del "*water device*"⁷¹.

⁶⁹ Soprattutto in relazione al comparto fognario-depurativo l'Italia sconta diverse procedure di infrazione, alcune delle quali già concluse con l'irrogazione di forti sanzioni pecuniarie, per mancata attuazione della normativa europea, in particolare della direttiva 91/271/CEE sul trattamento delle acque reflue urbane, che toccano complessivamente 1306 agglomerati urbani. Per favorire l'adeguamento alla disciplina europea era stato istituito nel 2017 un Commissario Unico di Governo della depurazione per la realizzazione delle opere negli agglomerati sprovvisti di soggetti attuatori. Sul punto di legge la Relazione della Corte dei conti sull'attuazione del PNRR, cit., p. 335ss.

⁷⁰ Per questi dati, cfr, *I dati del servizio idrico in Italia, Blue Book 2022, Utilitatis* Fondazione, 2022. Peraltro per gli investimenti nel 2020-2021 si è ipotizzato un valore pro capite di 49 euro, dato in crescita ma comunque non confrontabile ai 100 euro per abitante della media europea. Per il Sud invece è pari a 35 euro per abitante, mentre proprio in quest'area le perdite idriche sono superiori (50% al Sud vs 40% media nazionale).

⁷¹ I dati che riguardano il *Water device* evidenziano che i maggiori ritardi affliggono gli ambiti nei quali le gestioni uniche non sono ancora totalmente realizzate e mancano operatori industriali, persistendo al contrario gestioni dirette dei Comuni. Significativo che la società pubblica

Per il migliore utilizzo delle risorse europee si dovrà pensare in primo luogo alla effettiva creazione di operatori, pubblici o privati, integrati per tutte le fasi del servizio, al fine di realizzare economie di scala, anche attraverso forme di incentivazione all'aggregazione, irrobustendo la connotazione industriale del servizio, a scapito delle perduranti, seppure isolate, gestioni in economia, oltre a intervenire anche sulla governance del sistema del SII, andando a rafforzare la distinzione tra attività di gestione e regolazione.

A prescindere dalle diverse forme di gestione del SII, rimanendo assodato che la risorsa idrica è pubblica e la sua natura non cambia al mutare dei diversi modelli, ciò che conta è che le scelte, per quanto discrezionali, siano effettivamente forgiate sulle realtà locali e facilmente modificabili⁷², nonché la sussistenza di un effettivo e penetrante controllo sul gestore⁷³. Una gestione efficiente del SII contribuisce alla conservazione del buono stato ecologico della risorsa, anche in una prospettiva di tutela intergenerazionale, di cui si fa garante anche la predisposizione di una tariffa adeguata, improntata sul *“full cost*

partecipata dallo Stato e dalle regioni prevista dalla legge di stabilità per il 2018 per l'approvvigionamento nel distretto dell'Appennino meridionale è rimasta “sulla carta”. Cfr. la *Relazione sullo stato di attuazione del piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR)* della Corte dei conti, cit., 336-337. In tale documento si legge anche che in tempi brevi, per non perdere l'accesso ai fondi del PNRR è opportuno addivenire alla costituzione della società per l'approvvigionamento idrico del mezzogiorno, quale soggetto abilitatore degli interventi necessari, nonché alla gestione dei trasferimenti di risorsa idrica tra le regioni del Mezzogiorno. Inoltre appare urgente la fissazione di termini perentori per l'affidamento ai gestori unici d'ambito e la contestuale attivazione di misure sostitutive in caso di inerzia, mettendo in campo soggetti muniti di adeguate capacità industriali e organizzative, idonei, nel caso, anche ad aiutare nuovi gestori unici ad avviare la loro attività.

⁷² Cfr. A. MASSARUTTO, *Privati dell'acqua? Tra bene comune e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2011, *passim*. Peraltro è difficile pensare che il SII possa essere gestito con modalità non industriale e con metodo non economico, il solo che possa assicurare un servizio efficiente ed efficace, volto a permettere anche la tutela dell'ambiente. Sul punto, cfr. G. CAIA, *op. ult.cit.* 165

⁷³ Va sottolineato che la presenza di un Regolatore indipendente e nazionale, ha spinto i diversi gestori, chiamati a dialogare con quest'ultimo, a una forma di autoselezione nel consolidamento di realtà sempre più industriali. In passato l'attività di regolazione spesso era mancata e/o risultata insufficiente a causa della carenza di indipendenza delle Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale rispetto agli enti locali, i quali si configuravano allo stesso tempo sia controllori sia controllati, nel loro ruolo di componenti della AATO e soci delle società di gestione del servizio stesso. L'attività di regolazione, peraltro, da una dimensione di puro controllo, basata essenzialmente su standards e criteri complessi ma tendenzialmente automatici (per lo svolgimento della quale è sufficiente l'indipendenza del regolatore), dovrebbe progressivamente indirizzarsi verso un modello di regolazione condivisa tra le autorità di governo e la comunità (*“governments in miniature”*) basato sulla leale collaborazione tra i diversi attori dello scenario. Sul punto cfr. G. NAPOLITANO, *op cit.*, p. 394.

recovery”, tariffa che costituisce l’anello di congiunzione tra tutela ambientale e concorrenza.

Infine la scelta per l’autoproduzione o l’esternalizzazione del SII non dovrebbe incidere in modo significativo sull’entità delle tariffe, visto che ARERA indica i modelli di calcolo, che saranno poi applicati dagli EGATO, e definitivamente approvati dalla stessa, pertanto verrebbe scongiurato il rischio di aumenti spropositati.

ABSTRACT

Vera Parisio – *Codice dell'Ambiente e servizio idrico integrato: in attesa di riforme*

Il presente scritto analizza il servizio pubblico idrico integrato (SII), che riguarda, nel suo complesso, i servizi pubblici di captazione, adduzione e fornitura di acqua per tutti gli usi, per scopi fognari e per la depurazione delle acque reflue, alla luce delle disposizioni del Codice dell'Ambiente (d.lgs. n. 152/2006) e delle disposizioni del diritto EU.

Il Codice, in particolare, prevede il SII all'interno delle disposizioni relative all'uso delle risorse idriche, con un approccio basato sull'uso integrato delle acque. Tale servizio è considerato un servizio pubblico locale a rete di rilevanza economica, per cui i Comuni possono optare sia per l'esternalizzazione che per la gestione diretta, all'interno della cornice normativa europea. Nel compiere tale scelta i Comuni devono valutare le esigenze della popolazione e le caratteristiche socioeconomiche del territorio, anche in considerazione del fatto che l'accesso all'acqua è concepito come un diritto umano fondamentale. L'attuale perimetro normativo potrebbe, tuttavia, cambiare rapidamente, poiché la «Legge annuale sulla concorrenza 2021», attualmente in discussione in Parlamento, sarà approvata entro la fine del 2022 e portare a uno scorporo della nuova disciplina del SII dal Codice, facendo venire meno l'approccio unificante sui diversi usi delle acque mantenuto nel Codice.

Indipendentemente dal modello scelto dagli enti locali per gestire il SII, per un migliore impiego delle risorse finanziarie ottenute con il PNRR è importante, anzitutto, pianificare un ammodernamento della rete idrica, per ridurre il “gap idrico” tra Nord e Sud Italia. Quanto alle modalità di gestione del servizio *de quo*, l'acqua è comunque una risorsa pubblica, da preservarsi per le generazioni future, anche se si dovesse scegliere di rafforzare la diffusione dell'esternalizzazione del servizio, cui pare indirizzato il disegno di legge sulla concorrenza 2021.

PAROLE-CHIAVE: *ambiente; acque; servizio idrico integrato; PNRR; Riforme di settore del servizio idrico integrato*

Vera Parisio – *The Environmental Code and the integrated water public service management: waiting for a sector reform*

The essay analyses the integrated water public service, which concerns as a whole the public services of catchment, intake and supply of water for all kinds of uses, for sewerage purposes, and for the depuration of waste waters, in light of the Environmental Code (legislative decree n. 152/2006) and European Union law provisions.

This Code provides for the water services among the other provisions concerning the use of water resources, with an approach based on the integrated use of water, in light of directive 2000/60/CE. This service is considered a local public network service with economic relevance, so, both outsourcing and direct management, within the European legal framework, can be chosen by every municipality.

In making this choice the needs of population and the socio-economic features of the territory, must be evaluated, without forgetting that water access is conceived as a human right.

The current situation could be changed quite quickly as the «Annual competition law 2021» is going to be approved before the end of 2022.

Irrespective of the management model chosen by local governmental bodies to run the integrated water service, to use all the financial resources obtained by the Recovery and Resilience Plan, in Italy it is important to plan a modernisation of the water network, to reduce the “water device” between Northern and Southern part of Italy, included the loss of water resources. Water is (and must remain) a public good, and has to be preserved for future generations, even if the outsourcing of the service is chosen, in light of the tendency shown in the upcoming Competition law 2021.

KEY WORDS: *Environment; water resources; integrated water service; Recovery and Resilience Plan; Reforms of the water public service sector*