Consiglio Regionale della Puglia

Il Segretario Generale

Parte I

L'impatto della proposta di legge AC 52 e AC 773 nell'ordinamento giuridico interno ed esterno al nostro Paese

Sez. I

La proposta di legge AC 52 dal titolo "*Disposizioni in materia di gestione pubblica e partecipata del ciclo integrale delle acque*" e presentata dall'On. Daga ed altri, si pone quale obiettivo quello di costituire "*... una sorta di testo unico sull'acqua e sul ciclo integrale che essa compie, una proposta di legge che vuole tutelare la qualità dell'acqua per l'uso umano e la conservazione della risorsa, che vuole favorirne il risparmio e il riutilizzo, che vuole rimettere in discussione le concessioni per le grandi derivazioni, (...) . (...). Un testo in cui ribadiamo che sull'acqua non si devono fare profitti come chiesto da 27 milioni di cittadini con il referendum del 2011. Un testo in cui si chiede che ci sia trasparenza sui dati e sulle procedure, perché i cittadini possano essere protagonisti consapevoli della gestione dell'acqua, diritto umano universale. Un testo che vuole ridefinire il sistema di pianificazione e di gestione dell'acqua, definito sulla base di ambiti di bacino idrografico, che sono appunto gli ambiti naturali di gestione di tutto il ciclo integrale dell'acqua. Un testo che vuole raccogliere gli strumenti necessari per avviare un processo di ritorno a una gestione pubblica e partecipativa del Servizio idrico integrato*".

L'altra proposta di legge AC 773 in esame, dal titolo *"Princìpi per la tutela, il governo e la gestione pubblica delle acque"* e presentata dall'On. Braga ed altri, intende offrire soluzioni tese al riordino del quadro normativo in materia di tutela, pianificazione e gestione nonché creare le condizioni perché si facciano finalmente gli investimenti necessari e urgenti a garantire tutto il ciclo dell'acqua. A tal fine viene *"rafforzato il ruolo di guida del processo e di controllo della gestione, che è e deve rimanere fortemente ancorato nelle mani pubbliche, nella responsabilità degli enti locali.* Ai comuni restano attribuite la responsabilità e la scelta della forma di gestione*" ma viene anche prevista "la verifica da parte dei comuni sull'attuazione degli investimenti previsti dal piano d'ambito e sull'attività complessiva svolta dal soggetto gestore, di qualunque natura esso sia, almeno due anni prima della scadenza, proprio per garantire una scelta consapevole sul tipo di gestione che s'intende adottare. Ai comuni, che costituiscono gli enti di governo d'ambito, viene data la piena titolarità della scelta del modello di gestione, naturalmente nel quadro previsto dall'ordinamento europeo che ammette tre forme, pubblica, mista e privata, con una procedura di evidenza pubblica"*.

Nello stesso documento con chiarezza è stata affermata la necessità della tariffa prima di tutto "sulla quale è fondamentale per noi il compito di regolazione attribuito all'autorità; il Fondo di garanzia delle opere idriche previsto dal decreto-legge n. 133 del 2014, cosiddetto «decreto sblocca Italia», convertito, con modificazioni, dalla legge n. 164 del 2014, e il Fondo di garanzia previsto dalla legge n. 221 del 2015, cosiddetta «collegato ambientale 2016 ». Inoltre, per la prima volta abbiamo previsto un canale di priorità dei finanziamenti già erogati per finalità ambientali dalla Cassa depositi e prestiti Spa a favore degli interventi sulla rete del servizio idrico integrato. Su questo punto dobbiamo essere chiari: per noi tutte le risorse pubbliche e quelle derivanti dalla tariffa devono essere destinate agli investimenti necessari sulle reti e all'aumento della qualità del servizio ai cittadini.

Con la presente proposta di legge l'accesso all'acqua è dichiarato un diritto universale. (...) ."

Leggendo, quindi, i primi due articoli della proposta di legge AC 52 si ha l'impressione che qualcosa di nuovo e di veramente importante stia investendo il nostro ordinamento, espressioni che declinano il bene "acqua" nella dimensione di "diritto umano universale e fondamentale", "diritto umano essenziale al pieno godimento della vita e di tutti i diritti umani", "bene comune (...) indispensabile per la vita dell'ecosistema e di tutti gli esseri viventi" per la prima volta vengono utilizzate dal

legislatore nazionale per "favorire la definizione di un governo pubblico e partecipativo del ciclo integrato dell'acqua, in grado di garantirne un uso sostenibile e solidale, nel quadro delle politiche complessive di tutela e di gestione del territorio" (rif. art. 1, comma 2, della pdl).
Tuttavia le definizioni del bene "acqua" offerte dalla proposta di legge, benché assolutamente condivisibili e spinte da una incredibile forza innovativa che nasce dall'intento di "salvaguardare le aspettative ed i diritti delle generazioni future a fruire di un integro patrimonio ambientale" (rif. art. 2, comma 2, secondo capoverso della pdl), non riescono ad assumere un valore superiore a quello di una mera dichiarazione programmatica in quanto, al momento, non esiste un riconoscimento a livello costituzionale dell'acqua come diritto fondamentale né tanto meno nella classificazione dei beni contenuta nell'art. 810 e ss. del codice civile è contemplata la tipologia di "bene comune".

Difatti, in riferimento alla possibile qualificazione giuridica del diritto all'acqua quale diritto fondamentale, è opportuno precisare che ad oggi l'acqua è riconosciuta come una **risorsa** fondamentale, sia dal legislatore che dal giudice delle leggi; quanto alla Corte costituzionale, se da un lato ha avuto modo di confermare che l'uso dell'acqua e la gestione del servizio idrico sono suscettibili di un regime giuridico peculiare volto a garantire il soddisfacimento di un bisogno di un bene scarso e fondamentale, dall'altro non ha mai formalizzato il diritto all'acqua né, tantomeno, ha identificato tale regime con la sottrazione dell'acqua alla circolazione dei beni economici.
Le dichiarazioni sottoscritte dagli organismi internazionali e sovranazionali di cui l'Italia è partecipe (rif. Risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite A/64/L.63/Rev. 1 del 28 luglio 2010 della pdl) certamente aiutano il legislatore ad inquadrare l'accesso all'acqua come diritto umano fondamentale, in quanto risorsa essenziale per la vita, tuttavia, trattandosi di fonti internazionali di *soft law* (ovvero privi di forza giuridica vincolante) da sole non bastano a dare sostanza ed espansione ai principi fondamentali enunciati nella nostra costituzione; come è noto, è compito della Corte costituzionale, qualora sia chiamata in un giudizio di legittimità costituzionale, esaminare l'ambito di applicazione di un diritto o libertà fondamentale ad una determinata fattispecie e quindi verificare se il profilo del parametro di costituzionalità evocato introduca un nuovo aspetto di un principio

fondamentale, suscettibile o meno di un'autonoma considerazione e di un'autonoma garanzia giurisdizionale.

I diritti inviolabili, siano essi esplicitamente previsti o desunti per implicito dalla Costituzione, rappresentano una vera e propria manifestazione del "principio personalistico", pertanto, in mancanza di una espressa pronuncia da parte della Corte costituzionale, qualora in via interpretativa si intendesse aderire alla tesi della c.d. "clausola aperta" di cui all'art. 2 Cost.[1] dovremmo poter ipotizzare che al diritto alla vita[2] si possa far ricondurre il diritto all'acqua quale elemento presente in natura che di fatto la rende possibile; non solo, ai fini che in questa sede ci proponiamo, dovrebbe poter essere sufficiente ricavare il diritto all'acqua come strumentale all'esercizio di un diritto espressamente riconosciuto in Costituzione, anzi dell'unico diritto riconosciuto testualmente come fondamentale, ossia il diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost.

Quest'ultima via interpretativa, sebbene sia quella che appare più in linea con la posizione assunta nel tempo dalla Corte costituzionale[3], in mancanza di una pronuncia da parte del giudice delle leggi che qualifichi il diritto all'acqua come un diritto fondamentale ed indirizzi e/o stimoli un intervento in materia da parte del legislatore[4], non servirà di fatto ad ampliare il "catalogo" dei diritti costituzionalmente considerati inviolabili.

Quindi, formalmente l'acqua non è nel nostro ordinamento un diritto conosciuto, ma una risorsa fondamentale che, in quanto tale, è sottratta dalla legislazione ordinaria alla circolazione comune dei diritti di proprietà e soggetta alla titolarità pubblica.

---

[1] Secondo il quale "La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità". Sent. n. 109 del 1971 della Corte costituzionale "non tutti i diritti garantiti in Costituzione sono, per ciò solo, dotati del carattere della inviolabilità".

[2] Il diritto alla vita, solennemente proclamato nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e nel Patto internazionale sui Diritti civili e politici, nonché nella Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'uomo e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, si inscrive fra i diritti inviolabili dell'uomo (rif. sent. 54 del 1979 e n. 223 del 1996 Corte cost.) che "occupano nell'ordinamento una posizione, per dir così, privilegiata in quanto appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana" (sent. n. 35 del 1997 Corte cost.).

[3] La quale, collegando il regime giuridico speciale dell'acqua all'integrità del patrimonio ambientale, ha altresì implicitamente richiamato l'art. 32 Cost.

[4] R. Romboli, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti*, http://romatrepress.uniroma3.it/ojs/index.php/SMC/article, "Nell'ambito della conferenza stampa tenuta nel 2013 dal presidente della Corte Gallo, è sembrato che questi, nel richiamare l'attenzione su alcuni 'moniti' ai quali il legislatore non aveva ottemperato, intendesse far risaltare una posizione di vero e proprio obbligo (per quanto non immediatamente sanzionabile) del legislatore ad intervenire. Il presidente Gallo in quella occasione ha infatti sostenuto che i moniti «costituiscono l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità» e che «queste esortazioni non

Quanto poi alla nozione di acqua come "bene comune" occorre ricordare che nel nostro ordinamento giuridico, il concetto e la disciplina del bene è strettamente legata allo *status* pubblico o privato del soggetto giuridico cui spetta la titolarità del diritto; pertanto la proprietà, come dice l'art. 42, comma 1, della Costituzione, "è pubblica o privata". Non è quindi prevista una nozione di bene comune.

Se per la proprietà privata, quale diritto economico, è possibile prevedere delle limitazioni nel suo godimento e disponibilità, in base alla sua funzione sociale, per i beni pubblici costituenti il c.d. demanio, invece, possono essere previste distinzioni in base al soggetto pubblico a cui appartengono o in base alla loro differenza di regime rispetto ai beni privati; la previsione, quindi, di un *tertium genus* quale bene comune implicherebbe senza ogni ombra di dubbio una innovazione del nostro ordinamento non solo per la individuazione di una nuova categoria di beni ma anche per quanto attiene le modalità di gestione degli stessi.

Proprio i beni demaniali sono stati definiti, da uno dei più autorevoli padri del diritto amministrativo italiano - Massimo Severo Giannini - come beni originariamente di proprietà collettiva, di cui ogni membro della comunità poteva fare uso, per essere poi attribuiti allo Stato o agli enti territoriali, lasciando ai consociati un diritto reale parziario di uso.

L'elenco di tali beni è, nel diritto positivo italiano, contenuto nell'art. 822 e ss. del codice civile, nell'ambito dei quali le acque pubbliche sono riconosciute come bene demaniale e le acque minerali e termali come patrimonio indisponibile (art. 826 c.c.).

In Italia, i beni del demanio e del patrimonio indisponibile esprimono dunque una duplice appartenenza alla collettività ed al suo ente esponenziale, dove la seconda (titolarità del bene in senso stretto) si presenta, per cosi dire, come una appartenenza di servizio che è di per sé necessaria, affinché l'Ente assicuri il mantenimento delle specifiche e rilevanti caratteristiche del bene e della sua fruizione.

L'acqua, dunque, è un bene che appartiene solo funzionalmente al potere pubblico, nella pretesa che tale appartenenza costituisca garanzia per il godimento da parte della collettività; ne consegue che le

---

equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore è tenuto ad intervenire in materia»".

infrastrutture per la raccolta e la distribuzione dell'acqua sono da considerate parte del demanio solo se di proprietà pubblica[5].

Sulla stessa linea si pone la legislazione vigente in materia ambientale, come anche la precedente legge Galli n. 36 del 1994 la quale, anche se in linea di principio è generale e programmatica, ribadisce come "tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato" (rif. art. 144, c. 1, d.lgs. n. 152 del 2006)[6].

Possiamo quindi ribadire come nel nostro ordinamento l'acqua, considerata come bene, è pubblica e sempre lo è stata; solo la sua gestione, ovvero il servizio teso a garantire l'accesso all'acqua nelle abitazioni, può essere (nel nostro ordinamento) indifferentemente e legittimamente pubblica e privata.
Tale precisazione si ritiene opportuno effettuare al fine di rimarcare la distinzione tra il concetto di proprietà dell'acqua da quello di gestione dell'acqua, per non ricadere nell'equivoco che di fatto ha animato l'iniziativa referendaria del 2011.

È, infatti, in questo contesto giuridico che si è inserito il referendum del 2011 "sull'acqua", una delle vicende politiche più sentite dall'opinione pubblica negli ultimi tempi, il quale suonò alle istituzioni (a ragion veduta) come una attestazione di sfiducia verso un sistema di gestione del servizio idrico integrato che, stante la titolarità pubblica dell'acqua e il controllo pubblico della gestione del servizio idrico volto a garantire l'accesso universale alla risorsa, consentiva comunque la possibilità di una gestione privata e concorrenziale di tale servizio.

Le origini del referendum risalgono proprio al recepimento della teoria dei beni comuni all'interno del nostro dibattito politico e culturale. Teoria questa, che si è anche tentato di codificare, quando la Commissione sui beni pubblici istituita con decreto del Ministro della giustizia del 14 giugno 2007,

---

[5] Tale considerazione non impedisce, in linea teorica, di ritenere che la gestione del servizio idrico possa essere affidata a operatori di mercato, fermo restando il controllo pubblico e nei limiti di operatività che garantiscano l'accesso all'acqua.
[6] L'intento del legislatore, nel rendere esclusivamente pubblica la proprietà di tutte le acque superficiali e sotterranee, fin dal principio fu quello di «spostare il baricentro del sistema delle acque pubbliche verso il regime di utilizzo, piuttosto che sul regime di proprietà».

meglio nota come Commissione Rodotà dal nome del suo presidente, propose la modifica delle norme del codice civile in materia di beni pubblici.

La proposta di legge, pur prevedendo l'inserimento nel codice civile della categoria dei beni comuni, accanto a quelli pubblici e privati, ne offriva tuttavia una definizione vaga e poco convincente.

Ragione per cui la proposta si arenò ma la teorizzazione dell'acqua, come bene comune da cui essa prendeva le mosse, andò avanti fino al compimento del referendum abrogativo delle norme sui servizi pubblici locali tenutosi nel 2011.

Dal referendum del 2011 ad oggi numerose proposte di legge si sono susseguite in Parlamento per recepire la volontà referendaria, tuttavia lo slogan del referendum, l'"acqua come bene comune" sebbene non sia riuscito a far entrare nel nostro ordinamento il valore dell'acqua come bene comune, dal momento che non esiste o comunque non si è stati in grado di elaborare una idea di gestione comune, ha comunque avuto come effetto il risultato di evitare la procedura di evidenza pubblica per la gestione dell'acqua e, nelle intenzioni dei promotori, di ritornare ad una gestione pubblica del servizio idrico, arricchita di qualche espressione come partecipazione, solidarietà, democrazia partecipativa.

Sez. II

Ciò premesso, se è intento del legislatore innovare il nostro ordinamento, affinché la proclamazione del diritto all'acqua possa essere qualcosa di più di una semplice dichiarazione programmatica, abbiamo ritenuto opportuno interrogarci – così come la dottrina ha fatto- in ordine alle possibili implicazioni derivanti alla gestione del servizio idrico a seguito della diversa natura (bene economico o non economico, bene comune) che si voglia attribuire al bene acqua nonché della diversa tipologia di diritto (diritto fondamentale e/o anche diritto sociale) che si abbia intenzione ovvero la facoltà di adottare per favorire il riconoscimento dell'accesso all'acqua.

Non basta, quindi, proclamare il diritto all'acqua per costruire gli acquedotti, depurare l'acqua e garantirne il minimo vitale alla popolazione; il diritto all'acqua per essere concretamente realizzato necessita di consistenti misure positive da intraprendere.

1. Difatti considerato che nel nostro ordinamento, come in altri, **il diritto all'acqua** non è stato espressamente costituzionalizzato e che in ogni caso tale dizione inizia a diffondersi con l'intento di vedere riconosciuta l'essenzialità dell'accesso a tale risorsa come requisito indispensabile per garantire il bene della vita, un suo riconoscimento formale in termini di **diritto fondamentale** implicherebbe che lo stesso debba ricevere le dovute garanzie costituzionali che sono riservate a tale categoria di diritti.

Le garanzie in oggetto sono l'*inviolabilità*, ovvero l'impossibilità assoluta da parte del legislatore di poter rivedere la sua stessa esistenza al di sotto delle condizioni minime fornite dalla Costituzione, nonché l'*azionabilià* e la sua giustiziabilità, intesa in termini di difesa del diritto fondamentale sia dinnanzi al giudice comune sia dinanzi al giudice delle leggi.

La natura di diritto fondamentale, a sua volta, implica che sia dovere dei pubblici poteri proibire ogni attività che ne ostacoli l'accesso affinché nessuno ne resti escluso (es. sarà considerata costituzionalmente illegittima quella legge che non preveda l'obbligo di fornitura del servizio idrico quale che sia il gestore, oppure la legge che dispone il divieto di riduzione della risorsa idrica ad una mera risorsa economica, ovvero la legge che disponga il divieto di negare l'accesso al bene acqua in termini quantitativi, qualitativi ed economici).

Se queste sono le implicazioni derivanti dal riconoscimento formale del diritto all'acqua come un diritto fondamentale, sorge spontaneo interrogarsi se sia possibile ritenere il diritto all'acqua come un qualcosa di più di un diritto fondamentale ovvero un diritto sociale.

Dire che il diritto all'acqua è un diritto fondamentale o che è un diritto sociale, non muta le radici del suo fondamento nella Costituzione ma sicuramente ne muta l'indicazione degli strumenti per garantirlo.

La circostanza che il diritto all'acqua possa essere considerato un diritto fondamentale implica, come abbiamo visto, che tutti abbiano eguale accesso all'acqua e che nessuno (neppure i pubblici poteri) possano escludervi altri. Qualificarlo, poi, come diritto sociale comporta il riconoscimento di un dovere da parte dei pubblici poteri a che il diritto all'acqua non solo non sia negato a nessuno ma sia altresì garantito a tutti nella misura del minimo vitale.

Difatti, secondo la teoria tradizionale dei diritti sociali, il dovere di garantire l'effettivo godimento fa capo ai pubblici poteri che, in ossequio al loro impegno, sono chiamati a "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno svolgimento della personalità" (rif. art. 3 Cost.).
I diritti sociali consistendo in aspettative positive cui corrispondono relativi obblighi di prestazione da parte dei pubblici poteri definiscono, quindi, "la sfera di ciò che nessuna maggioranza politica può decidere di non fare"; la effettività dei diritti sociali dipende, quindi, dalle finanze pubbliche nonché dalla volontà della politica.
In conclusione, trattandosi di un diritto che dipende dalla disponibilità di risorse economiche come dalla disponibilità del bene in natura, il riconoscimento del diritto all'acqua come diritto sociale è essenzialmente legato alla effettiva possibilità di presa in carico da parte della collettività delle garanzie di accesso e uso dell'acqua (es. previsione di un soggetto pubblico che non sia solo garante del servizio idrico ma anche diretto responsabile e gestore della sua erogazione).
Come l'esperienza insegna perché ciò sia possibile (vedi ospedali o scuole private) non è escluso che anche soggetti privati -con il sostegno parziale di contributi pubblici- possano erogare il servizio comunque garantito dallo Stato.

2. Per quanto poi concerne la **possibilità** di attribuire un **valore economico all'acqua** riteniamo che si tratti di una impresa assai ardua, in quanto si tratta di un bene indispensabile a tutti e che si vuole vedere riconosciuto quale universale; il suo eventuale valore economico non dovrebbe, pertanto, dipendere dalla sua accessibilità o scarsità.
Tanto più che l'acqua, anche secondo la tradizione romana, è sempre stata fatta rientrare tra le cose incommerciabili e l'ordinamento italiano l'ha classificata tra i beni demaniali, che sono per l'appunto *extra commercium.*
Tuttavia il costo che si sopporta per avere l'acqua, nel nostro ordinamento, non è il corrispettivo pagato per il bene in sé, quanto invece la remunerazione del costo per rendere effettiva la fruizione del bene presso le singole abitazioni.

Ciò significa che, sebbene l'acqua sia un bene *extra commercium* e quindi non trasferibile ai sensi dell'art. 823 del c.c., nulla vieta che questa possa essere gestita come un bene economicamente rilevante e che la sua gestione possa essere anche di natura privata.

Titolarità della proprietà e titolarità della gestione, torniamo a ribadirlo, sono due momenti e concetti separabili, anzi è un modo per conciliare i due volti dell'acqua che noi oggi intendiamo attribuirle, ovvero: la natura di diritto fondamentale dell'uomo con quella di bene materiale che richiede, per un corretto godimento dello stesso, lo svolgimento di attività economicamente rilevanti e valutabili a partire dalla distribuzione e dal controllo della qualità.

Ad ogni modo, l'interrogativo circa la possibile riconduzione della gestione dell'acqua ad una questione economica o non economica, non è passata inosservata avendo di fatto sollecitato l'attenzione di intellettuali e movimenti sociali.

L'acqua, come bene assoggettabile a una valutazione economica, è stata resa «principio» dalla Conferenza internazionale su acqua e ambiente di Dublino nel 1992; nell'accordo finale infatti, al quarto principio, si prevede che all'acqua sia attribuito «**un valore economico in tutti i suoi usi**» e che sia «**riconosciuta come bene economico**».

Le motivazioni di tale scelta sono contenute all'interno dell'accordo nel quale si ammette come "il mancato riconoscimento del valore economico dell'acqua nel passato abbia portato a sprechi e usi dannosi della risorsa per l'ambiente, mentre il trattamento dell'acqua come bene economico è riconosciuto come un modo importante per raggiungere un uso efficiente e equo delle risorse idriche e per incoraggiarne la conservazione e la protezione".

Oltre a questi aspetti legati alla quantificazione oggettiva dei costi necessari a rendere l'acqua una risorsa effettiva, c'è poi una ragione di «sostenibilità idrica» il cui tema è stato affrontato dal *Mar del Plata Action Plan* del 1977, per cui far corrispondere a questa risorsa un valore economico serve essenzialmente a difenderla dalla errata percezione che l'acqua sia un bene di poco conto e/o un bene non scarso, e quindi scoraggiarne quei comportamenti sbagliati che ne determinano lo spreco.

Aderire alla definizione di acqua quale bene economico equivale, quindi, a dover ritenere indifferente la modalità di gestione del servizio scelta per consentirne l'uso e l'accesso, ovvero che il servizio idrico sia direttamente gestito dal soggetto pubblico, titolare fittizio della proprietà dell'acqua, o da soggetti privati.

Ciò che conta, è che anche nel caso di una gestione di mercato del servizio idrico vi siano regole per garantire l'accesso universale e il non esaurimento della risorsa, sul cui rispetto devono vigilare le istituzioni pubbliche.

In particolare, esse saranno chiamate a garantire l'accesso dal punto di vista qualitativo, fisico e economico, attraverso attività regolamentari e di controllo che, dopo aver fissato standard qualiquantitativi e tariffari, possano verificarne l'adempimento da parte di chi ha in carico la distribuzione dell'acqua.

In questi termini, il diritto all'acqua può essere senz'altro un diritto fondamentale, che comporta un regime speciale del servizio economico idrico, ma non necessariamente un diritto sociale, che comporterebbe un obbligo di prestazione del servizio a carico di un agente pubblico e della finanza pubblica.

Di contro, un'iniziativa molto concreta volta a sottrarre l'acqua «alle logiche di mercato» è stata il **Right2Water**, la prima iniziativa legislativa dei cittadini europei avanzata ai sensi dell'art. 24 TFUE. Con essa, 1,6 milioni di europei hanno chiesto alla Commissione di «proporre una normativa che sancisca il diritto umano universale all'acqua potabile e ai servizi igienico-sanitari in quanto servizi pubblici fondamentali per tutti», chiedendo altresì che << **l'approvvigionamento in acqua potabile e la gestione delle risorse idriche non siano soggetti alle "logiche del mercato interno" e che i servizi idrici siano esclusi da qualsiasi forma di liberalizzazione».**

La teoria più compiuta che si avvicina a questa concettualizzazione è quella dell'acqua come bene comune.

I sostenitori della teoria dei beni comuni (sviluppata da Garrett Hardin e Elinor Ostrom) hanno individuato - con questa denominazione- una categoria distinta e peculiare del bene rispetto ai beni privati e pubblici, nei confronti dei quali emerge la necessità di sottoporli a limiti e regolazioni che ne disciplinino l'uso, evitando che l'accesso aperto si risolva in una estinzione della risorsa.

Collegare l'acqua al concetto di democrazia è certamente un tentativo interessante, ma necessita di una terza forma di gestione e titolarità del bene che attualmente non esiste nel nostro ordinamento - dall'altro canto non sembra neppure che sia possibile individuare una forma autenticamente comunitaria di gestione (una gestione, cioè, che non si limiti a replicare il carattere collettivo,

perché **altrimenti si ricadrebbe nella gestione pubblica che,** per sua definizione, è rappresentativa del bene comune in senso tomistico ovvero come interesse della collettività).

Pertanto scrivere, come di fatto è stato scritto nell'art. 2, comma 2, secondo capoverso, che la proposta A.C. 52 "Tutte le acque ... sono pubbliche e non mercificabili" cosa si vuole fare intendere? Che forse dovremo cambiare anche le nostre abitudini alimentari e quindi non potremmo più bere l'acqua minerale in bottiglia?.

Sez III

Riepilogando, nel nostro ordinamento, l'acqua non è formalmente un diritto riconosciuto, ma una risorsa fondamentale che, in quanto tale, è sottratta dalla legislazione ordinaria alla circolazione comune dei diritti di proprietà e come tale soggetta alla titolarità pubblica.
La Corte costituzionale, nonostante si sia occupata di gestione delle risorse idriche, e in particolare di servizio idrico integrato, ha affrontato il tema quasi con esclusivo riferimento al riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni, lasciando forse troppo in disparte la particolare natura del "bene" oggetto del servizio, inteso come "bene primario della vita dell'uomo"[7].
Tuttavia quei pochi riferimenti che si rinvengono nella giurisprudenza costituzionale ad un "diritto fondamentale dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche" e alla necessità di un "uso solidale", non hanno condotto ad un ampliamento dei paradigmi costituzionali; ciò induce l'interprete a dover ritenere che la Corte costituzionale ha ben presente la reale portata degli interessi in giuoco.
Una conferma di ciò è possibile acquisirla attraverso l'analisi della motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 419 del 1996, dalla quale inevitabilmente si possono trarre utili spunti di argomentazione per criticare la scelta operata dal legislatore proponente quando afferma che "... *Tutte le acque superficiali e sotterranee sono pubbliche e non mercificabili* ..." (art. 2, comma 2, pdl AC 52).

[7] Cort. Cost. sent. n. 259 del 1996.

Infatti, il progressivo "aumento dei fabbisogni derivanti dai nuovi insediamenti abitativi e dalle crescenti utilizzazioni residenziali anche a seguito delle nuove tecnologie introdotte nell'ambito domestico, accompagnato da un incremento degli usi agricoli produttivi ed altri usi, ha indotto il legislatore (legge 5 gennaio 1994, n. 36), di fronte a rischi notevoli per l'equilibrio del bilancio idrico, ad adottare una serie di misure di tutela e di priorità dell'uso delle acque intese come risorse, con criteri di utilizzazione e di reimpiego indirizzati al risparmio, all'equilibrio e al rinnovo delle risorse medesime. Di qui la esigenza avvertita dallo stesso legislatore di **un maggiore intervento pubblico concentrato sull'intero settore dell'uso delle acque,** sottoposto al metodo della programmazione, della vigilanza e dei controlli, collegato ad una iniziale dichiarazione di principio, generale e programmatica (art. 1, comma 1, della legge n. 36 del 1994), di pubblicità di tutte le acque superficiali e sotterranee, indipendentemente dalla estrazione dal sottosuolo".

La dichiarazione di "pubblicità delle acque" riguarda, quindi, un interesse generale a vedere disciplinato l'uso di un bene divenuto limitato.

Aggiunge poi la Corte che "... quanto alla mancanza di una generalizzata ed indiscriminata forma di pubblicità (e regime concessorio di uso) di tutte le acque", il legislatore ha inteso effettuare una scelta, tutt'altro che irragionevole**, tesa a privilegiare talune utilizzazioni tradizionali caratterizzate da esclusione di interesse generale o da una razionale ponderazione di interessi, senza che per questo ne possa derivare una illegittimità costituzionale.**

Nella motivazione della richiamata sentenza il giudice delle leggi intendeva riferirsi alla contestuale salvaguardia del regime di libertà accordato dallo stesso legislatore per la raccolta delle acque piovane in invasi e cisterne al servizio di fondi agricoli o di singoli edifici nonché della libertà di utilizzazione (purché compatibile con l'equilibrio del bilancio idrico) delle acque sotterranee per usi domestici, previsto dall'allora art. 28, comma 3, della legge n. 36 del 1994 oggi richiamati nell'art. 96, commi 4 ed 11, e art. 167, commi 3, 4 e 5 del D.lgs. n. 152 del 2006 e art. 17 e 93 del R.D. n. 1775 del 1933.

Infatti, l'interesse generale sussistente per le acque fluenti in fosso o rio (salva l'ipotesi limite di percorso limitato del fosso non affluente in altro corpo idrico) "**si differenzia** da quello sussistente per la mera raccolta di acque piovane in invasi e cisterne" determinando, ove ne ricorrano i presupposti, **l'assoggettamento al regime delle acque di bonifica**" (in precedenza l'art. 27 della legge n. 36 del 1994 oggi l'art. 166 del D.lgs. n. 152 del 2006).

> In questi termini, ribadita la non irragionevole scelta operata dal legislatore, la Corte costituzionale motiva come "**la dichiarazione di pubblicità delle acque si risolve in un limite della proprietà dovuto alla intrinseca e mutata rilevanza della risorsa idrica, rispondente alla sua natura**, e quale modo di **attuazione** e salvaguardia **di uno dei valori fondamentali dell'uomo** (e delle generazioni future) **all'integrità del patrimonio ambientale**, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche (art. 1, commi 2 e 3, della legge n. 36 del 1994).

Su un piano più generale, le argomentazioni richiamate sono servite alla Corte costituzionale, per confermare come la previsione del regime di pubblicità delle acque introdotto dalla legge Galli e poi successivamente ripreso dal D.lgs. n. 152 del 2006 di fatto non determina l'espropriazione del terreno dove insiste l'acqua e quindi non dà diritto ad alcun indennizzo; in tale circostanza, la Corte costituzionale (al fine di controbilanciare gli interessi contrapposti) ha ritenuto che il tipo di compressione del diritto di proprietà si debba giustificare ai sensi dell'art. 42 della Costituzione secondo il quale non si impone alcun indennizzo "quando la legge in via generale regoli diritti dominicali in relazione a determinati fini per assicurare la funzione sociale con riferimento a intere categorie di beni (v. per tutte la sentenza n. 328 del 1990 con richiami), né quando sia regolata la situazione che i beni stessi hanno rispetto ad interessi della pubblica amministrazione, sempre che la legge abbia per destinataria la generalità dei soggetti (sentenza n. 245 del 1976)".

Ritornando all'analisi che ci siamo proposti di effettuare, occorre quindi evidenziare come il legislatore proponente stia ponendo nella prospettiva di una pubblicizzazione dell'acqua ancora più ampia e generale di quella attualmente prevista dal testo unico dell'ambiente; infatti, confrontando il testo del comma 1, dell'art. 144 del D.lgs. n. 152 del 2006 secondo il quale "*Tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello Stato*" con quello

di cui all'art. 2, comma 2, della pdl (AC 52) "(...) *Tutte le acque superficiali e sotterranee sono pubbliche e non mercificabili e costituiscono una risorsa che è salvaguardata e utilizzata secondo criteri di solidaietà. (...)*". emerge come sia venuto meno l'inciso "ancorché estratte dal sottosuolo" .

Da tale inciso, deriva infatti la funzione di salvaguardia dei diritti dei proprietari dei fondi agricoli o dei singoli edifici che si avvalgono della raccolta delle acque piovane in invasi e cisterne nonché dei proprietari dei fondi in cui, compatibilmente con l'equilibrio del bilancio idrico, si ricorra all'utilizzo delle acque sotterranee per usi domestici.

La modifica che il legislatore vuole apportare al regime generale di pubblicità delle acque, alla luce delle argomentazioni richiamate dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 419 del 1996, conduce ad una evidente e forte inversione di tendenza che ha come unica conseguenza quella di determinare una effettiva compressione del diritto di proprietà che non potrà essere più giustificato (come fino ad ora fatto) con il richiamo alla "funzione sociale" e alla "accessibilità a tutti" del bene ex art. 42 Cost. ma solo attraverso il riconoscimento di un equo indennizzo da concedersi a seguito di espropriazione del relativo immobile ex art. 43 Cost.

Che questo sia effettivamente l'intento del legislatore proponente è possibile confermarlo attraverso una lettura coordinata dell'art. 2, comma 2, con l'art. 9, comma 1, della proposta AC 52, dove si legge che "Tenuto conto dell'esigenza di tutelare il pubblico interesse allo svolgimento di un servizio essenziale in situazione di monopolio naturale ai sensi dell'articolo 43 della Costituzione e tenuto conto dell'articolo 1 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014".

Tale scelta oltre che a porsi in posizione contraria all'orientamento della Corte costituzionale, giunge a costituire un costo occulto che, *a priori,* non è possibile quantificare.

Sez. IV

All'interno della proposta di legge, strettamente connessa all'indicazione dell'acqua quale diritto universale e fondamentale nonché alla qualificazione dell'acqua quale bene comune, pubblico e mercificabile (rif. art. 2, comma 2, della pdl AC 52) è la qualificazione del servizio idrico integrato quale

"servizio pubblico locale di interesse generale non destinato ad essere collocato sul mercato in regime di concorrenza" (rif. art. 9, comma 1, della pdl AC 52).

Anche in questo caso il legislatore, nella piena facoltà riconosciutagli in materia, associando al servizio idrico integrato la qualificazione di *"servizio pubblico di interesse generale non destinato ad essere collocato sul mercato in regime di concorrenza"* vuole dimostrare l'intenzione di innovare l'ordinamento ponendosi su di una posizione, anche questa volta, diametralmente opposta a quella assunta dalla Corte Costituzionale; essa infatti, nelle sue pronunce ha costantemente qualificato il servizio idrico integrato come un *"servizio pubblico locale di rilevanza economica"* la cui disciplina ricade nelle materie della tutela della concorrenza e dell'ambiente.

La nozione di "rilevanza economica", al pari di quella omologa di "interesse economico" propria del diritto comunitario, viene utilizzata, nell'ambito della disciplina del mercato dei servizi pubblici, quale criterio discretivo per l'applicazione delle norme concorrenziali e concorsuali comunitarie in materia di affidamento della gestione di tali servizi.

Il perché di una così radicale scelta operata dal legislatore proponente, volta a sottrarre la "rilevanza economica" al servizio idrico integrato e quindi a determinarne la sua uscita dal mercato concorrenziale, è rinvenibile nelle stesse ragioni poste alla base della teoria dell'acqua bene comune; nella realtà, infatti, non vi è alcuna ragione per dover ritenere che dall'applicazione delle regole per il mercato possa derivare in fatto o in diritto un ostacolo per la speciale missione dell'Ente pubblico[8] ovvero minori vantaggi per gli utenti, per la collettività e per l'impiego delle risorse pubbliche.

Tale scelta, operata *ex post* ed in assenza di effettivi ostacoli, non solo si pone in posizione contrapposta rispetto a quella fino ad ora seguita dalla Corte costituzionale ma si presta ad essere suscettibile di divenire oggetto di sindacato da parte della Corte di giustizia europea previa contestazione da parte degli Enti gestori del servizio idrico integrato che, dall'approvazione della presente proposta, dovessero trovarsi irragionevolmente esclusi dal mercato.

Accertato che vi è sostanziale fungibilità ed omogeneità tra le nozioni di «*servizi pubblici locali di rilevanza economica*» e di «*servizi pubblici locali di interesse economico generale*» come dichiarato

---

[8] Art. 106 TFUE; *ex plurimis*, sentenze della Corte di giustizia UEE 11 gennaio 2005, C-26/03, Stadt Halle, punti 48 e 49, e 10 settembre 2009, C-573/07, Sea s.r.l.).

dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 272 del 2004, occorre evidenziare come nel diritto europeo non esiste una nozione di servizio pubblico ma espressioni ad esso equivalenti, come quella di SIEG («servizi di interesse economico generale») e SIG («servizi di interesse generale»); lì dove per SIG si intende una categoria di servizi comprensiva sia dei SIEG[9] che dei servizi non suscettibili di essere gestiti esclusivamente in regime di impresa e che attengono ai bisogni primari del cittadino (quale, ad esempio, scuola, sanità, assistenza sociale)[10].

La nozione di SIEG è l'unica di fatto riconosciuta espressamente all'interno degli art. 14 e 106 del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea ed è frutto di una evoluzione del connubio servizi pubblici e concorrenza che si è sviluppato a partire dalla metà degli anni '80 del secolo scorso[11].

Il connubio tra servizi pubblici e concorrenza nel diritto dell'Unione europea, di cui abbiamo fatto cenno, poggia sull'adesione ad un'impostazione economica secondo la quale non vi è alcuna inconciliabile contrapposizione tra concorrenza e servizi pubblici economici; per consentire l'apertura dei servizi pubblici al mercato, risultano tutt'ora adeguate le misure che prevedono:

a) la distinzione, in alcuni settori, tra la parte demaniale del servizio e la gestione del servizio, sottoponendo solo quest'ultima alla concorrenza attraverso l'assunzione di provvedimenti amministrativi necessari per superare il regime di monopolio pubblico;

b) la privatizzazione delle società pubbliche di gestione del servizio in modo da assicurare la *par condicio* delle imprese, inibita dalla presenza di un soggetto pubblico in grado di avvantaggiarsi dei finanziamenti pubblici;

c) l'assicurazione della tenuta di un mercato effettivamente concorrenziale attraverso l'individuazione di un soggetto neutrale, e non politico, quale creatore delle regole del mercato;

---

[9] Il tratto fondamentale della nozione europea di SIEG è che l'attività di erogazione del servizio si svolge all'interno di un mercato attuale o anche meramente potenziale, rientrano nei SIEG anche quelle attività che, sebbene prive di carattere economico, sono in grado di influenzare la libera concorrenza in un determinato settore commerciale (cfr. Trib. Primo grado, 1 luglio 2010, T-578/08 e T-573/08, in tema di servizio pubblico televisivo). Anche il più recente approccio seguito dal Consiglio di Stato (cfr. Cons. St., Sez. V, 10 settembre 2010, n. 6529, in tema di servizio di refezione scolastica) è nel senso che l'individuazione della natura economica del servizio debba avvenire sulla base dell'analisi del caso concreto.

[10] Nel Libro verde della Commissione europea del 21 maggio 2003 ai paragrafi 16 e 17, si rileva che: «L'espressione "servizi di interesse generale" non è presente nel Trattato, ma è derivata nella prassi comunitaria dall'espressione "servizi di interesse economico generale" che invece è utilizzata nel Trattato. È un'espressione più ampia di "servizi di interesse economico generale" e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico [...]».

[11] Sul tema cfr. le comunicazioni sui servizi di interesse generale COM (1996) 443 e COM (2000) 580, in GUCE C 281 del 26 settembre 1996 e GUCE C 17 del 19 gennaio 2001; la relazione al Consiglio europeo di Laeken COM (2001) 598.

d) la liberalizzazione "regolata" attraverso un'apertura graduale del mercato a tutela dell'interesse generale e a garanzia del soddisfacimento del servizio cd. universale, ossia l'accesso al servizio a ciascuno indipendentemente dalla situazione economica, sociale o geografica, a un prezzo sostenibile.

La realizzazione di un mercato dei servizi pubblici, infatti, contribuisce a realizzare il progetto complessivo dell'Unione europea: da un lato, perché facilita la circolazione degli operatori di mercato in ambito sovranazionale; dall'altro, perché attraverso l'intervento di una regolazione neutrale di carattere generale consente una penetrazione maggiore del diritto europeo sovraordinato, rispetto al caso in cui il servizio sia disciplinato da un provvedimento amministrativo individuale.

L'apertura dei servizi pubblici alla concorrenza incontra, però, almeno due elementi di riflessione di carattere generale:

1) il rapporto tra la demanialità delle reti e la gestione del servizio;

2) l'irriducibilità del servizio pubblico al mercato in presenza di un servizio cd. universale a tutela dell'utente marginale, ossia quella prestazione che non sarebbe erogata da nessuna impresa operante nel mercato, se il costo non fosse sostenuto dalla pubblica amministrazione o non fosse equamente ripartito tra tutti gli operatori del mercato in modo da lasciarne inalterate la *par condicio*.

Con riferimento ai servizi pubblici, quindi, l'esperienza europea conosce una dimensione di 'concorrenza nel mercato', grazie all'adozione di misure di liberalizzazione finalizzate ad eliminare o ridurre barriere di accesso al mercato per assicurare, in una prospettiva di promozione della concorrenza stessa, l'esercizio delle libertà fondamentali.

Quanto in particolare ai servizi pubblici locali, è l'assenza di un mercato rilevante che fa propendere per una formula di "concorrenza per il mercato", assicurata attraverso la periodica messa a gara del servizio, piuttosto che per la previsione di una concorrenza nel mercato. Per questa tipologia di servizi, infatti, è possibile che il mercato non sia strutturalmente in grado di assicurare il soddisfacimento dei bisogni della collettività. Infatti, il secondo paragrafo dell'art. 106 TFUE dispone che: «*Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale* [...] *sono sottoposte alle norme dei Trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*».

Ad ogni modo, come chiarito dal giudice delle leggi nella sentenza n. 325/2010, volendo offrire una definizione di *«interesse economico generale»* possiamo confermare che con tale espressione si intende *un interesse che attiene a prestazioni dirette a soddisfare i bisogni di una indifferenziata generalità di utenti e, al tempo stesso, si riferisce a prestazioni da rendere nell'esercizio di un'attività economica, cioè di una «qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato», anche potenziale (sentenza Corte di giustizia UE, 18 giugno 1998, causa C-35/96, Commissione c. Italia, e Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003, § 2.3, punto 44) e, quindi, secondo un metodo economico, finalizzato a raggiungere, entro un determinato lasso di tempo, quantomeno la copertura dei costi»*.

Non solo, la rilevanza economica deve ritenersi sussistente anche quando, per superare le particolari difficoltà del contesto territoriale di riferimento e garantire prestazioni di qualità anche ad una platea di utenti in qualche modo svantaggiati, non sia sufficiente l'automaticità del mercato, ma sia necessario un pubblico intervento o finanziamento compensativo degli obblighi di servizio pubblico posti a carico del gestore, sempre che sia concretamente possibile creare un "mercato a monte", e cioè un mercato "in cui le imprese contrattano con le autorità pubbliche la fornitura di questi servizi" agli utenti.[12]

La pronuncia in questione ha richiamato l'attenzione dell'interprete sulla circostanza che l'interesse economico generale non dipende né da un giudizio di inefficacia o di inutilità del mercato, né da una previa valutazione del soggetto pubblico, in quanto l'economicità dell'interesse non si deve determinare *ex post*, esclusivamente in base a indici come lo scopo lucrativo, l'assunzione dei rischi dell'attività, l'incidenza del finanziamento pubblico, e cioè a seguito di una scelta discrezionale dell'ente locale competente circa le modalità di gestione del servizio. Infatti, «[...] *nel diverso caso in cui si debba immettere nel mercato un servizio pubblico – e, quindi, si debba accertare se e come applicare le regole concorrenziali e concorsuali comunitarie per l'affidamento della sua gestione – occorre necessariamente prendere in considerazione la possibilità dell'apertura di un mercato, obiettivamente valutata secondo un giudizio di concreta realizzabilità, a prescindere da ogni soggettiva determinazione dell'ente al riguardo. È vero che il diritto comunitario lascia qualche spazio in materia alla scelta degli Stati membri, riservando loro, sia pure in via di eccezione, il potere di*

[12] Cfr. Libro verde sui servizi di interesse generale del 21 maggio 2003 della Commissione Europea, par. 2.3, punto 44.

derogare alle regole del Trattato relative alla concorrenza e agli aiuti di Stato, ove tali regole – salvo errori manifesti da parte degli Stati stessi – siano ritenute ostative al perseguimento della speciale missione e delle finalità sociali del servizio. Tuttavia, il potere di deroga presuppone la sussistenza dell'interesse economico del servizio stesso, esercitandosi tale potere proprio nell'ambito dei SIEG, e cioè di servizi che sono, per definizione ed obiettivamente, di "interesse economico" perché idonei ad influenzare un assetto concorrenziale in atto o in fieri».

Ulteriore conferma del potere di deroga, quale eccezione alla regola del mercato, nel caso che ci riguarda è contenuta **nell'art. 1, commi 4 e 6 della Direttiva 2014/25/UE** sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE secondo la quale "La presente direttiva fa salva la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto dell'Unione, quali essi ritengano essere servizi d'interesse economico generale, in che modo tali servizi debbano essere organizzati e finanziati, in conformità delle regole sugli aiuti di Stato, e a quali obblighi specifici debbano essere soggetti. Analogamente, la presente direttiva fa salva la possibilità per le autorità pubbliche di decidere se, come e in che misura desiderano espletare funzioni pubbliche autonomamente in conformità dell'articolo 14 TFUE e del protocollo n. 26" fatta ulteriormente salva, quale *extrema ratio*, la volontà degli Stati ***"I servizi non economici d'interesse generale non rientrano nell'ambito di applicazione della presente direttiva".***

La stessa fonte è citata dal legislatore proponente nel corpo del testo dell'art. 9, comma 1, della pdl AC 52, evidentemente al fine di costruirsi un richiamo alla disposizione di diritto europeo che conferisce al legislatore nazionale la facoltà di espletare autonomamente le relative funzioni pubbliche e di derogare alla qualificazione del servizio idrico quale servizio di interesse generale non economico – fonte che di fatto richiama principi che sono alla base delle politiche dell'unione europea e sono indicati nei richiamati art. 14 e 106 del TFUE e nell'allegato protocollo n. 26.

La genericità del riferimento alla Direttiva 2014/25/UE contenuta nell'art. 9 comma 1, della pdl A.C. 52 (per le finalità poc'anzi espresse) appare quindi inadeguata atteso che è volontà del proponente dissociarsene totalmente nel momento in cui da una qualificazione del servizio idrico integrato quale "*servizio pubblico locale di interesse generale non destinato ad essere collocato sul mercato in regime di concorrenza*" e ne riconduce la sua disciplina nell'ambito dell'art. 117, comma 2, lett. m) ovvero "determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono

essere garantiti su tutto il territorio nazionale" e lett. s) ovvero "tutela dell'ambiente, dell'ecosistema e dei beni culturali", eliminando così il parametro costituzionale della "tutela della concorrenza" di cui alla lett. e) riconosciuto dalla richiamata giurisprudenza costituzionale al fine di delimitare la generale competenza delle Regioni in ordine alla gestione ed organizzazione del servizio idrico integrato.

La pdl A.C. 52, nonostante l'ambigua qualificazione del servizio idrico integrato quale *"servizio pubblico locale di interesse generale non destinato ad essere collocato nel mercato concorrenziale"*, esclude implicitamente l'applicazione della Direttiva 2014/25/UE (pur richiamandola). E non solo! Non indicando puntualmente le norme che si devono ritenere abrogate, di fatto, ci pone di fronte al delicato problema di capire quale sia la disciplina che si dovrà applicare: ovvero se potremo ancora fare riferimento al diritto europeo o se solamente al diritto interno. Di qui il suggerimento a redigere un'autonoma e dettagliata legislazione di settore in materia di servizio idrico integrato che non lasci l'interprete e l'operatore nella costante incertezza di dover verificare da sé l'applicabilità o meno di una norma rispetto ad un'altra.

Pertanto, in questa sede ciò che rileva non è l'autonomia decisionale del legislatore nazionale in materia (che peraltro è nelle condizioni normative per poterla esercitare) quanto piuttosto la sua eccessiva arbitrarietà nella rappresentazione di una decisione/scelta non suffragata dalla enucleazione di alcun ostacolo che giustifichi la qualificazione del servizio idrico integrato, su tutto il territorio nazionale, come un servizio pubblico locale di interesse generale non destinato ad essere collocato sul mercato in regime di concorrenza.

Argomentazioni queste, che ben potrebbero essere offerte da organismi come l'Autorità indipendente per la concorrenza ed il mercato qualora ve ne ricorressero i presupposti in virtù dei riconosciuti poteri di segnalazione al Parlamento ed al Governo; essa infatti può segnalare *"norme di legge o di regolamento o provvedimenti amministrativi di carattere generale che determinano distorsioni della concorrenza e del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale"* (ex art. 21 della legge n. 287 del 1990).

L'assenza di un'adeguata valutazione dei presupposti che possano rendere ragionevole la scelta del legislatore proponente il testo di legge AC 52 è confermata dalla circostanza che sullo stesso tema, altro legislatore nella proposta di legge AC 773, pur avvalendosi delle medesime prerogative contenute nell'art. 1 della Direttiva 2014/25/UE, giunge a dare una diversa valutazione alla rilevanza economica del servizio idrico integrato qualificandolo "servizio pubblico locale di interesse economico generale assicurato alla collettività" (rif. art. 4, comma 1, della pdl AC 773).

Definizione, questa, che alla luce delle argomentazioni fin qui esposte appare sicuramente più coerente ed in linea con le condizioni di mercato in cui il servizio idrico integrato attualmente opera in Italia.

La posizione di neutralità della Commissione europea[13], in ordine alla scelta che gli Stati intendono operare al fine di derogare completamente al mercato, non significa che queste non possano essere dalla stessa osservate quando palesemente irragionevoli atteso che risulta chiaro come un mercato "seppure speciale" esista ed è pienamente riconosciuto sia dall'ordinamento europeo che dalla giurisprudenza costituzionale e non del nostro Stato.

Sez. V

La dottrina giuridica si è interrogata, quindi, circa la possibilità di verificare se sia sufficiente o meno ritenere l'acqua un diritto fondamentale o se invece sia necessario estendere le garanzie di prestazione da parte delle autorità pubbliche fino a renderlo un diritto sociale; magari accogliendo una nozione di acqua come bene non economico e quindi sottraendo del tutto la risorsa ad una gestione privata, nonostante questa sia sottoposta al controllo pubblico.

In questo scontro-dibattito si sono sviluppate due visioni di merito, che almeno nel nostro ordinamento giuridico si ritengono entrambe legittime (stanti i precetti costituzionali di cui agli art. 2,3,32 e 41) ovvero sia quella orientata ad una sottrazione totale dell'affidamento della gestione del

[13] Comunicazione della Commissione europea relativa all'iniziativa dei cittadini europei "... L'acqua è un bene comune, non una merce!" COM (2014) 177 fin.

servizio idrico ai privati sia quella relativa a favorire l'iniziativa economico privata con forme e modi – in questo ultimo caso - distinti rispetto ad un ordinario mercato.

Tra le due posizioni la seconda è quella che è stata recepita nella Parte III del D.lgs. n. 152 del 2006 e che oggi il legislatore AC 52 ci sta proponendo di cambiare radicalmente; difatti, posto che nel nostro ordinamento in materia di servizio idrico integrato è stata attuata la scelta di operare una distinzione tra titolarità dell'acqua e titolarità della gestione, ne è conseguito che, anche quando affidata a soggetti privati, la gestione del servizio idrico integrato non è del tutto equiparabile ad un mercato ordinario, poiché il servizio idrico non è considerato un "mercato dell'acqua" ma un servizio economico di interesse generale in cui la logica concorrenziale è vincolata al rispetto di obblighi di servizio pubblico.

L'intento riformatore del legislatore A.C. 52, contrariamente a quello di cui alla proposta A.C. 773, è di fatto teso ad aderire al primo orientamento, ovvero, quello volto ad una sottrazione totale dell'affidamento della gestione del servizio idrico. Tuttavia, pur non potendo con l'ordinario procedimento di formazione di una legge, creare nuovi diritti costituzionali, il legislatore si appresta ad attraversare un sentiero pieno di ostacoli volto alla creazione di un diritto legale all'acqua, quindi non formalmente riconosciuto dalla costituzione che, attraverso una semplice operazione di qualificazione del servizio idrico integrato come un servizio non più a rilevanza economica, intende consentire l'erogazione gratuita a TUTTI del servizio per un consumo max. giornaliero pari a 50 litri per persona, il cui relativo costo sarà posto a carico della fiscalità generale (rif. art. 3, comma 4, pdl A.C. 52) mentre tutti i consumi eccedenti tale valore unitario andranno a finire in bolletta, secondo un criterio per fasce di consumi.

Il costo del servizio di erogazione dell'acqua costituirà, tuttavia, solo una delle voci di costo che comporranno la Tariffa, dalla cui riscossione l'ente di diritto pubblico gestore del servizio dovrà garantire: la totale copertura dei costi di gestione del servizio idrico integrato, la parziale copertura dei costi di investimento, la totale copertura dei costi di depurazione nonché dei costi relativi alle attività di prevenzione e controllo (rif. art. 14 della pdl A.C. 52).

Da quanto appena rappresentato possiamo già rilevare come le finalità insite nel riconoscimento dell'acqua quale diritto sociale siano di fatto già disattese, dal momento in cui il costo del servizio idrico sarebbe solo in parte a carico della fiscalità generale ma per la restante parte continuerà ad essere ancora a totale carico dell'utente – cittadino. Ovviamente il costo derivante dal riconoscimento della gratuità dei 50 litri giornalieri procapite non è stato di fatto annullato ma sarà diffuso sull'intera collettività attuale e futura con metodi di tassazione e ricorso al debito per definizione non trasparenti e come tali suscettibili di essere iniqui e contrari proprio al principio di solidarietà sociale anche intergenerazionale (rif. art. 12 e 17 della pdl A.C. 52).

Restando in tema di tariffa, occorre richiamare l'art. 60 della Legge n. 221 del 2015 (c.d. collegato Ambiente) che offre una disciplina della **tariffa sociale del servizio idrico** secondo una idea molto vicina a quella che stanno discutendo a livello europeo in forza della quale si intende garantire l'universalità dell'accesso all'acqua nei confronti delle categorie di soggetti che versano in condizioni di disagio socio-economiche (rif. COM (2017) 753).

Stante la norma poc'anzi citata l'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico (c.d. ARERA che il testo della pdl A.C. 52 intende sopprimere) "*al fine di garantire l'accesso universale all'acqua, assicura agli utenti domestici del servizio idrico integrato in condizioni economico-sociali disagiate l'accesso, a condizioni agevolate, alla fornitura della quantità di acqua necessaria per il soddisfacimento dei bisogni fondamentali, sentiti gli enti di ambito nelle loro forme rappresentative, sulla base dei princìpi e dei criteri individuati con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e con il Ministro dell'economia e delle finanze, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge.*"

Non solo, il successivo art. 61, prevede poi, che il divieto di disconnettere il servizio idrico nei confronti dei morosi (analogamente a quanto accade per AQP SpA).

A decorrere dall'anno 2016, presso la Cassa conguaglio per il settore idrico, è stato previsto un fondo di garanzia per gli interventi finalizzati al potenziamento del finanziamento delle infrastrutture idriche comprese le reti di fognatura e depurazione (art. 58 del c.d. collegato ambiente); il fondo è alimentato tramite una specifica componente della tariffa da individuare separatamente in bolletta.

L'Autorità per l'energia elettrica, il gas e il sistema idrico ha approvato con deliberazione n. 664 del 28.12.2015 il metodo tariffario idrico per il 2016-2019 definendo le componenti di costo ai fini dell'aggiornamento tariffario, tra i quali figurano i costi di esercizio e finanziari ma le voci la remunerazione del capitale investito (come disposto dal modificato art. 154 del D.lgs. n. 152 del 2006).

Ma resta, comunque, la necessità di disporre di capitali cospicui per garantire la qualità dell'acqua, evitare le dispersioni e fronteggiare il dissesto idrogeologico, ragione per cui pur volendo aderire all'ipotesi della pdl A.C. 52 di servizio idrico quale servizio pubblico di interesse generale (e quindi privo di rilevanza economica) evidentemente non dovremmo più parlare propriamente di tariffa (che di fatto serve a chi la eroga per recuperare i costi di gestione del servizio) ma eventualmente di contributo, di imposta o di tassa; quale è l'intenzione reale del legislatore? (rif. Corte costituzionale n. 325 del 2010).

In conclusione, alla luce di quanto fin qui esposto, qualora fosse intenzione del legislatore e della collettività continuare sull'onda dei principi che animano la proposta AC 52, pur trovando gli eventuali consensi necessari per la sua approvazione, riteniamo che il testo normativo così composto non potrà sfuggire ad un eventuale sindacato di legittimità costituzionale. Difatti, un simile impianto, dovrebbe ancorarsi su più solide basi costituzionali, e non già limitarsi al piano della (se pur autorevole) dottrina pura; solo dopo, sarà più naturale avviare un percorso di organizzazione della gestione del servizio idrico integrato secondo criteri condivisi tra i suoi sostenitori e le Regioni e rispondenti a requisiti di accessibilità su tutto il territorio a condizioni di qualità simili e tariffe uniformi e abbordabili, trasparenti ovvero gratuite per chi non è in grado di sostenerne i costi.

Se così non ragionassimo, favoriremmo un ordinamento in cui un nuovo diritto legale si aggiudica garanzie ed accessibilità pari a quelle di un diritto costituzionalmente riconosciuto.

Parte II

L'impatto della proposta di legge 52 sul futuro dell'ente gestore: il caso AQP SpA

- Premessa
- storia di AQP SpA e proroga della concessione fino al 31.12.2021 (l. n. 205 del 2017, art. 1, c. 906)
- ordinamento intero del S.I.I. su cui impatta la pdl 52 e 773 AC
- inapplicabilità delle pdl 52 e 773 AC ad AQP SpA

Premessa

In riferimento al rapporto di competenza Stato – Regioni la Corte costituzionale ha chiarito che le disposizioni in materia di tutela delle acque sono riconducibili alla materia della "tutela dell'ambiente", attribuita alla competenza legislativa esclusiva dello Stato ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. s) della Costituzione (rif. Corte cost. sent. 254 del 2009, n. 246 del 2009, n. 229 del 2017).

La Corte costituzionale riconduce, inoltre, la competenza in materia di tutela delle acque anche alla materia ed al ruolo della "concorrenza" ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. e) della Costituzione e che la stessa giurisprudenza costituzionale configura come "materia trasversale" con la conseguente possibilità che l'esercizio di tale competenza esclusiva da parte dello Stato intersechi legittimamente qualsivoglia titolo di potestà legislativa regionale (Corte cost. sent. n. 41 del 2013 e sent. n. 14 del 2004). La Corte ha precisato, al riguardo, che il legislatore regionale può intervenire soltanto qualora introduca normative maggiormente concorrenziali rispetto alla disciplina statale (rif. Corte cost. sent. n. 173 del 2017 e n. 160 del 2016).

Sono pertanto ricondotte alla competenza legislativa dello Stato di tipo esclusivo e trasversale sia la **regolamentazione della tariffa** del servizio idrico integrato, sia le **regole sull'affidamento al soggetto gestore** del **servizio stesso e le modalità ammissibili per la sua gestione pubblica o privata.**

Oggi il legislatore all'art. 9, comma 1, della proposta A.C. 52 decide di definire il servizio idrico integrato come un "*servizio pubblico locale di interesse generale non destinato ad essere collocato sul mercato in regime di concorrenza*" nonché di escludere "la tutela della concorrenza" tra le materie cui fa capo l'organizzazione del servizio idrico. Tuttavia, benché ai sensi della motivazione della sentenza della Corte costituzionale n. 242 del 2004, tali poteri delle Regioni fossero da ritenersi limitati solo ed esclusivamente per i servizi pubblici locali classificati come aventi rilevanza economica (rif. art. 113 e

113 bis del TUEL) di fatto, il legislatore proponente A.C. 52 nel cassare la rilevanza economica del servizio idrico integrato e darne una diversa classificazione (rif. art. 9, comma 2, della pdl A.C. 52) di fatto ha nuovamente escluso le Regioni dal processo di riforma legislativa, individuando il servizio idrico integrato in un nuovo parametro costituzionale ovvero nell'art. 117, comma 2, lett. m).

Tale scelta non appare condivisibile, è noto infatti come, in materia di gestione del servizio idrico integrato, siano stati numerosi gli interventi legislativi approvati dal legislatore nazionale e che hanno sensibilmente ridotto i margini di intervento del legislatore regionale. Come accertato dalla Corte costituzionale, nonostante sul tema lo Stato italiano abbia assunto posizioni ben più rigorose rispetto a quelle comunitarie, le stesse non sono comunque da ritenersi costituzionalmente illegittime salvo che si dimostri la irragionevole portata delle stesse nella misura in cui toccano interessi contrapposti delle Regioni.

Difatti "*al legislatore italiano non è vietato adottare una disciplina che preveda regole concorrenziali – come sono quelle in materia di evidenza pubblica per affidamento dei servizi pubblici - di applicazione più ampia a quella richiesta dal diritto comunitaria*" (rif. Corte cost. sent. 325 del 2010).

Ma come e dove le Regioni possono fare valere le proprie ragioni per fare emergere i propri interessi?

L'unico terreno per il legislatore regionale appare essere stato fino ad ora, quello dello "scontro" con il legislatore nazionale attraverso il ricorso in via principale alla Corte costituzionale contro le leggi dello Stato. Tuttavia, il breve termine di impugnazione, pari a 60 gg. dalla pubblicazione del testo di legge nazionale non appare essere sufficiente per poter esprimere al meglio i contrapposti interessi, che le regioni, evidentemente, non hanno la possibilità/occasione per far valere attraverso una partecipazione attiva al processo di approvazione delle leggi nazionali; soprattutto quando queste danno vita a complessi processi di trasformazione dell'ordinamento nazionale.

Corre l'obbligo, infatti, di ricordare, che ad oggi non si è ancora dato seguito all'attuazione dell'art. 11 "*La Commissione parlamentare per le questioni regionali integrata*" della legge costituzionale n. 3 del 2011; attraverso la quale attuazione si darebbe maggiore forza partecipativa alle Regioni nell'ottica del principio di autonomia di cui all'art. 5 della Carta costituzionale e della successiva riforma costituzionale del Titolo V della Carta costituzionale intervenuta nel 2001.

Non vi è infatti da stupirsi se, a fronte di una strabordante legislazione nazionale, capace di ridurre notevolmente gli spazi di intervento al legislatore regionale, si registri un aumento della domanda di autonomia *ex* art. 116, comma 2, Cost. da parte delle regioni a Statuto ordinario.
Premesso ciò, e considerati i contenuti delle due proposte di legge AC 52 e 773, siamo oggi qui (non avendo un'altra sede istituzionale in cui poterlo fare) per rappresentare quelli che sono gli interessi specifici della Regione Puglia con riferimento alla società per azioni, denominata AQP, che gestisce il servizio idrico integrato in Puglia e di cui attualmente la Regione Puglia costituisce il titolare di tutte le quote sociali.

Sez. I

Appartengono ormai al passato le immagini della Puglia della sete, delle processioni invocanti la pioggia, delle scene popolari di fervore e fanatismo religioso ed a un tempo di disperazione, innanzi alle statue o ai quadri dei Santi.

Ciò nonostante la tutela e la gestione del bene acqua in Puglia resta tutt'oggi uno dei temi più caldi da affrontare perché, in assenza di risorse naturali ed in presenza di un terreno carsico incapace di trattenere l'acqua, impatta direttamente con la qualità della vita e della salute dei suoi abitanti nonché con l'attività economica principale del territorio a prevalente vocazione agricola.

L'idea di dover costruire un Acquedotto in Puglia è stata a lungo dibattuta sia per i non quantificabili costi che per le sue modalità di realizzazione, difatti, una certa ansietà là si percepisce dalla lettura dei primi verbali delle adunanze dei Consigli Provinciali e Comunali di Bari, Foggia e Lecce tenutesi a far data dal 1861; dovranno trascorrere, infatti, ben quaranta lunghi anni di dibattiti, proteste e discussioni accese, prima di poter vedere approvata nel corso della XXI legislatura del Regno d'Italia la legge n. 245 del 26 giugno 1902, che autorizzava la Costruzione e l'esercizio dell'Acquedotto pugliese attraverso la costituzione di un consorzio tra lo Stato e le province di Bari, Foggia e Lecce.

La materiale costruzione dell'acquedotto in Puglia, nonostante la lunga fase di studio e progettazione che l'aveva preceduta, si rivelerà all'atto pratico un'impresa assai complessa e costosa per poter

essere gestita dal costituito consorzio tra enti territoriali di Puglia il quale verrà ben presto trasformato, con Regio Decreto legge 19 ottobre 1919, n. 2060, convertito con modiche nella **legge 23 settembre 1920 n. 1365, in** Ente Autonomo per l'Acquedotto Pugliese (E.A.A.P.) avente sede in Bari.
Con tale intervento si affidava ex lege, ad E.A.A.P., il compito di provvedere alla costruzione, manutenzione ed esercizio dell'acquedotto pugliese, nonché alla gestione del servizio idrico integrato, alla captazione, adduzione, potabilizzazione, accumulo, distribuzione e vendita di acqua ad usi civili, industriali, commerciali ed agricoli.
Vent'anni più tardi, con la **legge 28 maggio 1942, n. 664**, le competenze dell'E.A.A.P. sono state estese anche agli acquedotti e fognature della Lucania.

La natura giuridica pubblica dell'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese, a seguito dell'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, evolve gradualmente nel nostro ordinamento di pari passo con il mutare del ruolo che lo Stato nel tempo ha assunto all'interno dell'economia del Paese.
Difatti l'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese, dapprima riconosciuto quale ente pubblico non economico (detto anche Ente del parastato) con **Legge 20 marzo 1975, n. 70,** a seguito del generale processo di privatizzazione (rif. Legge n. 28 dicembre 1995, n. 549 - art. 1, comma 83) che ha investito anche gli enti acquedottistici di cui all'art. 10, comma 5, della legge 5 gennaio 1994, n. 36, e in attuazione della delega di riordino degli enti pubblici nazionali contenuta nell'articolo 11, comma 1, lettera b), della legge 15 marzo 1997, n. 59, è stato trasformato in società per azioni ovvero in Acquedotto pugliese SpA con il noto **Decreto Legislativo 11 maggio 1999, n. 141**.

L'art. 2, comma 1, del richiamato D.lgs. n. 141/1999 ha di fatto stabilito l'affidamento alla nuova società, fino al 31 dicembre 2018, delle finalità istituzionali già attribuite all'ente E.A.A.P.; disponendo altresì che per la realizzazione delle stesse avrebbero continuato a trovare applicazione le precedenti disposizioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di espropriazione (art. 2, comma 3).
La società provvede, altresì, alla gestione del ciclo integrato dell'acqua e, nello specifico, la captazione, adduzione, potabilizzazione, distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e depurazione delle acque reflue (art. 2, comma 2).

In seguito a controverse scelte politiche che volevano affidare a soggetti privati la gestione dei servizi pubblici in generale e che nello specifico stavano favorendo il trasferimento di tutte le quote sociali di AQP SpA ad Enel S.p.A., l'articolo 4 del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141, fu dapprima sostituito con **Legge n. 448 del 2001**, (legge finanziaria per il 2002) disponendo il trasferimento delle quote azionarie in favore delle regioni Puglia (circa l'87%) e Basilicata (circa il 13%) senza oneri e con una ripartizione da effettuarsi in ragione del rispettivo numero di abitanti.
In seguito, l'articolo 4 del decreto legislativo 11 maggio 1999, n. 141, fu ulteriormente modificato con il **d.l. n.133/2014 c.d. Sblocca Italia, convertito nella legge n. 164/2014** per effetto del quale è venuto meno l'obbligo da parte delle Regioni Puglia e Basilicata di dover ricorrere alla "dismissione delle rispettive partecipazioni azionarie entro i successivi sei mesi, con procedure di evidenza pubblica nel rispetto della disciplina comunitaria in materia".

La Regione Puglia, azionista di maggioranza sin dal 2001, a far data dal 24.6.2011 è divenuta l'unico azionista di AQP S.p.A., una società per azioni regolata in parte da norme speciali ed in parte dal diritto comune societario.

Difatti dalla normativa regionale afferente direttamente o indirettamente ad AQP S.p.A., prodotta nel pieno esercizio dei poteri civilistici riconosciuti in capo al socio che detiene la totalità delle azioni, si citano a titolo di esempio la:

- **Legge Regionale n. 26 del 2013, art. 25 e la Delibera di Giunta regionale n. 812 del 25 maggio 2014** attraverso le quali si è inteso favorire il controllo c.d. "Analogo";
- **Legge Regionale n. 37 del 2014** attraverso la quale è stato espresso il sostegno da parte del socio Regione Puglia ai piani d'intervento di AQP S.p.A. per investimenti;
- **Delibera della Giunta Regione Puglia n. 1036 del 19 maggio del 2015** recante linee di indirizzo per il contenimento della spesa per il personale a valere per l'anno 2015 ed i cui effetti nei confronti di AQP S.p.A. sono stati oggetto di valutazione da parte dall'assemblea dei soci del 3 agosto 2015;

si evince che la Regione Puglia, nella sua attività di normazione, ha dovuto sempre tenere conto dei vincoli posti dalle leggi statali alla disciplina dei controlli sulle società pubbliche, nonché della

giurisprudenza della Corte costituzionale, dei rilievi della Corte dei conti, non ultimo delle pronunce della Corte di Giustizia UE emesse in sede di infrazione ai sensi dell'art. 267 TFUE.

Ragione per cui, alla luce del ricostruito percorso storico-normativo e della nota pronuncia della Corte costituzionale intervenuta sul tema di una possibile trasformazione di AQP SpA da parte della Regione Puglia (rif. sent. n. 62 del 2011) è ormai a tutti noto che la natura giuridica ovvero la compagine societaria di AQP SpA (istituita con fonte primaria dello Stato) non potrà mai essere modificata se son a seguito di un intervento *ad hoc* da parte del legislatore nazionale da attuarsi d'intesa con la Regione Puglia titolare della totalità delle azioni di AQP SpA.
Tanto si ribadisce anche in conformità a quanto il legislatore statale, più di recente, ha disposto con l'art. 1, comma 906, della legge n. 205 del 2017, prorogando fino al 31.12.2021 "l'affidamento della gestione del Servizio Idrico Integrato alla società di cui all'art. 2, comma 1, del Dlgs n. 141 del 1999" ovvero ad AQP S.p.A.

Sez. II

Ad oggi, quindi, AQP SpA è una società ad intera partecipazione pubblica, nata dalla privatizzazione dell'Ente pubblico non economico E.A.A.P., alla quale, in virtù di una espressa disposizione di legge (D.lgs. n. 141 del 1999) sono state trasferite le attività di gestione del Servizio Idrico Integrato in Puglia fino al 31.12.2021 (*ex* art. 1, comma 906, della Legge n. 205 del 2017).
L'ente gestore AQP SpA rappresenta un'ipotesi di impresa pubblica che, secondo il diritto dell'Unione Europea, opera sul mercato per effetto di un diritto speciale concesso dal legislatore nazionale; trattandosi di un settore, quello dell'acqua, qualificato dal diritto dell'Unione Europea quale "speciale" (rif. Direttiva 2014/25/UE), in quanto riguarda attività corrispondenti a bisogni fondamentali dei cittadini europei, l'ente gestore beneficia di una serie di semplificazioni in materia di appalti c.d. "strumentali" ovvero funzionali agli scopi propri dell'attività riconducibile ai settori speciali.
Difatti l'attuale Codice degli Appalti, in attuazione della Direttiva 2014/25/UE per i c.d. settori "speciali", esclude dall'applicazione delle disposizioni ordinarie in materia di contratti pubblici: a) le

amministrazioni aggiudicatrici; b) le imprese pubbliche; c) i soggetti che svolgono una delle attività proprie dei settori speciali operando in virtù di diritti speciali o esclusivi (ex art. 12 D.Lgs. n. 50 del 2016), riservando loro una disciplina più elastica contenuta negli artt. da 114 a 141 del Titolo VI, Capo I, del citato Codice dei contratti.

Quanto alle modalità di affidamento del servizio idrico integrato, sembrerebbe che la relativa disciplina di cui all'art. 149 *bis* del Testo Unico dell'Ambiente di cui al D.lgs. n. 152 del 2006 e s.m.i. rimetta all'ente di governo la scelta tra due opzioni valutabili: il ricorso al mercato e l'affidamento diretto.

Se per il ricorso al mercato, come abbiamo rilevato, non vi sono dubbi che trattandosi di un settore "speciale" (ex esclusi) si applichino i soli principi generali di cui all'art. 4 del D.lgs. n. 50 del 2016[14], per quel che concerne i requisiti per l'*in house providing*, l'art. 149 *bis* del D.lgs. n. 152 del 2006 rinviando all'ordinamento europeo e quindi direttamente all'art. 5 del D.lgs. n 50 del 2016[15] e all'art. 16 del D.lgs. n. 175 del 2016 crea qualche problema interpretativo per la *governance* del settore idrico; tanto accade nella misura in cui queste ultime disposizioni ritengono possibile, in base al diritto europeo, l'ingresso di capitali privati all'interno di una società affidataria *in house* di servizi di interesse economico generale.

Tuttavia, tale dilemma è facilmente superabile attraverso l'adozione del coretto criterio ordinatore tra le fonti che si intende adottare; difatti l'applicazione del criterio di specialità alla disciplina del servizio idrico integrato ci porterà ad assumere una posizione derogatoria rispetto alla regola che vorrebbe l'ingresso di capitali privati nella società affidataria *in house*, esattamente come indicato dall'art. 149 *bis* del D.lgs. n. 152 del 2006, il quale indica solo le "società interamente pubbliche" quali possibili affidatarie *in house* del servizio idrico integrato.

---

[14] Economicità, Imparzialità, Parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica".

[15] Il Codice degli appalti disciplina gli affidamenti *in house* anche nella Parte IV dedicata al partenariato pubblico privato e al contraente generale e, in particolare, nel Titolo II, all'art. 192. La norma introduce una serie di garanzie finalizzate a controbilanciare la possibilità di procedere ad affidamenti diretti con la previsione di adeguate forme di pubblicità e trasparenza (iscrizione nell'elenco istituito presso l'ANAC e obbligo di pubblicazione e aggiornamento di tutti i dati concernenti l'affidamento), oltre che il rispetto dei principi di economicità ed efficienza (richiedendo la preventiva valutazione di congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house* in caso di servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza). D. Gatttulli e P. Silvestri, in *L'Acquedotto "pubblico" pugliese nel Servizio Idrico Integrato,* Bari, Cacucci Editore, 2018, pp. 94.

Se poi raccordiamo l'art. 149 *bis* con la nuova versione dell'art. 154 del D.lgs. n. 152 del 2006, rivista all'esito della tornata referendaria del 2011, e dunque della abrogazione del divieto di inserire nella tariffa del servizio "l'adeguata remunerazione del capitale", ci rendiamo conto che è stato oramai superato il dogma della necessaria liberalizzazione dei servizi idrici, aprendo la strada ad una nuova pubblicizzazione degli stessi che meglio si adatta alla particolare natura *extra commercium*, della risorsa idrica. Difatti, il divieto di "un'adeguata remunerazione del capitale" ovvero di qualsiasi forma di utile della gestione del servizio idrico integrato equivale già di per sé ad escludere qualsivoglia partecipazione dei privati all'interno della compagine societaria.

La disciplina delle modalità di affidamento del servizio idrico integrato, dapprima con la Legge n. 36 del 1994 c.d. legge Galli e poi successivamente con il D.lgs. n. 152 del 2006 c.d. Codice dell'Ambiente, segue una evoluzione del tutto omologa a quella che ha investito l'ambito dei servizi pubblici in generale e di quelli locali (in particolare) per l'espresso rinvio materiale al Testo unico degli enti locali (prima L. n. 142 del 1990 e poi D.lgs. n. 267 del 2000) che le citate fonti facevano al riguardo[16].

Il filo conduttore del processo di riforma delle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali era quello di realizzare un assetto concorrenziale dei servizi e miglioramento della qualità dei medesimi.

Tutto questo fino al referendum del 2011 a seguito del quale si è assistito ad una forte attenuazione del *favour* nei confronti del ricorso al mercato per la gestione dei servizi pubblici e del servizio idrico integrato in particolare; si è cosi fatta strada (come abbiamo poc'anzi già avuto modo di constatare) l'ipotesi dell'affidamento diretto dei medesimi con l'unico limite del rispetto delle garanzie minime della concorrenza stabilite dal diritto dell'Unione Europea.

Nell'inerzia del legislatore, successivamente all'esito della tornata referendaria del 2011, il diritto dell'unione europea è divenuta la fonte principale in materia; non essendo di fatto possibile una reviviscenza delle norme abrogate da una legge a sua volta abrogata all'esito positivo di un referendum abrogativo ex art. 75 Cost. (rif. Corte cost. sent. n. 24 del 2011).

Questa impostazione è rimasta pressoché invariata a seguito dei successivi interventi del legislatore nazionale che hanno introdotto l'art. 149 *bis* del D.lgs. n. 152 del 2006 (rif. art. 7, comma 1, lett. d) del

[16] Rif. art. 150, comma 1, del D.lgs. n. 152 del 2006, (...) implicitamente abrogato per effetto del gioco di rinvii ad opera dell'art. 23 bis del D.L. n. 112 del 2008.

D.L. n. 133 del 2014 convertito con modificazioni dalla Legge n. 164 del 2014 e l'art. 1, comma 615, della L. n. 190 del 2014).

L'art. 149 *bis* del D.lgs. n. 152 del 2006, al comma 1, prescrive che *"L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto (...), delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica"*, gli affidamenti diretti, invece, possono *"avvenire a favore di società interamente pubbliche, in possesso dei requisiti prescritti dall'ordinamento europeo per la gestione in house, comunque partecipate dagli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale"*. Il rinvio contenuto nella disposizione in esame si giustifica ancora con l'assenza allo stato attuale di una compiuta "normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali".

Sez. III

Da quanto fin qui riportato si evince che l'ente gestore AQP SpA per poter operare deve rapportarsi, al pari di tutti gli altri, con normative di diritto interno tutte ispirate al recepimento dei principi di "tutela e promozione della concorrenza e del mercato".

È in questo complesso coacervo di norme che il Consiglio regionale della Puglia, in occasione dei lavori del Tavolo tecnico-politico istituito con D.G.R. della Puglia n. 370 del 21.03.2017 a seguito della Mozione del Consiglio regionale del 21.02.2017, si è cimentato per cercare di dare delle risposte che, a normativa vigente, potessero sembrare più coerenti al fine di poter immaginare un futuro di AQP S.p.A. - quale ente gestore del Servizio Idrico Integrato nell'ATO Puglia - anche oltre la data del 31.12.2018.

AQP SpA, quale gestore *ex lege* del Servizio idrico integrato in Puglia (rif. D.lgs. n. 141 del 1999), ha di recente ottenuto la proroga dell'affidamento del servizio idrico integrato nell'ATO Puglia fino al 31.12.2021 (rif. art. 1, comma 906, della Legge n. 205 del 2017).

Nell'attesa di poter vedere realizzato, prima della scadenza del nuovo termine, un più importante ed ambizioso progetto per AQP SpA, gli uffici tecnici del Consiglio regionale sono ritornati a ripensare al futuro di AQP in relazione alle proposte di riforma A.C. 52 e 773.

A prescindere dalla portata innovatrice di entrambe le proposte di legge preme in questa sede ribadire la natura speciale, rispetto agli altri enti gestori presenti sul mercato nazionale, dell'affidamento del servizio idrico integrato disposto in favore di AQP SpA; infatti il nostro legislatore disponendo la trasformazione dell'Ente Autonomo Acquedotto Pugliese (E.A.A.P.) in una società per azioni (rif. D.Lgs. n. 141 del 1999) nonché il trasferimento a quest'ultima delle relative funzioni e disponibilità delle reti, interrotto ogni tentativo di trasferimento a soci privati delle quote azionarie (rif. art. 7, comma 1, lett. d) del D.L. n. 133 del 2014 convertito con modificazioni dalla L. n. 164 del 2014) - motivo per cui la Regione Puglia è oggi titolare di tutte le quote di AQP Spa - non ha fatto altro che confermare nel tempo un dato di fatto, ovvero, il fallimento del mercato su questo territorio nonché l'impossibilità di poter trovare un diverso soggetto giuridico in grado di competere con la precedente amministrazione E.A.A.P. nella gestione del servizio idrico integrato su di un territorio così vasto e dalla configurazione geomorfologica ostile a qualsiasi forma naturale di raccolta delle acque e come tale privo di proprie risorse idriche naturali.

Tali circostanze, costituiscono le ragioni principali che hanno determinato, che determinano e che determineranno il costante e vitale approvvigionamento di acqua dalle regioni limitrofe (Basilicata, Campania e Molise) in favore della popolazione pugliese. Lo schema di approvvigionamento e grande vettoriamento interregionale gestito da AQP SpA, con sistemi ad uso plurimo posti a monte del sistema potabile, rappresenta infatti *un unicum* a livello nazionale.

Motivazioni queste che, in conformità delle disposizioni di diritto dell'Unione europea e previa valutazione del legislatore nazionale, potranno continuare ad essere una più che adeguata ragione per continuare a disporre con *legge* una proroga *ad libitum* dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato in favore di AQP SpA.

Riteniamo infatti che una corretta analisi di contesto, rappresenti un punto di forza ed un corretto criterio di valutazione della forma di gestione delle risorse idriche più adeguata, che vede le Regioni quali attori principali nel governo delle acque e quindi di riflesso della sostenibilità socio-economica nell'intera area di riferimento[17].

Non solo, quindi, trasformazione della personalità giuridica degli Enti gestori il proponente pensa anche al modo di fare cambiare loro l'attività! Difatti, il legislatore proponente A.C. 52 intende

[17] D. Gatttulli e P. Silvestri, in *L'Acquedotto "pubblico" pugliese nel Servizio Idrico Integrato,* Bari, Cacucci Editore, 2018, pp. 100.

nuovamente modificare l'articolo 147 del D.lgs. n. 152 del 2006, reintroducendo il principio della "unitarietà della gestione" in sostituzione del principio della "unicità della gestione" solo dopo pochi anni dalla sua modifica per effetto dell'art. 2, comma 13, del DL n. 133 del 2014 convertito con Legge n. 164 del 2014.

A tal proposito la Corte costituzionale con sentenza n. 307 del 2009, nell'analizzare il contesto normativo relativamente alla non separabilità tra gestione della rete ed erogazione del servizio idrico, ha sottolineato il valore sostanziale dell'unicità, rilevando che "indipendentemente da ogni considerazione sul valore semantico dei termini «unicità» ed «unitarietà» della gestione, è, infatti, evidente che parlare di «unitarietà», anziché di «unicità» delle gestioni, non vale a consentire l'opposto principio della separazione delle gestioni stesse. In altri termini, le due gestioni, quella delle reti e quella dell'erogazione, alla luce della sopravvenuta disciplina statale, potranno anche essere affidate entrambe a più soggetti coordinati e collegati fra loro, ma non potranno mai fare capo a due organizzazioni separate e distinte".

Tuttavia oggi apprendiamo che, nonostante i progetti di espansione di AQP SpA ma sopratutto della sua condizione speciale rispetto al mercato, il legislatore sta proponendo la decadenza di tutte le convenzioni (nessuna esclusa) per le quali sia stato stabilito un termine di scadenza oltre la data del 31.12.2020 (Rif. art. 10, comma5, della pdl A.C. 52) con grave danno e pregiudizio per gli investimenti chiesti ed ottenuti dagli operatori finanziari al fine di poter svolgere la propria attività in ottemperanza di un impegno precedentemente assunto e volto a garantire l'erogazione di un servizio strettamente connesso alla piena soddisfazione di un bisogno che è considerato primario per la collettività.

L'immediato effetto negativo che deriverebbe dall'applicazione diretta delle disposizioni ivi contenute è lo stato di incertezza giuridica in cui andranno a ricadere i rapporti tra le parti contraenti che, come è giusto che sia, auspicano di poter procedere secondo la naturale scadenza.

Tale circostanza, ci rende ancora più perplessi quando apprendiamo che per effetto di tale proposta legislativa <u>tutte</u> "le forme di gestione del servizio idrico integrato affidate a società a capitale interamente pubblico esistenti alla data di entrata in vigore della presente legge, se non decadute per

contratto, sono trasformate in aziende speciali o in enti di diritto pubblico entro un anno dalla medesima data di entrata in vigore" (rif. art. 10, comma 8, della pdl AC 52).

In assenza di una espressa e diversa previsione all'interno della proposta di legge che ragionevolmente riconosca una diversa disciplina per AQP SpA, dobbiamo presumere che il legislatore abbia inteso voler trasformare anche il nostro ente gestore in Azienda speciale o in ente di diritto pubblico.

Pertanto, salvo ogni tentativo di poter fare valere le proprie ragioni (qualora dovessero restare inascoltate) nelle sedi opportune, ci siamo interrogati sul "se" e "quali" vantaggi potrebbero derivare ad AQP SpA a seguito di una sua eventuale trasformazione; a tal fine, fatto salvo quanto ampiamente argomentato nelle Parte I della presente relazione, abbiamo ritenuto di dover rileggere l'art. 10, comma 8, in combinato disposto con l'art. 9, commi 1 e 2, della stessa proposta di legge A.C. 52.

All'esito di tale lettura abbiamo rilevato che:

a) allo stato attuale, la determinazione n. 2 del 2014 della Corte dei conti offre rilevanti chiarimenti in merito alla possibile trasformazione eterogenea di una società di capitali che gestisce un servizio pubblico in azienda speciale; tale trasformazione è infatti ritenuta compatibile sia con le norme civilistiche, trattandosi di organismi entrambi dotati di patrimonio separato a garanzia dei creditori, sia con le disposizioni pubblicistiche, intese a ricondurre tali organismi a un regime uniforme, quanto al rispetto dei vincoli di finanza pubblica.

   Sebbene giuridicamente possibile, la trasformazione di una società per azioni a totale partecipazione pubblica in una azienda speciale costituisce oggi per gli enti un'interessante opzione, che potrebbe essere valutata soprattutto per la gestione di servizi sociali, culturali ed educativi (ovvero per i servizi pubblici locali privi di rilevanza economica), ma non solo. Tuttavia vi è da chiedersi: come mai nel D.lgs. n. 267 del 2000 (c.d. Testo unico degli enti locali) l'art. 115 prevede solo il caso inverso, tacendo sulla fattispecie di cui oggi discutiamo?

   Ovviamente la scelta va adeguatamente motivata, tenuto conto della convenienza economica dell'operazione e di una valutazione prospettica, anche alla luce dell'art. 153 del Testo unico degli enti locali e sulla tenuta e sulla salvaguardia degli equilibri finanziari complessivi della gestione e dei vincoli di finanza pubblica.

La scelta, in merito all'individuazione del modello gestionale più idoneo è sempre ammessa, purché si dimostri che ne conseguiranno risultati migliori dal punto di vista dell'efficienza, efficacia ed economicità della gestione, oltre al mantenimento o implementazione della qualità dei servizi erogati[18].

Ciò posto, per le argomentazioni di cui sopra nonché espresse nella Parte I del presente documento, la trasformazione della società a totale partecipazione pubblica in azienda speciale potrà ritenersi possibile solo ove il riconoscimento del servizio idrico integrato quale servizio pubblico locale di interesse generale non economico non incontri alcuno ostacolo a livello europeo.

b) quanto poi alla possibile trasformazione in un "ente di diritto pubblico" - questa l'espressione utilizzata dal legislatore proponente - ci chiediamo a quale tipologia di ente di diritto pubblico il legislatore intenda riferirsi, considerato che la varietà tipologica di enti pubblici incidendo su più aspetti che vanno dalla struttura, ai poteri, alle funzioni e alle relazioni organizzative con lo Stato, ha vanificato ogni tentativo da parte della dottrina di individuare un elemento unitario e costante al quale collegare il carattere pubblico di tutti questi enti.

Alla radice di tale difficoltà vi è il più generale problema della evanescenza di una netta distinzione fra pubblico e privato, conseguente al mutato rapporto fra Stato e società; basti considerare il fatto che le società per azioni derivate dalla trasformazione dei precedenti enti pubblici conservano connotazioni proprie della loro originaria natura pubblicistica, come ad esempio quelle che si collegano all'assunzione della veste di concessionarie necessarie di tutte le attività in precedenza attribuite o riservate agli enti originari o che mantengono alle nuove società le attribuzioni in materia di dichiarazione di pubblica utilità e di necessità ed urgenza già spettanti agli stessi enti.

Per entrambe le soluzioni, si fa altresì presente come nulla sia stato disposto in merito a quelle che saranno le procedure da applicarsi in ordine al personale reclutato e in servizio presso AQP SPA e che ora si ipotizza dover fare transitare in un nuovo Ente con personalità giuridica di diritto pubblico; difatti, come è noto, non è possibile applicare il contratto di lavoro pubblico al personale con contratto di lavoro privato e non assunto a seguito di concorso pubblico.

---

[18] D. Gatttulli e P. Silvestri, in *L'Acquedotto "pubblico" pugliese nel Servizio Idrico Integrato,* Bari, Cacucci Editore, 2018, pp. 83-84.

Pur volendo superare i dubbi e le incertezze applicative poc'anzi rappresentate, accertato che è intenzione del legislatore proponente AC 52 non applicare a tali soggetti giuridici i principi alla base del diritto dell'Unione europea, viene spontaneo chiedersi se di fatto il futuro Ente gestore dell'Acquedotto pugliese - derivante dalla trasformazione ex art. 10, comma 8 della pdl AC 52- potrà mai continuare ad avvalersi, ed eventualmente in quale misura, degli aiuti di Stato ex art. 107 e 108 del TFUE dei quali attualmente si avvale per assolvere le proprie funzioni di pubblico interesse.

Lo stato di tensione politica riscontrato nei rapporti tra Stato e livello di governo sovranazionale, al momento non ci consentono di avanzare alcuna previsione ottimistica sul punto, riteniamo pertanto di dover ritenere tale trasformazione (in via generale) assolutamente sconveniente sia per quanto riguarda i generici e poco chiari aspetti di natura organizzativa ed economici sia per la necessità di dover continuare a salvaguardare la gestione dell'Acquedotto Pugliese con una normativa speciale che tenga conto delle condizioni di fatto e di diritto in cui opera AQP SpA.

Avv. Domenica Gattulli

Avv. Paola Silvestri