

## Forme di gestione del servizio idrico integrato tra tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni

*Commento alla sentenza Corte cost., 12 marzo 2015, n. 32*

di **Giorgia Crisafi** – Dottoranda di ricerca in “Diritto pubblico, comparato, internazionale” presso l’Università degli Studi di Roma “La Sapienza”

**SOMMARIO:** 1. Il caso della sentenza n. 32/2015: la vicenda processuale e la pronuncia del giudice costituzionale; 2. Le materie trasversali “tutela concorrenza” e “tutela dell’ambiente”; 3. La rilevanza economica dei servizi pubblici locali; 3.1 La governance dei servizi pubblici locali; 4. L’attrazione del servizio idrico integrato negli ambiti materiali della tutela della concorrenza e della tutela dell’ambiente; Quali spazi per la legge regionale? Riflessioni conclusive.

### *1. Il caso della sentenza n. 32/2015: la vicenda processuale e la pronuncia del giudice costituzionale*

Con la sentenza n. 32 del 12 marzo 2015 la Corte costituzionale ha nuovamente affrontato la questione del riparto di competenze normative tra Stato e Regioni in materia di forme di gestione del servizio idrico integrato. Si tratta di un tema che, soprattutto dalla riforma del Titolo V della Costituzione, ha particolarmente impegnato il Giudice delle leggi<sup>1</sup>.

Invero, quella del riparto di competenze tra Stato e Regioni è una questione che interessa più in generale l’intero settore dei servizi pubblici locali e che dipende, a ben vedere, dalla mancata menzione degli stessi negli elenchi di cui all’art. 117 Cost. Una simile assenza ha storicamente comportato il problema interpretativo consistente nell’individuare l’ambito di competenze legislative al quale i servizi pubblici locali vadano ascritti. E ciò, come vedremo nel prosieguo, implica una serie di valutazioni circa la natura e l’organizzazione del servizio pubblico che si considera.

Nel caso di specie, la Corte ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 10 della legge regionale Liguria n. 1/2014 poiché, ponendosi in contrasto con la norma interposta di cui all’art. 147 del d.lgs. n. 152/2006, invaderebbe le competenze legislative statali nelle materie “tutela della concorrenza” e “tutela dell’ambiente” di cui all’art. 117, secondo comma, lettere e) ed s), Cost.

La questione, proposta con ricorso del 28 aprile 2014 dal Presidente del Consiglio dei Ministri, ha investito la, già citata, norma regionale, la quale al comma 1 aveva disposto che “i comuni già

---

<sup>1</sup> La Corte si è occupata della tematica in oggetto, *ex plurimis*, nelle pronunce: Corte cost., sent. n. 246/2009; Corte cost., sent. n. 307/2009; Corte cost., sent. n. 325/2010; Corte cost., sent. n. 26/2011; Corte cost., sent. n. 187/2011; Corte cost., sent. n. 62/2012.

appartenenti alle comunità montane e con popolazione inferiore o uguale a tremila residenti, ferma restando la partecipazione all'ATO, hanno facoltà in forma singola o associata di gestire autonomamente l'intero servizio idrico integrato”.

La Corte ha reputato fondata la questione in quanto la norma regionale censurata sarebbe riconducibile all'ambito materiale relativo all'organizzazione territoriale del servizio idrico integrato<sup>2</sup>.

In particolare, il servizio, in quanto servizio pubblico di rilevanza economica<sup>3</sup>, rientrerebbe nella materia di competenza esclusiva statale della tutela della concorrenza, dal momento che forme di gestione e relative procedure di affidamento costituirebbero regole dirette ad assicurare la concorrenzialità nella gestione del servizio idrico integrato<sup>4</sup>.

Inoltre, l'affidamento della gestione del servizio atterrebbe, altresì, alla materia tutela dell'ambiente, parimenti riservata alla competenza legislativa esclusiva dello Stato<sup>5</sup>. Da ciò deriverebbe, come conseguenza di più immediato riscontro, che le competenze regionali in materia di servizio idrico integrato, così come, più in generale, in materia di servizi pubblici locali, debbano svolgersi “nell'alveo della ricostruita disciplina statale” e che “sono ammissibili effetti pro-concorrenziali degli interventi regionali nelle materie di competenza concorrente o residuale purché siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano o promuovono la concorrenza”<sup>6</sup>.

La Corte ha, poi, rilevato come a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 si sia prodotto l'effetto di escludere l'applicazione delle norme contenute nell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008 e si sia consentita, conseguentemente, l'applicazione diretta della normativa comunitaria conferente<sup>7</sup>, la quale, a parere della Consulta, consentirebbe, senza imporre, agli Stati membri di prevedere, in via di eccezione e per alcuni casi determinati, la gestione diretta del servizio pubblico da parte dell'ente locale<sup>8</sup>.

Inoltre, l'art. 113 del d.lgs n. 267 del 2000 indurrebbe a ritenere che i casi di affidamento *in house* debbano ritenersi eccezionali e tassativamente previsti<sup>9</sup>.

Tale conclusione, peraltro, si armonizzerebbe con l'ambito di competenza disegnato dal comma 186-*bis* dell'art. 2 della l. n. 191 del 2009, con il quale il legislatore statale ha consentito alla legge regionale unicamente di individuare gli enti successori delle soppresse Autorità d'ambito territoriale ottimale, ai quali spetta, invece, di deliberare circa la forma di gestione del servizio idrico integrato<sup>10</sup>.

Tutto ciò premesso, per la Consulta, nel caso in esame il legislatore regionale, esulando dall'ambito di competenza tracciato dal legislatore statale, avrebbe direttamente disposto in ordine ad una modalità di gestione del servizio idrico “escludendo che l'ente individuato dalla Regione come successore delle competenze dell'AATO deliberi le forme di gestione del servizio idrico

---

<sup>2</sup> Punto 5 del *considerato in diritto*.

<sup>3</sup> La Corte si era espressa in tal senso già nella citata sentenza n. 187/2011.

<sup>4</sup> Si veda in questi termini il punto 6.1 del *considerato in diritto*. Su tali rilievi già Corte cost., sent. n. 325/2010.

<sup>5</sup> Punto 6.1 del *considerato in diritto*.

<sup>6</sup> Punto 6.1 del *considerato in diritto*.

<sup>7</sup> Punto 6.2 del *considerato in diritto*.

<sup>8</sup> Punto 6.2 del *considerato in diritto*.

<sup>9</sup> Punto 6.3 del *considerato in diritto*.

<sup>10</sup> Punto 6.3 del *considerato in diritto*.

integrato e provveda all'aggiudicazione della gestione del servizio". Per tale ragione la norma censurata si porrebbe in contrasto con il principio di unitarietà e superamento della frammentazione verticale delle gestioni (di cui alla summenzionata norma interposta) e violerebbe, quindi, l'art. 117, secondo comma, lettere e) ed s), Cost.<sup>11</sup>

Inoltre, tale quadro non muterebbe "alla luce della disciplina introdotta dal decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133 (Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 11 novembre 2014, n. 164"<sup>12</sup>, che "fa salva l'ipotesi di adesione facoltativa alla gestione unica del SII prevista dall'art. 148, comma 5, del d.lgs. n. 152 del 2006, sostituito dall'art. 2, comma 14, del d.lgs. n. 4 del 2008, anch'esso modificato dal citato d.l. n. 133 del 2014, come convertito"<sup>13</sup>.

La Consulta ha, infatti, ritenuto che la norma censurata non fosse rispettosa dell'opzione derogatoria appena richiamata sia sotto il profilo dell'individuazione dei Comuni ai quali tale facoltà è concessa (in quanto, nella disposizione regionale, verrebbe ampliata la platea ai comuni con popolazione inferiore o uguale a tremila residenti a fronte dei Comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti previsti dal comma 5 dell'art. 148 e dal novellato comma 2-*bis* dell'art. 147 del d.lgs. n. 152 del 2006) sia per quanto concerne il previo consenso dell'Autorità d'ambito competente, previsto dalla legge statale<sup>14</sup>.

## 2. Le materie trasversali "tutela concorrenza" e "tutela dell'ambiente"

Come emerge da tali sintetiche premesse fattuali, la censura della norma regionale si basa essenzialmente sulla riconduzione della materia oggetto di regolamentazione alla aree, di competenza esclusiva statale, tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente, di cui rispettivamente alle lettere e) ed s) del secondo comma dell'art. 117, Cost.

Come è noto, quello della definizione delle materie rappresenta uno dei problemi centrali posti dall'art. 117 della Costituzione<sup>15</sup>, in quanto da esso dipende in buona sostanza il riparto della funzione legislativa tra lo Stato e le Regioni<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Punto 7.1 del *considerato in diritto*.

<sup>12</sup> Punto 8 del *considerato in diritto*.

<sup>13</sup> Punto 8 del *considerato in diritto*.

<sup>14</sup> Punto 8 del *considerato in diritto*.

<sup>15</sup> Sulla definizione delle materie di cui al secondo comma dell'art. 117, Cost., si vedano, *ex plurimis*: A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2003, pp. 15-23; P. CAVALERI, *La definizione delle materie di cui all'art. 117 della Costituzione*, in R. TARCHI (a cura di), *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 27-44; V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, in *Le Regioni*, n. 1, 2007, pp. 11-26; P. MADDALENA, *Come si determina la materia di cui all'art. 117 Cost.*, in *Giur. Cost.*, n. 4, 2010, pp. 3621-3626; F. BENELLI, *La costruzione delle materie e le materie esclusive statali*, in *Le Regioni*, n. 2/3, 2011, pp. 251-285.

<sup>16</sup> Come rileva A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, cit., p. 15, secondo il quale, testualmente, "la centralità dell'elencazione delle materie legislative nell'architettura generale della riforma non può sfuggire. Infatti, proprio agli elenchi in cui trova espressione è, in massima parte, rimessa la funzione di individuare il punto di equilibrio tra le ragioni dell'unità e quelle dell'autonomia: tra gli interessi unitari ed infrazionabili (il cui soddisfacimento richiede l'intervento del legislatore statale) e le esigenze di differenziazione (che chiamano in causa i legislatori periferici)". Ciò dipende dal fatto che, come rileva P. CAVALERI, *La definizione delle materie di cui all'art.*

Con specifico riguardo al tema delle c.d. “materie nominate” (quelle di potestà esclusiva statale e di potestà concorrente), ci si trova, poi, (e qui il ruolo della Corte costituzionale è stato storicamente pregnante) di fronte al problema dell'interpretazione di formule, spesso, imprecise. Parrebbe, infatti, che le disposizioni in tema di riparto delle competenze legislative si prestino, più di altre disposizioni costituzionali, a diverse interpretazioni ed applicazioni<sup>17</sup>.

Il discorso sembra valere, *a fortiori*, per materie che, come quelle chiamate in causa nella sentenza in commento (tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente), sono state definite, nel dibattito dottrinale misuratosi sulla questione dell'interpretazione dell'elenco di cui all'art. 117, Cost., in termini di competenza ovvero finalità trasversale rispetto a tutti i settori della vita economica<sup>18</sup>. Più precisamente, si tratterebbe di una competenza legislativa costruita “finalisticamente [...] in funzione del fine e non dell'ambito di incidenza”<sup>19</sup>, come tale “idonea ad investire tutte le materie, rispetto alle quali il legislatore stesso deve poter porre le norme necessarie per assicurare [...]”<sup>20</sup> il fine di volta in volta in rilievo.

---

117 della Costituzione, cit., p. 27, la formulazione dell'art. 117 a seguito della riforma del Titolo V “richiede di individuare il contenuto non solo di materie 'nominate' (quelle di potestà esclusiva statale e di potestà concorrente), ma anche di materie 'innominate' (quelle di competenza generale-residuale delle regioni)”.

<sup>17</sup> Su tali rilievi V. ONIDA, *Il giudice costituzionale e i conflitti tra legislatori locali e centrali*, cit., p. 21, secondo il quale “nel risolvere controversie sulla competenza la giurisprudenza si trova a operare spesso sulla base di parametri relativamente indeterminati. Vero è che quasi tutte le disposizioni costituzionali, data la loro natura e la loro funzione, sono caratterizzate da un certo grado di 'elasticità', nel senso che si prestano a essere interpretate e 'riempite' in modi diversi, anche in relazione agli sviluppi dell'ordinamento e ai mutamenti che intervengono nella coscienza sociale. Tuttavia, in generale, può affermarsi probabilmente che le disposizioni che dettano i criteri di riparto delle competenze (fra organi centrali ed enti autonomi, per quanto qui interessa) presentano spesso margini più ampi per diverse interpretazioni e applicazioni, nonché per variazioni di queste nel tempo, rispetto alle disposizioni riguardanti, ad esempio, il contenuto e le garanzie dei diritti fondamentali, pur essendo formulate in termini altrettanto e talora anche più dettagliati”. Ciò non dipenderebbe solo dall'impiego frequente di clausole generali a contenuto relativamente indeterminato. L'uso di clausole generali è, infatti, “ben presente anche nelle disposizioni costituzionali che definiscono il contenuto e i limiti dei diritti. Ma si può forse dire che le norme sul riparto di competenze si prestano di più a essere variamente apprezzate e applicate in diverse circostanze, in quanto esprimono scelte meno essenziali e più contingenti, meno gravide di conseguenze per l'intero ordinamento, che non quelle che stanno a base della disciplina dei diritti; e dunque le Corti possono più facilmente modificare il modo in cui le applicano, o accettarne usi diversi da parte dei legislatori, senza incidere sul 'nocciolo duro' della propria giurisprudenza sulla costituzionalità delle leggi”.

<sup>18</sup> In questi termini L. ELIA nel corso dell'indagine conoscitiva sugli effetti nell'ordinamento delle revisioni del titolo V della parte II della Costituzione, I Commissione permanente del Senato – Affari costituzionali, in occasione dell'audizione del 23 ottobre 2001. Sulle competenze trasversali si rimanda, *ex plurimis*, a: A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, cit.; G. SCACCA, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in *Dir. Pubbl.*, n. 2, 2004, pp. 461 e ss.; F. BENELLI, *La “smaterializzazione delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, cap. III, Giuffrè, Milano, 2006; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *Diritto regionale*, cap. III, Giappichelli, Torino, 2012; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cap. X, Giappichelli, Torino, 2014.

<sup>19</sup> L'espressione è di A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, cit., p. 22.

<sup>20</sup> L'espressione è testualmente mutuata dalla sentenza n. 282/2002, con la quale la Consulta, in riferimento alla clausola dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, ha aderito all'opinione dottrinale dell'esistenza di competenze finalistiche trasversali, tra quelle attribuite al legislatore statale. La Corte ha, poi, parlato di materia “trasversale” con riguardo alla materia tutela dell'ambiente nella sentenza n. 407/2002, con la quale ha dichiarato che “non tutti gli ambiti materiali specificati nel secondo comma dell'art. 117 possono, in quanto tali, configurarsi come 'materie' in senso stretto, poiché, in alcuni casi, si tratta più esattamente di competenze del legislatore statale idonee ad investire una pluralità di materie (cfr. sentenza n. 282 del 2002). In questo senso l'evoluzione legislativa e la giurisprudenza costituzionale portano ad escludere che possa identificarsi una 'materia' in senso tecnico, qualificabile come 'tutela dell'ambiente', dal momento che non sembra configurabile come sfera di competenza statale

In altri termini, l'ambito di intervento del legislatore statale non sarebbe oggettivamente predeterminato ma potenzialmente idoneo ad abbracciare un vasto ambito materiale<sup>21</sup>.

Per tali ragioni sinteticamente richiamate, nel prosieguo del commento l'attenzione si concentrerà sulla riconduzione dell'aspetto propriamente gestorio del servizio idrico integrato agli ambiti materiali suindicati, con particolare riguardo alla materia tutela della concorrenza. Infatti, la collocazione sistematica del settore che si considera nell'ambito della lett. e) del secondo comma dell'art. 117, Cost., richiede lo svolgimento di alcune riflessioni circa il carattere economico del servizio in parola.

### 3. La rilevanza economica dei servizi pubblici locali

Ebbene, come si accennava, relativamente alla materia tutela della concorrenza, la questione del riparto di competenze tra Stato e regioni in tema di servizi pubblici passa attraverso la determinazione della rilevanza economica dei medesimi, ovvero, in altri termini, la qualificazione degli stessi come servizi pubblici di rilevanza economica.

In materia di servizio idrico integrato tale opzione ha suscitato non poche perplessità<sup>22</sup>. La centralità del problema diviene visibile laddove si consideri che a livello comunitario, la Direttiva 2000/60/UE non obbliga gli Stati membri ad attribuire rilevanza economica ai servizi idrici. Una simile opzione viene, pertanto, attribuita agli ordinamenti statali<sup>23</sup>.

In questa direzione, come è noto, a livello nazionale la rilevanza economica di un servizio pubblico emerge, non già in ragione dell'oggetto dell'attività affidata al gestore, o della finalità sociale che alla medesima attività si ritiene di attribuire, bensì alle modalità scelte per l'organizzazione del servizio, laddove queste siano, almeno astrattamente, idonee a fornire degli utili di gestione, un lucro, quindi, “in senso oggettivo, a prescindere dal perseguimento da parte del gestore di un fine di lucro in senso soggettivo”<sup>24</sup>.

Detto altrimenti, come più volte ribadito dalla giurisprudenza amministrativa, “[...] la distinzione in questione [tra servizi pubblici locali di rilevanza economica e servizi pubblici locali privi di rilevanza economica] è legata all'impatto che il servizio può avere sull'assetto della concorrenza ed ai suoi caratteri di redditività; pertanto, deve ritenersi a rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste una redditività (almeno potenziale) e quindi

---

rigorosamente circoscritta e delimitata, giacché, al contrario, essa investe e si intreccia inestricabilmente con altri interessi e competenze. In particolare, dalla giurisprudenza della Corte antecedente alla nuova formulazione del Titolo V della Costituzione è agevole ricavare una configurazione dell'ambiente come 'valore' costituzionalmente protetto, che, in quanto tale, delinea una sorta di materia 'trasversale', in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale”.

<sup>21</sup> Su tali riflessioni si rimanda, ancora, a A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, cit., p. 22, secondo il quale tali sfere di competenza “[...] si presentano come *competenze senza oggetto*: chiamate a definire se stesse (o, più esattamente, il rispettivo ambito di incidenza), mediante il proprio esercizio. Per questa ragione, gli atti adottati sulla loro base possono legittimamente incidere su oggetti disparati (assoggettati ad eterogenei regimi competenziali)”.

<sup>22</sup> Come rileva L. MUZI, *Il riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di servizio idrico integrato*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2012, p. 1.

<sup>23</sup> Cfr. L. MUZI, *Il riparto di competenze tra Stato e regioni in materia di servizio idrico integrato*, cit., p. 1.

<sup>24</sup> Questi i rilievi di E. STICCHI DAMIANI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1, 2010, p. 150, il quale, a proposito della determinazione della rilevanza economica di un servizio pubblico, parla testualmente di “parametro organizzativo”.

una competizione sul mercato; può invece ritenersi privo di tale rilevanza quello che, per sua natura o per i vincoli ai quali è sottoposta la relativa gestione, non dà luogo ad alcuna competizione (per il mercato, ovvero sul mercato) e quindi appare irrilevante ai fini della concorrenza”<sup>25</sup>.

L'economicità, pertanto, “[...] non è un *prìus* del servizio, bensì una conseguenza di una determinata organizzazione compiuta dagli Stati [...]”<sup>26</sup>.

Da quanto poc'anzi rilevato deriva che una corretta qualificazione del servizio idrico integrato in termini di servizio di rilevanza economica passa necessariamente attraverso una, seppur succinta data la sede, ricostruzione dell'evoluzione normativa che ha interessato il settore e degli esiti ai quali una simile evoluzione abbia portato da un punto di vista organizzativo.

### 3.1 La governance dei servizi pubblici locali

Un simile approfondimento non può, però, prescindere dalla progressiva evoluzione che, in particolare negli ultimi anni, ha subito il generale ambito dei servizi pubblici locali<sup>27</sup>. Di conseguenza, è proprio da tale ambito che conviene prendere le mosse.

Per limitarci ai tempi più recenti, è utile osservare come soprattutto dagli anni novanta del secolo scorso la disciplina dei servizi pubblici locali sia stata oggetto di un processo di riforma “esteso anche se ondivago”<sup>28</sup>.

Nel 1990, con l'adozione della l. n. 142/1990 sull'ordinamento degli enti locali è stata introdotta, all'art. 22, per la prima volta la possibilità di affidare i servizi pubblici locali a società per azioni con prevalente partecipazione pubblica. Si è trattato del primo ingresso, dalla legge sulla

<sup>25</sup> Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527. Ma si veda, altresì, in tal senso, *ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. VI, 25 novembre 2008, n. 5781; Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2006, n. 5072; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 2 agosto 2005, n. 1729.

<sup>26</sup> Su tali rilievi E. STICCHI DAMIANI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in tema di servizio idrico integrato*, cit., p. 151. Si rammenta, peraltro, che secondo la c.d. lettura oggettiva, messa a punto dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 325/2010, la nozione di rilevanza economica di un servizio pubblico, coincidente con quella comunitaria di interesse economico generale, avrebbe carattere oggettivo ed individuabile *ex ante*. Più precisamente, l'economicità dell'interesse non dovrebbe essere determinata *ex post* “a seguito di una scelta discrezionale dell'ente locale competente circa le modalità di gestione del servizio. Al contrario, 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”. Per un commento della citata sentenza si rimanda a: A. LUCARELLI, *Prmissime considerazioni a margine della sentenza n. 325/2010*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011; F. COSTANTINO, *Servizi locali e concorrenza, a proposito della sent. n. 325 del 2010*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011.

<sup>27</sup> Sul servizio pubblico in genere, *ex multis*: U. POTOTSCHNIG, *I pubblici servizi*, Cedam, Padova, 1964; F. MERUSI, *Servizio pubblico*, in *Nov. dig. it.*, 1970; G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Il Mulino, Bologna, 2005. Sull'evoluzione normativa in tema di gestione dei servizi pubblici locali si vedano, *ex plurimis*: F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, n. 3, 2010, pp. 339 e ss.; F. STADERINI, P. CARETTI, P. MILAZZO, *Diritto degli enti locali*, cap. X, Cedam, Padova, 2011; C. VOLPE, *Il lungo e ininterrotto percorso di assestamento della disciplina dei servizi pubblici locali*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), 2013; E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, e degli sviluppi successivi*, in AA. VV., *Studi in onore di Claudio Rossano*, Jovene, Napoli, 2013, vol. IV, pp. 2073 e ss.

<sup>28</sup> In questi termini P. RUBINO, *L'evoluzione dell'esperienza economica dei servizi pubblici locali*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *I servizi pubblici locali*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 21 e ss.

municipalizzazione dei servizi pubblici locali del 1903, dei privati nella gestione del servizio pubblico.

A pochi anni di distanza, l'art. 12 della l. n. 498/1992 ha introdotto, poi, la possibilità di ricorrere allo strumento della società per azioni a partecipazione pubblica non maggioritaria.

Negli anni duemila il percorso di coinvolgimento del privato nella gestione del servizio pubblico ha assunto una carica ancora più decisa. Nel 2001, l'art. 35 della l. n. 448/2001 (legge finanziaria per il 2002) ha riscritto completamente l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 recante il Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli Enti Locali (TUEL), nel quale nel frattempo era confluito il sopracitato art. 22 della l. n. 142/1990.

In questo contesto è emersa la distinzione tra servizi a rilevanza industriale e servizi privi di rilevanza industriale. La norma citata, infatti, ha previsto: l'affidamento a società di capitali previo espletamento di gare con procedure di evidenza pubblica per i primi; la possibilità di affidamento diretto in favore di istituzioni, aziende speciali, società di capitali costituite o partecipate da enti locali per i secondi<sup>29</sup>. Per i servizi a rilevanza industriale sono state cancellate sia le gestioni in economia che tramite aziende speciali, con trasformazione di queste ultime in società per azioni.

Il quinto comma dell'art. 35 ha dettato, inoltre, una norma specifica sul servizio idrico: questo è stato fatto rientrare nella categoria dei servizi a rilevanza industriale, fatte salve le specificità delle discipline settoriali. Pertanto<sup>30</sup>, esclusa già dal 1994 la gestione del servizio in economia o mediante istituzione, come alternativa al conferimento a società di capitali scelte mediante gara ad evidenza pubblica, è stato ammesso anche il conferimento senza gara a società di capitali partecipate dagli enti locali appartenenti al medesimo ambito territoriale ottimale, a condizione che questi cedessero il 40% delle proprie quote ai privati.

Nel medesimo contesto temporale, l'ordinamento comunitario ha modificato lo scenario appena descritto. Infatti, “nella necessità di porre fine ad alcune procedure di infrazione comunitaria è stato confermato il modello delle società, ma consentito altresì anche il ricorso a società interamente pubbliche”. Si è affermata così “[...] la configurazione di due strumenti alternativi alla gara adottabili per la gestione dei servizi di rilevanza economica (la cui categoria sostituisce quella della rilevanza industriale)”. È stato, infatti, ammesso “[...] l'affidamento diretto in deroga al generale meccanismo della gara: a società a capitale misto pubblico privato, purché il socio privato [venisse] scelto mediante gara con procedura ad evidenza pubblica; a società a capitale interamente pubblico, a condizione che gli enti pubblici partecipanti [esercitassero] sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società [realizzasse] la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici [di riferimento] (c.d. *in house providing*)”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Per una ricognizione della riforma dell'art. 113 del TUEL si veda L. R. PERFETTI, *I servizi pubblici locali. La riforma del settore operata dall'art. 35 della legge n. 448 del 2001 ed i possibili profili evolutivi*, in *Dir. Amm.*, 2002, pp. 575 e ss.

<sup>30</sup> Come rilevano M. P. CHITI, *Le forme di gestione del servizio idrico integrato dopo la finanziaria del 2002*, in *Urb. App.*, 2002, pp. 377 e ss, e F. COSTANTINO, *La guerra dell'acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2011, p. 4.

<sup>31</sup> Su tali rilievi F. COSTANTINO, *La guerra dell'acqua. Dalla proprietà del bene alla gestione del servizio*, cit., p. 4, il quale non omette di considerare come tale possibilità sia stata espressamente prevista dall'art. 14 del d.l. n. 269 del 30 settembre 2003, convertito in legge n. 326 del 24 novembre 2003, c.d. “Lodo Buttiglione”, di modifica dell'art. 113 del TUEL e come in tale articolo i servizi idrici vengano espressamente ricompresi nella categoria dei servizi di rilevanza economica e, quindi, soggetti ad una delle tre forme di gestione previste dall'art. 113 del TUEL. Sull'istituto dell'*in house providing* si rinvia a C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed*

Tale equilibrio è stato nuovamente ribaltato nel 2008, con l'adozione dell'art. 23-*bis* del d.l. n. 112/2008, c.d. decreto Ronchi. La norma ha introdotto un criterio preferenziale per il coinvolgimento dei privati nella gestione dei servizi pubblici locali, con contestuale collocazione della forma di affidamento *in house* in una posizione marginale. Questa, più precisamente, è divenuta una soluzione eccezionale da utilizzare, esclusivamente, nelle situazioni in cui “peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettono un efficace e utile ricorso al mercato”. In simili circostanze, tuttavia, l'ente affidante aveva comunque l'obbligo di motivare la propria scelta “in base ad un'analisi del mercato” e, in ogni caso, di “trasmettere una relazione contenente gli esiti della predetta verifica all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'espressione di un parere preventivo, da rendere entro sessanta giorni dalla ricezione della predetta relazione”.

Di contro, per regola generale, il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali doveva avvenire o a favore di privati individuati mediante procedure ad evidenza pubblica, espletate nel rispetto della normativa europea e dei principi in materia di contratti pubblici, o a favore di società a partecipazione mista pubblico-privata (a condizione che la quota di partecipazione del privato non fosse inferiore al 40%), purché il socio privato venisse scelto attraverso l'espletamento di procedure ad evidenza pubblica con il “doppio oggetto” dell'attribuzione della qualità di socio e di specifici compiti di gestione del servizio.

La normativa succintamente esaminata è stata successivamente, come è noto, oggetto del *referendum* abrogativo del 12 e 13 giugno 2011. Con l'espressione favorevole del corpo elettorale per l'abrogazione della norma, si è prodotto il ripristino della situazione antecedente l'intervento legislativo e, cioè, l'assenza di indicazioni normative relative alla preferenza di un modello nella gestione del servizio pubblico locale.

Tale vuoto normativo è stato, però, presto colmato dal legislatore nazionale con l'adozione dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011. Si è trattato di un provvedimento la cui *ratio* ispiratrice è stata “non più soltanto la privatizzazione dei servizi in parola, ma anche (e principalmente) la loro liberalizzazione”. Non ci si è più, infatti, limitati “ad indicare la preferenza per il ricorso al mercato al fine della scelta dei soggetti cui affidare i servizi” ma è stata imposta una preliminare “verifica sui presupposti” circa “la realizzabilità di 'una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica’”<sup>32</sup>. Tale disciplina, inoltre, ha escluso radicalmente la possibilità di ricorrere allo strumento dell'affidamento *in house* per tutti i servizi di valore economico superiore ai 200.000 euro annui<sup>33</sup>.

Tale evidente rigidità ha condotto la Consulta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011. Più precisamente, nella sentenza n. 199/2012, “la Corte nel dichiarare la

---

*evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 3, 2014.

<sup>32</sup> In questi termini M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2013, p. 11.

<sup>33</sup> Per un'analisi dell'art. 4 del d.l. n. 138/2011 si rimanda a E. FURNO, *La never ending story dei servizi pubblici locali di rilevanza economica tra aspirazioni concorrenziali ed esigenze sociali: linee di tendenza e problematiche aperte alla luce del d.l. n. 138/2011, convertito nella l. n. 148/2011, e degli sviluppi successivi*, cit., pp. 2093 e ss, il quale a proposito della disciplina introdotta parla testualmente di “restaurazione” legislativa, osservando come “il legislatore, nel riproporre in larga misura lo schema normativo già oggetto dell'abrogazione referendaria, abbia inteso 'restaurare' l'*ancien régime* travolto dal voto popolare, in modo da ripristinare la previgente disciplina organica della materia, che prevedeva una liberalizzazione, spinta in molti settori dei servizi pubblici locali ben oltre il contenuto delle discipline comunitarie”.

illegittimità costituzionale dell'art. 4, non si è limitata al rilievo, peraltro facile e in qualche modo scontato della violazione dell'art. 75 Cost., trattandosi di disciplina adottata in violazione del divieto di ripristino della normativa abrogata dalla volontà popolare (trattandosi come s'è detto di una disciplina del tutto simile a quella abrogata con il *referendum*); ma è entrata nel merito, se così può dirsi, in ordine all'intento riformatore perseguito dalla legge (la *ratio*), come quello avente ad oggetto, e sul piano transitorio e sul piano a regime, il drastico contenimento e per molti aspetti la soppressione, delle gestioni pubbliche, contrastante in quanto tale con la volontà referendaria<sup>34</sup>.

Secondo la Corte, testualmente, la normativa di cui all'art. 4 “detta una nuova disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, che non solo è contraddistinta dalla medesima *ratio* di quella abrogata, in quanto opera una drastica riduzione delle ipotesi di affidamenti *in house*, al di là di quanto prescritto dalla normativa comunitaria, ma è anche letteralmente riproduttiva, in buona parte, di svariate disposizioni dell'abrogato art. 23-*bis* e di molte disposizioni del regolamento attuativo del medesimo art. 23-*bis* contenuto nel d.p.r n. 168 del 2010<sup>35</sup>. Detta disciplina, infatti, “da un lato, rende ancor più remota l'ipotesi dell'affidamento diretto dei servizi [...] analogamente a quanto disposto dall'art. 23-*bis* (comma 3) del d.l. n. 112 del 2008, ma la àncora anche al rispetto di una soglia commisurata al valore dei servizi stessi, il superamento della quale [...] determina automaticamente l'esclusione della possibilità di affidamenti diretti”<sup>36</sup>.

Ebbene, tale decisione ha lasciato il settore dei servizi pubblici locali privi di una “disciplina specificamente rivolta ad orientare le scelte delle amministrazioni pubbliche locali”<sup>37</sup>.

Per quel che riguarda, invece, la disciplina settoriale sui servizi idrici<sup>38</sup>, questi, come noto, sono stati oggetto di una riorganizzazione fortemente innovativa attuata con la legge n. 36 del 1994 (c.d. “Legge Galli”). In particolare i principi cardine della riforma “possono essere sinteticamente individuati: a) nella integrazione delle varie fasi del ciclo delle acque (servizi di acquedotto, fognatura e depurazione) mediante l'introduzione della nozione unitaria di servizio idrico integrato; b) nella riduzione del numero delle gestioni, attuata mediante la creazione di un nuovo livello

<sup>34</sup> Su tali rilievi V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 2900. Sulla sentenza della Corte costituzionale n. 199 del 2012 si rimanda, inoltre, *ex plurimis*, a: D. BALDAZZI, *La sentenza n. 199 del 2012: tra intento del Comitato promotore e tutela della volontà referendaria*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2012, pp. 871 e ss; P. SABBIONI, *La sentenza n. 199 del 2012: una sentenza coraggiosa, forse troppo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2012, pp. 874 e ss; A. LUCARELLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012 e la questione dell'inapplicabilità del patto di stabilità interno alle s.p.a. in house ed alle aziende speciali*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2012; R. DICKMANN, *La Corte conferma il divieto di ripristino della legislazione abrogata con referendum*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2012.

<sup>35</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 199/2012, punto 5.2.1 del *considerato in diritto*.

<sup>36</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 199/2012, punto 5.2.1 del *considerato in diritto*.

<sup>37</sup> M. MENGOZZI, *Sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012: un rapporto difficile ma non impossibile*, cit., p. 13.

<sup>38</sup> Sul servizio idrico integrato si vedano, *ex plurimis*: M. LOVISETTI, *I servizi idrici-Distribuzione, raccolta e depurazione delle acque*, Giappichelli, Torino, 1997; G. PASQUINI, *La concorrenza nel servizio idrico integrato*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2001, pp. 1235 e ss; A. FIORITTO, *I servizi idrici*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, Giuffrè, Milano, 2003, vol. III, pp. 2520 e ss.; E. LEONETTI, *La disciplina del servizio idrico integrato: un quadro di sintesi*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, n. 1, 2010, pp. 90 e ss; A. BOTTASSO, M. CONTI, *La governance del settore idrico italiano e le recenti riforme dei servizi pubblici locali: tanto rumore per nulla?*, in *Economia dei Servizi*, n. 2, 2011, pp. 161 e ss; E. Furno, *La determinazione della tariffa del servizio idrico integrato al vaglio della Consulta tra tutela dell'ambiente e tutela della concorrenza (commento a Corte costituzionale n. 67 del 12 aprile 2013)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013.

amministrativo (l'ambito territoriale ottimale con la sua Autorità), quale nuovo riferimento territoriale per la gestione del servizio idrico”<sup>39</sup>.

Tale disciplina è, poi, confluita nel d.lgs. n. 152/2006 (c.d. Codice dell'Ambiente), il quale “ha confermato l'impianto della Legge Galli, introducendo al contempo rilevanti elementi di novità, quali ad esempio il potenziamento del ruolo dell'Autorità d'Ambito (anche mediante il riconoscimento della personalità giuridica) ed il ridimensionamento dei poteri degli enti locali”, i quali sono stati “abilitati a svolgere le loro funzioni non direttamente ma solo per il tramite delle autorità d'ambito”<sup>40</sup>.

Da un punto di vista prettamente amministrativo, è utile osservare come il Codice dell'Ambiente abbia previsto la possibilità per le Regioni di “modificare le delimitazioni degli ambiti territoriali ottimali per migliorare la gestione del servizio idrico integrato, assicurandone comunque lo svolgimento secondo criteri di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto, in particolare, dei seguenti principi: a) unità del bacino idrografico o del sub-bacino o dei bacini idrografici contigui, tenuto conto dei piani di bacino, nonché della localizzazione delle risorse e dei loro vincoli di destinazione, anche derivanti da consuetudine, in favore dei centri abitati interessati; b) unitarietà della gestione e, comunque, superamento della frammentazione verticale delle gestioni; c) adeguatezza delle dimensioni gestionali, definita sulla base di parametri fisici, demografici, tecnici”<sup>41</sup>. Inoltre, il Codice ha attribuito alle Autorità d'Ambito i compiti, tra gli altri, di predisposizione ed aggiornamento del piano d'ambito<sup>42</sup>, selezione del soggetto cui affidare la gestione del servizio<sup>43</sup>, predisposizione della convenzione di gestione da stipulare con il gestore<sup>44</sup>, funzioni di controllo del gestore<sup>45</sup>.

Infine, l'art. 2, comma 186-*bis*, della l. n. 191/2009 ha soppresso le Autorità d'ambito territoriale e previsto che le Regioni individuino enti o organi cui attribuirne le relative funzioni.

Da un punto di vista organizzativo-gestorio, com'è evidente, il servizio idrico integrato segue le sorti del generale settore dei servizi pubblici locali. Ne deriva che, nel tentativo di inquadrare l'attuale sistema di *governance* del servizio, diviene obbligatorio riferirsi indistintamente alla summenzionata categoria dei servizi pubblici locali.

In particolare, occorre domandarsi quale debba essere considerata la disciplina generale in tema di gestione del servizio pubblico locale una volta scomparsi dal nostro ordinamento giuridico i criteri legislativi poc'anzi richiamati. In questo senso, è stato autorevolmente osservato come la disciplina generale debba essere ricostruita “sulla base dei principi europei e di qualche norma sparsa restata in vita o successivamente introdotta a livello nazionale”<sup>46</sup>. Più nel dettaglio, “le gestioni pubbliche dei servizi attraverso società *in house* con diritti di esclusiva, sono consentite a regime senza limitazioni né di durata né di oggetto, e sono consentite mediante affidamenti diretti da parte dell'ente locale”. Pertanto, sul punto parrebbe che la normativa abrogata debba considerarsi decisamente superata. Tuttavia, come non si manca di rilevare, “in ordine all'utilizzo da parte degli enti locali delle gestioni *in house* con diritti di esclusiva, opera il limite stabilito dall'art. 106 del

<sup>39</sup> In questi termini E. LEONETTI, *La disciplina del servizio idrico integrato: un quadro di sintesi*, cit., p. 90.

<sup>40</sup> E. LEONETTI, *La disciplina del servizio idrico integrato: un quadro di sintesi*, cit., p. 91.

<sup>41</sup> Cfr. art. 147, comma 2, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>42</sup> Di cui all'art. 149, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>43</sup> Di cui all'art. 150, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>44</sup> Di cui all'art. 151, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>45</sup> Di cui all'art. 152, d.lgs. n. 152/2006.

<sup>46</sup> V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, cit., p. 2906.

Trattato”. Ciò significa che “l'esclusività della gestione (l'essere la gestione stessa attribuita in via esclusiva alla società *in house* con deroga alle regole di concorrenza stabilite dal Trattato, sia nel mercato per l'esclusività della gestione, sia per il mercato dato il carattere diretto dell'affidamento) è consentita soltanto laddove si dimostri che l'applicazione di queste regole nel concreto, 'osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione' affidata all'ente; come responsabile del servizio nei confronti dell'utenza, ed esercitata attraverso la società”<sup>47</sup>. In definitiva, sembrerebbe che l'affidamento del servizio secondo procedure competitive di evidenza pubblica, sia l'ordinario e privilegiato schema alla stregua dell'ordinamento, mentre l'alternativo criterio dell'affidamento diretto a società *in house*, parrebbe configurarsi in termini di eccezionalità rispetto ai principi comunitari, “la cui ammissibilità deve essere vagliata caso per caso, nel merito”<sup>48</sup>.

Con riguardo, poi, allo specifico settore del servizio idrico, pare possibile affermare “che siano senz'altro riaperte le strade che conducono a possibilità di autoproduzione del servizio da parte dell'ente locale che è titolare della relativa funzione. Ciò vale a dire che si consentono anche forme dirette di gestione del servizio pubblico, ad esempio avvalendosi di una soluzione organizzativa che sembrava ormai definitivamente abbandonata, quale quella delle aziende speciali”<sup>49</sup>.

Infatti, nella sentenza n. 62/2012, la Corte costituzionale, giudicando un caso per certi versi simile a quello in esame, ha censurato la legge regionale Puglia n. 11/2011, non già per la previsione di una gestione diretta del servizio idrico da parte dell'ente locale, ma per avere la legge medesima (e in ciò si annida l'analogia con il caso di specie) attribuito direttamente la gestione all'Azienda pubblica regionale “Acquedotto pugliese”, sostituendosi alla decisione che in tal senso sarebbe dovuta provenire esclusivamente dall'ente competente.

#### *4. L'attrazione del servizio idrico integrato negli ambiti materiali della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente*

Da quanto appena messo in luce deriva, all'evidenza, che il servizio idrico integrato costituisce un settore, almeno potenzialmente, aperto al mercato. Anzi, e più precisamente, si tratta di un settore che per regola generale dovrebbe essere organizzato secondo gli schemi della concorrenzialità.

Pare possibile, conseguentemente, affermare la rilevanza economica del servizio considerato, nell'applicazione dei summenzionati criteri, di utilizzo ormai comune nella giurisprudenza amministrativa, secondo i quali “deve ritenersi a rilevanza economica il servizio che si innesta in un settore per il quale esiste una redditività (almeno potenziale) e quindi una competizione sul mercato”<sup>50</sup>. Il che sembrerebbe significare, a rigore, che il profilo gestorio-amministrativo del servizio in parola trovi la sua naturale collocazione all'interno della clausola “tutela della

<sup>47</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, cit., p. 2906, il quale non manca di osservare che nel dettaglio la norma di cui all'art. 106 del TFUE, correttamente intesa, impone “che nei diversi casi di affidamento diretto a società *in house* l'ente locale debba giustificare la scelta dimostrando che in quel determinato settore l'applicazione delle regole di concorrenza (nel mercato) sarebbe stato un ostacolo alla missione perseguita attraverso il servizio e che l'affidamento diretto, in deroga alle regole della concorrenza (per il mercato) trovi a sua volta specifiche motivazioni”.

<sup>48</sup> Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Servizi pubblici locali: un settore a disciplina generale di fonte europea*, cit., p. 2906.

<sup>49</sup> L. MUZI, *Il riparto di competenze tra Stato e Regioni in materia di servizio idrico integrato*, cit., pp. 4-5.

<sup>50</sup> Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. II, 28 aprile 2005, n. 527.

concorrenza” di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., e ricada nell'ambito di competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Peraltro, non si può omettere di considerare come la Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sul punto, abbia più volte ribadito tale collocazione materiale, dichiarando in particolare che l'attività pianificatoria del servizio idrico integrato “deve essere ricondotta alla materia della tutela della concorrenza, di competenza legislativa esclusiva dello Stato, perché è strettamente funzionale alla gestione unitaria del servizio e ha, perciò, lo scopo di consentire il concreto superamento della frammentazione della gestione delle risorse idriche, al fine di inserire armonicamente tale gestione in un più ampio quadro normativo diretto alla razionalizzazione del mercato del settore”<sup>51</sup>.

Sulla riconduzione del servizio idrico integrato all'ambito tutela dell'ambiente sono poche, a parere di chi scrive, le considerazioni da svolgere. La materia, infatti, come sopra messo in luce, è espressamente disciplinata dal Codice dell'ambiente del 2006.

L'unico quesito che, probabilmente, ci si può porre è se possa essere effettivamente inquadrata negli schemi dalla tutela dell'ambiente anche la sfera prettamente gestoria del servizio. La risposta, a ben vedere, deriva dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale. Questa, infatti, ha storicamente richiamato la lett. s) del secondo comma dell'art. 117, Cost., in funzione di ulteriore supporto della competenza legislativa esclusiva dello Stato nella materia in oggetto, affermando, ad esempio nella sentenza n. 249/2009, che “l'allocazione all'Autorità d'ambito territoriale ottimale delle competenze sulla gestione serve a razionalizzare l'uso delle risorse idriche e le interazioni e gli equilibri fra le diverse componenti della 'biosfera' intesa come 'sistema' [...] nel suo aspetto dinamico”<sup>52</sup>.

Per quel che riguarda i rapporti ed i confini tra le due sfere di competenza richiamate, sembrerebbe che la Corte ascriva indistintamente la medesima disciplina sia alla tutela della concorrenza sia alla tutela dell'ambiente. A tal proposito, infatti, la Consulta afferma che “[...] la disciplina tesa al superamento della frammentazione verticale della gestione delle risorse idriche, demandando ad un'unica Autorità preposta all'ambito le funzioni di organizzazione, affidamento e controllo della gestione del SII, è ascrivibile alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di tutela della concorrenza [...] Al tempo stesso, la disciplina in esame rientra nella sfera di competenza esclusiva statale in materia di tutela dell'ambiente [...]” per le ragioni di razionalizzazione delle risorse poc'anzi richiamate<sup>53</sup>.

Eppure, è forse possibile ricavare un dato importante dalla pronuncia in commento. A proposito della norma di cui al comma 5 dell'art. 148 del Codice dell'ambiente (ovvero la norma che prevede l'adesione facoltativa alla gestione unica del SII per i comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti appartenenti alle Comunità montane), la Corte sostiene che si tratti di una “[...] disposizione che 'attiene alla tutela dell'ambiente, con prevalenza rispetto alla materia dei servizi pubblici locali, perché giustifica la possibilità di deroghe all'unicità della gestione del servizio sul piano soggettivo, in ragione dell'elemento tipicamente ambientale costituito dalla peculiarità idrica delle zone comprese nei territori delle comunità montane', per cui nella competenza legislativa esclusiva dello

<sup>51</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 246/2009, punto 13.1 del *considerato in diritto*. Si vedano in tal senso, altresì, le già citate pronunce: Corte cost., sent. n. 307/2009; Corte cost., sent. n. 325/2010; Corte cost., sent. n. 26/2011; Corte cost., sent. n. 187/2011.

<sup>52</sup> Sulla riconduzione della sfera gestoria del servizio idrico integrato alla materia tutela dell'ambiente si vedano, altresì, *ex plurimis*, le già citate pronunce: Corte cost., sent. n. 187/2011; Corte cost., sent. n. 62/2012.

<sup>53</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 32/2015, punto 7. del *considerato in diritto*.

Stato in materia di tutela dell'ambiente rientra 'anche stabilire le condizioni in presenza delle quali i Comuni minori appartenenti alle comunità montane possono non partecipare alla gestione unica del servizio idrico integrato, e cioè che la gestione del servizio sia operata direttamente da parte dell'amministrazione comunale ovvero tramite una società a capitale interamente pubblico controllata dallo stesso Comune' [...]"<sup>54</sup>.

Ora, parrebbe di potersi evincere dalle parole della Consulta che le ragioni di tutela dell'ambiente permettano di derogare a profili gestionali che rispondono ad esigenze di tutela della concorrenza. Viene, pertanto, da chiedersi se vi sia una prevalenza della prima (tutela dell'ambiente) rispetto alla seconda (tutela della concorrenza).

### 5. Quali spazi per la legge regionale? Riflessioni conclusive

Le considerazioni che precedono rendono obbligatorio interrogarsi su quali spazi residuino in tali ambiti alla potestà legislativa regionale.

Appurato che la materia in oggetto rientra negli ambiti di competenza esclusiva statale relativa alla tutela della concorrenza e alla tutela dell'ambiente, vale la pena osservare come una simile riserva sia "potenzialmente comprensiva [...] sia della potestà legislativa di principio e di dettaglio, sia della potestà regolamentare, salvo delega alle Regioni: ciò non può che significare che la normazione statale a tutela della concorrenza [e dell'ambiente], a prescindere dalla materia su cui andrà ad incidere deve essere autosufficiente, non limitarsi ad affermare principi da affidare per lo svolgimento e l'applicazione al legislatore regionale"<sup>55</sup>.

Ciò parrebbe voler dire che "se il legislatore statale rimanesse inerte le Regioni sarebbero certamente legittimate a legiferare in materia di servizi pubblici regionali e locali introducendo la concorrenza nei limiti e nelle forme che ritenessero opportuni, salvo confrontarsi con il Trattato e il diritto derivato e con le regole discendenti dalla stessa Costituzione italiana. Se invece il legislatore interviene a tutela della concorrenza, non vi è dubbio che, salve le obiezioni di costituzionalità o di violazione del Trattato, le Regioni dovrebbero adeguarsi alle scelte discrezionalmente compiute dal legislatore nazionale. Il significato della riserva di competenza allo Stato in materia di concorrenza è precisamente quello di ottenere l'uniformità della disciplina"<sup>56</sup>.

In altri termini, sembrerebbe che in presenza di un "vuoto" legislativo circa le forme di gestione dei servizi pubblici locali, gli unici limiti con i quali le regioni debbano confrontarsi siano i principi costituzionali e di diritto europeo.

Tali assunti spingono a porsi alcuni interrogativi, in via di conclusione, con riguardo alla sentenza in commento.

Si consideri che, come precedentemente rilevato, in materia di gestione dei servizi pubblici locali, dato il vuoto normativo statale determinatosi a seguito del *referendum* abrogativo del 2011 e della sentenza della Corte costituzionale n. 199/2012, devono ritenersi applicabili in via diretta i principi europei, i quali ammettono la possibilità di ricorrere alla forma di affidamento diretto *in house*, affiancandola al sistema della gara ad evidenza pubblica, benché secondo uno schema di preferenza che sottopone l'utilizzo della prima modalità a condizioni specifiche e che rende la medesima l'eccezione alla regola concorrenziale.

<sup>54</sup> Cfr. Corte cost., sent. n. 32/2015, punto 8 del *considerato in diritto*.

<sup>55</sup> In questi termini L. BUFFONI, *La "tutela della concorrenza" dopo la riforma del Titolo V: il fondamento costituzionale ed il riparto di competenze legislative*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2003, pp. 381-2.

<sup>56</sup> Su tali rilievi si veda A. VIGNERI, *La liberalizzazione dei servizi pubblici locali*, in *Le Regioni*, 2002, n. 5, p. 1118.

Inoltre, per “silenziosa” ammissione della stessa Corte costituzionale, il servizio idrico integrato parrebbe aperto alla possibilità di autoproduzione del servizio.

Ebbene, la norma censurata dalla Consulta, ovvero l'art. 10, comma 1, della legge regionale Liguria n. 1/2014, aveva testualmente disposto che “i Comuni già appartenenti alle comunità montane o con popolazione inferiore o uguale a tremila residenti, ferma restando la partecipazione all'ATO, hanno *facoltà* in forma singola o associata di gestire autonomamente l'intero servizio idrico integrato”.

Nel ragionamento della Corte, con tale disposizione il legislatore regionale avrebbe direttamente disposto in ordine ad una modalità di gestione “[...] *escludendo*, in relazione all'ipotesi contemplata che l'ente individuato dalla Regione come successore delle competenze dell'AATO deliberi con proprio atto, le forme di gestione del servizio idrico integrato e provveda all'aggiudicazione della gestione del servizio”<sup>57</sup>.

A parere di chi scrive, però, se la lettera della legge non inganna, parrebbe che con la norma censurata, più che direttamente disporre circa le modalità di gestione del servizio ed *escludere* l'autonomo intervento dell'ente chiamato a deliberare in merito, ci si sia piuttosto limitati a ribadire una *facoltà* (il termine, peraltro, è quello utilizzato dal legislatore regionale) prevista dal diritto dell'Unione europea e, quindi, per le considerazioni precedentemente svolte, dall'ordinamento nazionale.

Se per “gestire autonomamente” deve intendersi che gli enti di riferimento hanno la possibilità di autoprodurre il servizio, parrebbe che una simile previsione trovi piena cittadinanza nel sistema ordinamento.

Una riflessione comparativa rispetto al summenzionato caso della sentenza n. 62/2012 a questo punto sembrerebbe imporsi.

In quel contesto, infatti, la Regione Puglia, con la l.r. n. 11/2011, non si era limitata a prevedere una possibilità, ma aveva direttamente attribuito (così statuendo sulla forma di gestione da utilizzare in ambito regionale) la gestione del servizio all'Azienda pubblica regionale “Acquedotto pugliese”, di fatto sostituendosi all'organo a ciò deputato per legge dello Stato.

Nel caso in esame, di contro, la legge della Regione Liguria non individua un gestore, non attribuisce le relative funzioni ad un soggetto determinato.

Quanto appena detto, a ben vedere, presta il fianco ad un rilievo logico, invero, difficilmente superabile.

Vero è che la possibilità di gestione diretta trova a tutt'oggi cittadinanza nel nostro ordinamento giuridico, ma non può non considerarsi che, ai sensi del comma 186-*bis* dell'art. 2 della legge n. 191 del 2009, la decisione circa le forme di gestione spetta esclusivamente agli enti successori delle soppresse Autorità d'ambito. All'evidenza, la norma regionale, nel prevedere che “i comuni [...] hanno *facoltà*”, sembrerebbe attribuire a questi ultimi la possibilità di determinarsi indipendentemente (e forse anche in deroga) delle decisioni che in tal senso devono provenire unicamente (per legge statale) dall'ente successore dell'AATO. Ciò, come non manca di sottolineare la stessa Consulta, per il rispetto del principio, espresso dalla norma interposta, di “unitarietà e superamento della frammentazione verticale delle gestioni”.

Viene da chiedersi, allora, se la norma in oggetto avrebbe potuto superare il giudizio di legittimità essendo diversamente articolata.

<sup>57</sup> Corte cost., sent. n. 32/2015, punto 7.1 del *considerato in diritto*.

Più chiaramente, l'interrogativo è il seguente: se il legislatore regionale avesse indirizzato la previsione all'individuando organo successore dell'AATO e avesse, quindi, dichiarato che l'ente medesimo ha facoltà di stabilire che i comuni gestiscano autonomamente (ed esclusivamente in forma collettiva, al fine del superamento della frammentazione verticale delle gestioni) il servizio, la norma si sarebbe sottratta alla scure del Giudice delle leggi?