

SUL FONDAMENTO DI LEGITTIMITÀ DELLA GESTIONE PUBBLICA DEL SERVIZIO IDRICO*

di Franca Meola^{1**}

Sommario. 1. La gestione del servizio idrico tra mano pubblica e intervento privato: brevi considerazioni a mo' di premessa. – 2. Il rapporto pubblico/privato nella disciplina dei servizi pubblici tra diritto interno [...] - 2.1 [...] e diritto europeo. – 3. Il contributo della giurisprudenza, costituzionale ed europea, nella definizione della portata del principio della concorrenza. – 4. Concludendo sulla legittimità della gestione pubblica del servizio idrico.

378

1. La gestione del servizio idrico tra mano pubblica e intervento privato: brevi considerazioni a mo' di premessa. Anche in quanto veicolata dal continuo ricorso al mercato ed alle sue logiche, l'idea che la gestione del servizio idrico² non possa che essere lasciata al libero gioco della concorrenza, e debba quindi ritenersi oramai estranea agli ambiti di intervento della mano pubblica, si è talmente tanto diffusa da rendere quasi ciclico il bisogno di una riscoperta delle ragioni che, ad oggi ancora, militano in senso contrario.

Il richiamo, in questo caso, non è solo a valutazioni proprie dell'analisi economica, che, già da anni, ha ampiamente argomentato circa l'incompatibilità del ricorso al mercato con l'esigenza di garantire un servizio universale ed a costi contenuti. Inopinabilmente, gli arresti ultimi di tale analisi sono utili ad intendere la chiara e diffusa propensione dei gestori privati dei servizi pubblici a godere di un regime tariffario «controllato», che, sbandierato come necessario a garantire una «equa remunerazione del capitale investito», in realtà finisce per contraddire *in nuce* la logica del mercato, che come tale non dovrebbe «garantire» nulla ma solo consentire il libero manifestarsi delle pratiche concorrenziali. Ugualmente, questo tipo di analisi è altresì preziosa per intendere come, in aperto contrasto con quei valori di giustizia sociale a cui anche da ultimo il legislatore italiano ha espressamente dichiarato di ispirare il proprio intervento in materia di servizi pubblici³, questi stessi operatori siano naturalmente inclini a massimizzare i profitti mediante una gestione «oculata» degli interventi di

* *Sottoposto a referaggio.* La pubblicazione è stata realizzata da ricercatrice con contratto di ricerca cofinanziato dall'Unione Europea – PON Ricerca e Innovazione 2014 - 2020, ai sensi dell'art. 24, c. 3, lett. a), della l. 30 dicembre 2010, n. 240 e s.m.i., e del D.M. 10 agosto 2021, n. 1062.

** Ricercatrice t.d., lett. a), di Istituzioni di diritto pubblico – Università degli Studi della Campania L. Vanvitelli.

² In tema di servizio idrico, per tutti, cfr. C. Iannello, *Il diritto all'acqua. Proprietà collettiva e Costituzione*, con prefazione di Paolo Maddalena, Napoli, 2013.

³ Si legga al riguardo la relazione illustrativa al d.d.l. annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021, approvato dal Consiglio dei Ministri nell'adunanza del 4 novembre 2021, così come previsto dall'art. 47, l. n. 99/2003. Tale relazione, infatti, si apriva con un espresso richiamo, da parte dei suoi estensori, al dogma della concorrenza che, oltre a «favorire l'efficienza e la crescita economica», sarebbe anche idonea «ad abbassare i prezzi e ad aumentare la qualità dei beni e dei servizi», nonché a «a favorire una più consistente eguaglianza sostanziale e una più solida coesione sociale». Il testo completo di tale relazione è consultabile all'indirizzo: <http://25%20MARZO%202021/ABC/Disegno-di-legge-annuale-per-il-mercato-e-la-concorrenza-2021-RELAZIONE-TECNICA.pdf>.

manutenzione e di investimento nonché di erogazione del servizio⁴.

Ferma la pregnanza di tali osservazioni, è peraltro evidente che la continua erosione di spazi, anche importanti, all'intervento pubblico in ambito necessiti in realtà anzitutto di un recupero di quelle ragioni di carattere più propriamente giuridico (ed economico-sociale) che, ad ora, fondano la legittimità della gestione pubblica del servizio idrico⁵. Il carattere parametrico delle molte disposizioni di diritto, non solo interne ma anche e soprattutto europee, che la riflessione specialistica immediatamente riesce ad individuare come conferenti in tema, vale infatti non soltanto a dimostrare la fallacia di ogni pretesa volta a giustificare la torsione del legislatore nazionale a favore del mercato e delle sue regole alla luce di stringenti obblighi sovranazionali cui dare attuazione, ma anche a marcare la più diretta aderenza della gestione pubblica del servizio idrico a quei beni e valori che la nostra Carta costituzionale assume tra quelli fondamentali e fondanti la nostra identità culturale ed ordinamentale.

In questo senso, quindi, non si tratta solo di contraddire, in punto di diritto, certe interpretazioni fin troppo ideologicamente ispirate che del dato normativo europeo sono state offerte in questi anni al fine di giustificare, fin quasi a farle intendere come obbligate, le scelte che le forze politiche sono andate via via compiendo nel frattempo in materia. Piuttosto, ciò che pare opportuno è tornare a riflettere sul rapporto che a livello sovranazionale il legislatore ha disegnato tra la mano pubblica e l'intervento privato nella gestione del servizio in questione per poter, proprio qui, trovare conferma delle molte criticità del percorso normativo battuto in questi anni dal decisore pubblico interno, già pure emergenti da una loro rilettura in chiave costituzionale.

2. Il rapporto pubblico/privato nella disciplina dei servizi pubblici tra diritto interno [...]. Inopinabilmente, a chi si ponga nella prospettiva tracciata, e voglia perciò intendere i termini del rapporto pubblico/privato nello specifico contesto della gestione del servizio idrico integrato⁶, risulterà anzitutto evidente la necessità di calare tale peculiare profilo di indagine all'interno di una più ampia riflessione, in grado di coinvolgere, sia pur in linee generali, tutto il settore dei servizi pubblici⁷.

⁴ A riportare tali critiche è M. Pittau, *Il Disegno di Legge per la Concorrenza 2021 non colpisce più i professionisti*, editoriale il cui testo, nella sua interezza, può essere consultato all'indirizzo: www.affaritecnici.it.

⁵ Su tali profili, cfr. A. Lucarelli, L. Longhi, *La trasformabilità di una società per azioni in house in azienda speciale*, e Id., *La legittimità della gestione pubblica (azienda speciale) secondo il diritto interno*, entrambi in A. Lucarelli (a cura di), *Nuovi modelli di gestione dei servizi pubblici locali*, Torino, 2014, rispettivamente 3 ss. e 15 ss.

⁶ Ad offrire una definizione di «servizio idrico integrato» è il d. lgs. n. 152/2006, *Norme in materia ambientale* (in G.U. n. 88 del 14.04.2006 - Suppl. Ordinario n. 96). Ai sensi dell'art. 141, c. 2: «Il servizio idrico integrato è costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie [...]».

⁷ In mancanza di una puntuale definizione normativa, la nozione di *servizio pubblico* è stata da sempre oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina, oltre che di significativi interventi della giurisprudenza, specie amministrativa.

A livello dottrinale, i contributi offerti sul tema dei servizi pubblici, specie in termini definitivi, sono davvero assai numerosi, dividendosi, tradizionalmente, al loro interno, tra quelli che, nell'approccio al tema, sono stati strutturati sull'elemento soggettivo, e lo hanno perciò trattato sotto il profilo dell'imputabilità del servizio ad un soggetto pubblico, e quelli che, al contrario, sono stati incentrati sull'elemento oggettivo, e lo hanno perciò analizzato sotto il profilo del tipo di attività svolta. In particolare, nella definizione degli autori che hanno puntato sull'elemento soggettivo, il servizio pubblico è inteso come «un'attività imputabile, direttamente o indirettamente allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini», aggiungendo che «il concetto di prestazione rappresenta il tratto peculiare dell'istituto». Così, A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato di diritto amministrativo italiano*, diretto da V.E. Orlando, IV, Milano, 1930, 613.

Contestualmente, a chi voglia attendere ad una puntuale ricostruzione dello «statuto normativo» interno dei servizi pubblici risulterà immediatamente evidente come non soltanto tale statuto si sia per lo più strutturato sulla base della successiva legislazione ordinaria, ma sia stato anzitutto e soprattutto forgiato o comunque influenzato dalla normativa comunitaria⁸.

Ciò peraltro non vale a negare la mancata ricorrenza, a livello costituzionale, di indicazioni atte a tracciare le coordinate dell'intervento pubblico nell'economia e perciò ad indirizzare le scelte del regolatore pubblico anche per quel che concerne la disciplina dei servizi pubblici. Al contrario, fin dalla prima parte del testo, in cui cioè sono positivizzati i principi fondamentali su cui si regge l'edificio costituzionale, è facile rintracciare una serie di disposizioni di certa pregnanza in materia. Sebbene infatti non espressamente declinato sulla materia ora indagata, è indubbio che, riletto in prospettiva sinergica ed evolutiva, già l'art. 3, c. 2, Cost. si presta ad offrire all'interprete elementi certo utili ai fini del tracciamento della c.d. «amministrazione per servizi», in particolare ponendosi quale presidio di uguaglianza sostanziale anche quanto all'accesso da parte di tutti all'erogazione dei servizi. In questo

Messa in crisi dalla constatazione che alcune di queste attività, pur avendo caratteristiche di pubblica utilità e di pubblico interesse, non sono gestite da soggetti pubblici, la dottrina *de qua* è stata superata dal pensiero di chi, puntando sull'elemento oggettivo, ha invece connotato un determinato servizio in termini di servizio pubblico in ragione dell'attività espletata. Tra questi, U. Pototschnig, *I servizi pubblici*, Padova, 1964.

In generale, per una ricostruzione del dibattito dottrinale in argomento, si leggano, *ex multis*, i contributi di: S. Cattaneo, *Servizi pubblici*, in Enc. dir., XLII, 1990, 362 ss.; Cfr. F. Merusi, *Servizio pubblico*, in *Nuov. Dig. It.*, XVII, 1970, 217; G. Napolitano, *Servizi pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, VI, Milano, 2006, 5517 ss.

Dal punto di vista giurisprudenziale, invece, un contributo fondamentale nella definizione di tale nozione è stato offerto dal Consiglio di Stato. Secondo i giudici di Palazzo Spada, «per identificare giuridicamente un servizio pubblico, non è indispensabile, a livello soggettivo, la natura pubblica del gestore, mentre è necessaria la vigenza di una norma legislativa che, alternativamente, ne preveda l'obbligatoria istituzione e la relativa disciplina oppure che ne rimetta l'istituzione e l'organizzazione all'Amministrazione». Ed aggiungono: «oltre alla natura pubblica delle regole che presiedono allo svolgimento delle attività di servizio pubblico e alla doverosità del loro svolgimento, è ancora necessario, nella prospettiva di un'accezione oggettiva della nozione, che le suddette attività presentino un carattere economico e produttivo (e solo eventualmente costituiscano anche esercizio di funzioni amministrative), e che le utilità da esse derivanti siano dirette a vantaggio di una collettività, più o meno ampia, di utenti (in caso di servizi divisibili) o comunque di terzi beneficiari (in caso di servizi indivisibili)». Infine, riferendosi a propri precedenti, ribadiscono che «nemmeno la circostanza, che per le attività in esame non sia prevista l'erogazione di un corrispettivo da parte dei beneficiari (come è invece proprio di un'usuale attività di depurazione), è idonea a inficiare i riferiti connotati dell'attività quale attività di servizio pubblico, in quanto, per un verso, la previsione di un corrispettivo (così come di un profitto del gestore del servizio) non è essenziale sul piano della qualificazione giuridica delle attività di servizio pubblico e, per altro verso, da un punto di vista strettamente economico, l'utilità dei soggetti tenuti alla messa in sicurezza e alla bonifica di siti inquinati è, in una visione complessiva, all'evidenza rappresentata dal vantaggio che i medesimi (o i loro danti causa) abbiano conseguito precedentemente attraverso l'esternalizzazione dei costi (le disconomie da inquinamento trasferite all'esterno dell'impresa e accollate al pubblico) relativi a oneri del processo produttivo (ossia quelli connessi al corretto smaltimento degli agenti inquinanti) che – come rimanda il principio generale 'chi inquina paga' – sarebbero dovuti restare ab origine a carico delle stesse imprese inquinatrici: sicché alcuni di detti costi attraverso le procedure di bonifica e messa in sicurezza vengono nuovamente internalizzati (peraltro, verosimilmente in misura inferiore al vantaggio ottenuto dalle imprese obbligate, non essendo integralmente risarciti i danni, individuali e collettivi, alla salute medio tempore verificatisi)». In questi termini, Cons. Stato, Sez. VI, 12/10/2012 n. 5268 (il cui testo è reperibile all'indirizzo: http://www.francocrisafi.it/web_secondario/sentenze%202012/consiglio%20stato%20sez%206%20sentenza%205268%2012.pdf).

⁸ In tema, cfr. C. Iannello, *I servizi pubblici locali dal pluralismo organizzativo al monopolio privato. Riflessioni circa il rapporto tra le recenti riforme in materia di servizi pubblici locali e l'ordinamento europeo*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1, 2011, 99 ss.

senso, quindi, esso offre la più corretta prospettiva entro cui leggere ed interpretare il combinato disposto dagli artt. 31 e 38 Cost per i servizi di assistenza, ovvero l'art. 32 per quel che concerne più direttamente i servizi sanitari, nonché gli artt. 33, c. 2, e 34, c. 2, per quanto riguarda l'istruzione. Il tutto, peraltro, senza tacere del rilievo che, in ambito, rivestono gli artt. 41, c. 3, e 43 Cost. concernenti l'intervento dello Stato nell'economia, nonché, l'art. 117, c. 1, lett. e), nella parte in cui orienta l'azione statale al mercato ed alla concorrenza, e lett. m), nella parte in cui riserva allo Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. Altrimenti detto, dall'art. 3, c. 2, Cost., quale *sedes materiae* del principio di uguaglianza sostanziale, scaturirebbe, a carico dei pubblici poteri, un preciso obbligo di intervento, finalizzato a rendere l'azione amministrativa strumentale al soddisfacimento dei diritti enunciati dagli artt. 32, 33, c. 2, 34, c. 2, 35, 38, 41, c. 3, e 43 Cost. Tra l'altro, proprio le disposizioni da ultimo menzionate, e specificamente l'art. 43 Cost. riveste in ambito un rilievo anche ulteriore rispetto al profilo appena marcato, in particolare consentendo la configurazione dei c.d. «servizi pubblici essenziali»⁹, nonché la riferibilità della titolarità della relativa erogazione in capo ad imprese che possono essere riservate *ab origine* o successivamente trasferite allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o di utenti a fronte di un preminente interesse generale.

Anzi – secondo quanto osservato da puntuale ed attenta dottrina – «nel bilanciamento tra libertà di iniziativa economica ex artt. 41 Cost, disciplina della concorrenza art. 117 Cost. e art. 43 Cost.» proprio le «finalità di preminente interesse generale» di cui parla l'articolo in questione possono costituire «un elemento ragionevole per ritenere prevalente la riserva ad un soggetto pubblico della gestione di un servizio pubblico»¹⁰.

D'altra parte, se letto in rapporto con gli artt. 41 e 42 Cost., sempre l'art. 43 «si presta anche ad una lettura coerente con la teoria della concorrenza di matrice ordoliberal, posto che in tale visione la struttura concorrenziale del mercato, prima ancora che funzionale alla libertà di competere delle imprese, doveva essere lo strumento per preservare una società libera da rischi di “cattura” dello Stato da parte di interessi privati che potessero mettere a rischio il sistema economico o la stessa democrazia»¹¹.

Dal canto suo, invece, l'art. 97 veicolerebbe i criteri di buon andamento e di imparzialità dell'*agere* amministrativo, che, declinati poi dall'art. 1, c. 1, l. n. 241/1990 nei canoni dell'economicità, dell'efficacia, dell'imparzialità, della pubblicità e trasparenza, impatterebbero tanto sull'organizzazione quanto sull'erogazione dei servizi in esame.

⁹ Di servizi pubblici essenziali tratta la l. n. 146/1990, *Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge* (in G.U. n. 137 del 14 giugno 1990). In base all'art. 1, «sono considerati servizi pubblici essenziali, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto di lavoro, anche se svolti in regime di concessione o mediante convenzione, quelli volti a garantire il godimento dei diritti della persona, costituzionalmente tutelati, alla vita, alla salute, alla libertà ed alla sicurezza, alla libertà di circolazione, all'assistenza e previdenza sociale, all'istruzione ed alla libertà di comunicazione».

¹⁰ In questi termini, A. Lucarelli, nel parere scritto reso alla X Commissione del Senato, su richiesta del senatore Giroto, nell'ambito dell'istruttoria per l'esame del disegno n. 2469 (*Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*), il cui testo è reperibile sul sito istituzionale del Senato all'indirizzo: Senato.it/leg/18/BGT/Schede/Ddliter/documenti/54618_documenti.htm, 10. Lo stesso Autore, del resto, già negli *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 89, aveva osservato: «In sostanza, tali articoli vanno interpretati all'insegna della ricerca di un equilibrio tra regole della concorrenza, libero mercato e valorizzazione dell'impresa privata da una parte e salvaguardia dei diritti sociali e dei principi di solidarietà ed uguaglianza sostanziale dall'altra».

¹¹ Così, V. Vaira, *La gestione del Servizio Idrico Integrato e i nuovi modelli di “democrazia organizzativa”*, in *Federalismi.it* del 23.09.2020, 245.

È da tale complesso articolato normativo che possono insomma desumersi le regole che da sempre la dottrina assume come fondanti l'ambito materiale in esame, e che *breviter* possono essere individuate *in primis* nella riferibilità del servizio di erogazione di servizi sia in capo al pubblico che ai privati; quindi, nella riserva in capo ai soli pubblici poteri delle scelte concernenti l'individuazione del preminente interesse generale all'erogazione di un determinato servizio; infine, nella indiscussa titolarità statale di ogni responsabilità per il servizio.

2.1. [...] e diritto europeo. Ciò posto, però, è innegabile che l'articolato normativo sin qui sommariamente descritto sia stato nel tempo fortemente influenzato dal diritto comunitario (oggi europeo). Anzi, secondo parte della dottrina, quest'ultimo ha radicalmente modificato i principi giuridici tradizionali su cui si è da sempre retta la disciplina dei servizi pubblici¹². Ebbene, proprio l'insistenza con cui, sia pur in termini a volte assolutamente diversi e disomogenei, l'argomentazione in questione torna nelle riflessioni degli autori che si sono confrontati con il tema spiega allora la centralità che l'analisi in prospettiva europea assume nell'economia complessiva della riflessione che si va conducendo.

In particolare, la tendenza di certa parte della dottrina a rintracciare nel sistema normativo comunitario le radici di un approccio squisitamente di profitto nei riguardi della regolamentazione del settore dà ragione della necessità di una rilettura critica dei relativi dispositivi conferenti in tema per saggiare l'attendibilità di tale tesi.

Sicché, però, proprio alla luce di una rilettura attenta di questi, la tesi in questione pare completamente destituita di ogni serio fondamento giuridico.

Addirittura, l'ancoraggio stesso al diritto europeo, anziché un pilastro, finisce piuttosto per palesarsi come un punto di assoluta fragilità dell'edificio normativo che, nel segno della privatizzazione del servizio idrico¹³, e più in generale dei servizi di interesse economico generale¹⁴, il legislatore italiano va via via costruendo.

¹² Cfr. G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2010, 355 ss. Sulla rilettura delle norme della Costituzione economica per effetto del diritto europeo, si leggano pure le notazioni svolte da G. Lemme, *L'art. 41 Cost. e il multiforme concetto di «utilità sociale»*, in Id. (a cura di), *Diritto ed economia del mercato*, Padova, 2014, 149 ss.

¹³ A livello normativo interno la nozione di «servizio di interesse economico generale», in cui rientra il servizio idrico integrato, è definita dal d.lgs. n. 175/2016 *Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica* (in G.U. 8 settembre 2016, n. 210). Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. i), sono «servizi di interesse economico generale»: «i servizi di interesse generale erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato».

¹⁴ «I servizi di interesse generale sono servizi che le autorità pubbliche degli Stati membri dell'UE classificano come di interesse generale e che pertanto sono soggetti a obblighi specifici di pubblico servizio. Essi possono essere forniti dallo Stato o dal settore privato. Esempi di servizi di interesse generale comprendono: i trasporti pubblici, i servizi postali e l'assistenza sanitaria». Tale è la definizione che di «servizi di interesse generale» si rintraccia sul sito ufficiale dell'Unione europea, all'indirizzo: https://ec.europa.eu/info/topics/single-market/services-general-interest_it. Nell'offrire tale definizione, si chiarisce altresì che: «Vi sono tre categorie di servizi di interesse generale: economici, non economici e sociali. I servizi di interesse economico generale, che sono servizi di base forniti dietro pagamento, come i servizi postali, sono soggetti alle norme in materia di concorrenza e mercato interno europeo. Tuttavia, sono possibili deroghe a tali norme qualora sia necessario per garantire l'accesso dei cittadini ai servizi di base. I servizi non economici, quali la polizia, la giustizia e i regimi previdenziali previsti dalla legge, non sono soggetti a una normativa europea specifica né alle norme sul mercato interno e la concorrenza. I servizi sociali di interesse generale sono quelli che rispondono alle esigenze dei cittadini vulnerabili, e si basano sui principi di solidarietà e accesso paritario. Essi possono essere sia di natura economica che non economica. Ne sono esempi i sistemi previdenziali, i servizi per l'occupazione e l'edilizia sociale».

E ciò non solo in ragione dell'assenza, a livello sovranazionale, di una netta e decisa opzione a favore di assetti proprietari privati, a cui, piuttosto, ex art. 345 T.F.U.E.¹⁵, viene preferito il mantenimento di una posizione neutrale, e perciò rispettosa delle scelte operate in tema di regime proprietario dai singoli Stati membri¹⁶.

In realtà, a dimostrare l'insufficienza del parametro europeo nel supportare l'idea, pure assai diffusa all'interno del nostro sistema ordinamentale, della primazia del mercato e delle sue logiche è anzitutto il disposto di cui agli artt. 14¹⁷ e 106, par. 2¹⁸, T.F.U.E. Il tenore testuale di tali articoli rende infatti immediatamente evidente come la regola della concorrenza nell'ambito dei servizi di interesse economico generale¹⁹, tra cui inopinabilmente si annovera anche quello idrico, non ha per nulla valore assoluto²⁰. Piuttosto, la sua capacità di implementazione nel sistema e di torsione della regolamentazione di tal genere di servizi in senso privatistico è limitata dal necessario «allineamento» della sua applicazione al

È bene peraltro ricordare che, giusto quanto sentenziato dai giudici costituzionali, ai servizi di interesse economico generale (SIEG) (di derivazione euro-unitaria) di cui si è appena detto devono oggi essere pienamente equiparati i servizi pubblici locali di interesse economico (disciplinati dal diritto nazionale). In questo senso, Corte cost., sent. n. 325/2010 (il cui testo è consultabile sul sito *Consulta on line* all'indirizzo: *Giurcost.org*).

¹⁵ Ai sensi di tale articolo: «I trattati lasciano del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri». Sull'incidenza di tale articolo sulle politiche di privatizzazione, cfr. A. Gardella, *Articolo 345 TFUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, 2510 ss.

¹⁶ È la stessa Corte di Giustizia U.E. a riconoscere nell'art. 345 T.F.U.E. un'espressione del principio di neutralità in relazione ai regimi di proprietà nei singoli Stati membri, concludendo, quindi, per l'ammissibilità, alla stregua di tale disposto, sia di operazioni di privatizzazione che operazioni di nazionalizzazione delle imprese. In questo senso, si rinvia anzitutto alla sentenza della Corte (Grande sezione) n. 677 del 22 settembre 2013, cause riunite da C-105/12 a C-107/12; e quindi alla sentenza del 20 aprile 1974, causa 155/73, «Sacchi».

¹⁷ Ai sensi dell'art. 14 T.F.U.E. (ex art. 16 del T.C.E.): «Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

¹⁸ Ai sensi dell'art. 106, par. 2, T.F.U.E. (ex art. 86 del T.C.E.): «Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

¹⁹ In dottrina, sull'argomento, tra i più recenti contributi dottrinali, si rinvia a: E. Bruti Liberati, *Servizi pubblici e servizi di interesse economico generale sulla riflessione di Domenico Sorace*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2020, 533 ss.; M. Trimarchi, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, ivi, 53 ss.; A. Lucarelli, *Il nuovo governo delle società pubbliche e dei servizi di interesse economico-generale: profili giuspubblicistici*, in F. Fimmanò, A. Catricalà (a cura di), *Le società pubbliche*, Roma, 2017, 165 ss.; R. Miccù, M. Francaviglia, *Le società pubbliche e i servizi di interesse economico generale. L'impatto del d.lgs. n. 175/2016 sull'affidamento e sulla gestione del servizio idrico integrato*, in Id. (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte all'efficienza e ambiti di specialità*, Napoli, 2019, 253 ss.; M. Renna, S. Vaccari, *I servizi pubblici locali di interesse economico generale. Brevi riflessioni in tema di nozione, assunzione e forme di gestione a margine di un recente schema di testo unico*, in G. Sala, G. Sciuillo (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, 177 ss.; F. Sorrentino, *L'acqua come bene comune e come servizio pubblico*, in *Diritto e società*, 2016, 546 ss.

Tra i lavori monografici in argomento, sebbene risalente, si segnala il testo di C. Iannello, *Poteri pubblici e servizi privatizzati. L'«idea» di servizio pubblico nella nuova disciplina interna e comunitaria*, Torino, 2005.

²⁰ In argomento, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, Napoli, 2016, 155 ss.

raggiungimento dei fini sociali ed al rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche²¹.

D'altro canto, non può certo dirsi irrilevante quanto disposto dall'art. 59 T.F.U.E. che, ai fini della liberalizzazione di un dato servizio, prevede l'adozione da parte di Parlamento e Consiglio, di specifiche direttive. Soprattutto, non può dirsi trascurabile la circostanza che, pure a fronte di tale prescrizione, ad oggi le istituzioni europee non abbiano ancora mai approvato alcuna direttiva che imponga la liberalizzazione dei servizi pubblici in questione²². La stessa Direttiva 2006/123/CE del Parlamento e del Consiglio del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno, nonostante in premessa spieghi che «una maggiore competitività del mercato dei servizi è essenziale per promuovere la crescita economica e creare posti di lavoro», poi, però, nel prosieguo stabilisce che le disposizioni in essa presenti riguardo alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi «si applichino soltanto nella misura in cui le attività in questione sono aperte alla concorrenza e non obblighino pertanto gli Stati membri a liberalizzare i servizi d'interesse economico generale, a privatizzare gli enti pubblici che forniscono tali servizi o ad abolire i monopoli esistenti per quanto riguarda altre attività o certi servizi di distribuzione»²³. D'altra parte, lo stesso articolo di apertura dell'atto normativo in questione stabilisce che la direttiva lascia comunque «impregiudicata la libertà, per gli Stati membri, di definire, in conformità del diritto comunitario, 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 concessi dagli Stati, e a quali obblighi specifici essi debbano essere soggetti». Quindi, a maggiore specificazione dell'approccio del regolatore pubblico europeo nei riguardi della regolamentazione del settore, la disposizione immediatamente successiva precisa altresì che le disposizioni in materia di concorrenza nel mercato interno «non si applicano: [...] c) ai servizi d'interesse economico generale assicurati alla collettività in regime di esclusiva da soggetti pubblici o da soggetti privati, ancorché scelti con procedura ad evidenza pubblica, che operino in luogo e sotto il controllo di un soggetto pubblico»²⁴.

Certamente rilevante, un tale disposto tuttavia non costituisce affatto un dato di «novità» all'interno del sistema ordinamentale sovranazionale. Ed infatti, già nel 2000, il Parlamento europeo, contrastando la spinta liberista della Commissione, con la Risoluzione sui servizi d'interesse generale aveva espressamente chiarito che: «la decisione su ciò che debba essere considerato servizio d'interesse generale e come debba essere gestito va innanzitutto presa a livello locale» e che «i cittadini europei devono ricevere servizi di qualità a prezzi accessibili e gratuitamente se lo richiedono le condizioni sociali»²⁵. Nello stesso arco temporale, del resto,

²¹ Su questi profili, sia consentito rinviare a quanto già osservato dalla scrivente in *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, in *Diritto pubblico europeo – Rassegna online*, 2, 2022, 139 ss.

²² Anche per tale profilo, ai fini di un approfondimento, sia consentito rinviare a quanto già osservato dalla scrivente in *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, ivi.

²³ Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno (in G.U.U.E. L 376/36 del 27.12.2006) – *Considerando* n. 8.

²⁴ Qui il rinvio è di nuovo a F. Meola, *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, cit., 140 ss.

²⁵ Risoluzione del Parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione «I servizi d'interesse generale in Europa» (COM (2000) 580 - C5 - 0399/2001 - 2001/2157(COS) - Punto I.1. Il testo di tale Risoluzione è consultabile all'indirizzo: <https://www.astrid-online.it/static/upload/protected/Serv/Serviziidiinteressegeneralerisoluzion.pdf>.

anche l'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁶, non a caso inserito nel Titolo IV rubricato «Solidarietà», ha altresì *expressis verbis* stabilito che: «Al fine di promuovere la coesione sociale e territoriale dell'Unione, questa riconosce e rispetta l'accesso ai servizi d'interesse economico generale quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati», con previsione che finisce chiaramente per «rendere più stringenti gli interventi regolativi di livello europeo, per assicurare l'effettività del diritto quanto ai criteri di erogazione del servizio (universalità, qualità, accessibilità) e alla tutela degli utenti»²⁷. E tale previsione - come è stato correttamente rilevato - «non può che conferire a rendere più stringenti gli interventi regolativi di livello europeo, per assicurare l'effettività del diritto quanto ai criteri di erogazione del servizio (universalità, qualità, accessibilità) e alla tutela degli utenti»²⁸. Peraltro, quanto risulta dal disposto *de quo* non pare possa essere contraddetto dal confinamento dello svolgimento dei servizi d'interesse economico generale nei limiti dati dal solo rispetto delle finalità di coesione sociale e territoriale dell'Unione, con esclusione, quindi, di ogni accenno a quei valori comuni dell'Unione già indicati all'art. 16 T.C.E.²⁹ (oggi, art. 14 T.F.U.E.³⁰), cui la Carta dei diritti, nella disposizione in commento, fa implicito rinvio. Certamente, nella sua portata letterale, l'articolo cui si è fatto ora cenno consentiva, senza dubbio alcuno, di concludere direttamente nel senso che «il principio della concorrenza e del libero mercato non ha valore assoluto, ma è limitato dal raggiungimento di fini sociali e dal rispetto dei valori fondanti dell'Unione, quali lo sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, la solidarietà, l'elevato livello dell'occupazione e la protezione dell'ambiente, della salute e dei consumatori»³¹. Le salvezze da esso apposte *in incipit*, a mezzo

²⁶ Per un commento all'articolo in questione si rimanda alle puntuali osservazioni di A. Lucarelli, *Comment to article 36*, in W. B.T. Mock, G. Demuro (eds.), *Human Rights in Europe. Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, 2010, 222. Ulteriori scritti in argomento, ai quali pure si rimanda, sono stati offerti da L. Grard, *Place et signification de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union pour le concept de services d'intérêt général*, in ERA Forum, 3, 2002, 158 ss.; M. Panebianco, *Commento all'articolo 36*, in Id. (a cura di), *Repertorio della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Roma, 2001, 355 ss.; O. Porchia, *Alcune considerazioni sull'art. 36 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: l'accesso ai servizi di interesse economico generale*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 4, 2002, 633 ss.; ed A. Arena, *Art. 36. Accesso ai servizi d'interesse economico generale*, in R. Matroiani, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea - Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2017, 680 ss.

²⁷ Così, S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, in *Federalismi.it*, 5, 2011, 7.

²⁸ In questi termini, S. Staiano, *Note sul diritto fondamentale all'acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione*, cit., 7.

²⁹ Art. 16 T.C.E.: «Fatti salvi gli artt. 73, 86, 87, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, la Comunità e gli stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione del presente trattato, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni che consentano loro di assolvere ai loro compiti».

³⁰ Art. 14 T.F.U.E. (ex art. 16 del T.C.E.): «Fatti salvi l'articolo 4 del trattato sull'Unione europea e gli articoli 93, 106 e 107 del presente trattato, in considerazione dell'importanza dei servizi di interesse economico generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale, l'Unione e gli Stati membri, secondo le rispettive competenze e nell'ambito del campo di applicazione dei trattati, provvedono affinché tali servizi funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di assolvere i propri compiti. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono tali principi e fissano tali condizioni, fatta salva la competenza degli Stati membri, nel rispetto dei trattati, di fornire, fare eseguire e finanziare tali servizi».

³¹ Così, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., 83.

del richiamo al rispetto delle disposizioni di cui agli artt. 73³², 86³³, 87³⁴ (attualmente, in formulazione identica, artt. 93, 106 e 107), permetteva infatti di riferire l'applicazione delle regole della concorrenza e del libero mercato anche alle imprese incaricate della gestione dei servizi di interesse economico generale, ma solo in quanto non ostative del compito degli enti erogatori di perseguire i valori comuni dell'Unione e di promuovere la coesione economico-sociale e territoriale³⁵.

Tuttavia, a proposito della disposizione della Carta dei diritti in commento, al fine di superare i limiti di sue letture un po' troppo asfittiche, può anzitutto osservarsi come, sebbene in via interpretativa, l'espressione «coesione sociale e territoriale» in essa presente sia stata considerata comunque inclusiva dei valori comuni dell'Unione Europea³⁶. Soprattutto, però, è opportuno, ed anzi propriamente doveroso, marcare come lo stesso articolo espressamente riconosca e rispetti l'accesso ai servizi d'interesse economico generale «quale previsto dalle legislazioni e prassi nazionali, conformemente ai trattati»³⁷.

³² In base all'art. 73 T.C.E., nel testo consolidato (ex art. 77): «Sono compatibili con il presente trattato gli aiuti richiesti dalle necessità del coordinamento dei trasporti ovvero corrispondenti al rimborso di talune servitù inerenti alla nozione di pubblico servizio».

³³ Ex art. 86 T.C.E., nel testo consolidato (già art. 90):

«1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

3. La Commissione vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente articolo rivolgendo, ove occorra, agli Stati membri, opportune direttive o decisioni».

³⁴ In forza dell'art. 87 T.C.E., nel testo consolidato (ex art. 92):

«1. Salvo deroghe contemplate dal presente trattato, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

2. Sono compatibili con il mercato comune:

a) gli aiuti a carattere sociale concessi ai singoli consumatori, a condizione che siano accordati senza discriminazioni determinate dall'origine dei prodotti,

b) gli aiuti destinati a ovviare ai danni arrecati dalle calamità naturali oppure da altri eventi eccezionali,

c) gli aiuti concessi all'economia di determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione.

3. Possono considerarsi compatibili con il mercato comune:

a) gli aiuti destinati a favorire lo sviluppo economico delle regioni ove il tenore di vita sia anormalmente basso, oppure si abbia una grave forma di sottoccupazione,

b) gli aiuti destinati a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo oppure a porre rimedio a un grave turbamento dell'economia di uno Stato membro,

c) gli aiuti destinati ad agevolare lo sviluppo di talune attività o di talune regioni economiche, sempre che non alterino le condizioni degli scambi in misura contraria al comune interesse,

d) gli aiuti destinati a promuovere la cultura e la conservazione del patrimonio, quando non alterino le condizioni degli scambi e della concorrenza nella Comunità in misura contraria all'interesse comune,

e) le altre categorie di aiuti, determinate con decisione del Consiglio, che delibera a maggioranza qualificata su proposta della Commissione».

³⁵ In particolare tanto si ricava dal disposto dell'art. 86 T.C.E.

³⁶ In questo senso, A. Lucarelli, *Scritti di diritto pubblico europeo dell'economia*, cit., 87.

³⁷ *Ibidem*.

Ciò sta a significare che, in linea con la *ratio* da sempre sottesa alle norme in tema di gestione dei servizi di interesse economico generale, anche la disposizione *de qua* non si propone affatto di contrastare la spinta liberalizzatrice dell'UE, ma cerca di bilanciarla, valorizzando la dimensione sociale dell'Unione «e perseguendo finalità di interesse economico generale mediante l'affidamento di determinati compiti a soggetti pubblici o dotati di diritti speciali o esclusivi, secondo la comune tradizione dello statuto sociale dell'Europa continentale»³⁸.

Così interpretato il disposto normativo in esame³⁹, ne risulta la chiara proiezione dell'Unione Europea ad assumere, tra le proprie finalità, un preciso obiettivo, ossia quello di verificare se il perseguimento dei fini di profitto ed efficienza, cui naturalmente tende un sistema concorrenziale, possa determinare un abbassamento della qualità e della stessa disponibilità di servizi. Il tutto, al chiaro fine di evitare che da ciò derivi un danno sul piano della salvaguardia di interessi economici generali meritevoli di tutela, con conseguente chiaro pregiudizio dei principi di uguaglianza sostanziale e solidarietà, oltre che con l'obbligo del servizio universale. Conseguentemente, anche a mezzo del percorso argomentativo ora proposto, risulta indubbia la derogabilità delle regole della concorrenza, e perciò stesso la piena legittimità della scelta dei singoli Stati a favore dell'impresa pubblica altresì nella gestione del servizio idrico in tutti i casi in cui l'applicazione delle regole della concorrenza e del mercato non sia effettivamente in grado di garantire il raggiungimento degli obiettivi anzidetti. Nel contesto di tale analisi, del resto, non poco significativo pare pure il contenuto Direttiva 2014/25/UE. Intervenendo «sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali»⁴⁰, tale direttiva non soltanto ha nuovamente ribadito la piena discrezionalità dei singoli Stati membri nella scelta delle modalità con cui, sempre nel rispetto dei principi euro-unitari, regolamentare i servizi di interesse economico generale, ma ha altresì esplicitamente negato la ricorrenza di un qualche obbligo in capo agli Stati di «affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici».

Ed allora, proiettata in prospettiva europea, e ripensata sul piano del diritto positivo, l'idea della vigenza, a livello sovranazionale, di un preciso obbligo, incombente sui singoli Stati membri, a favore dell'adozione di scelte che militino nel segno della privatizzazione dei servizi di interesse economico generale, ivi compresi i servizi pubblici locali, può dirsi certamente priva di un solido fondamento giuridico. Vero è piuttosto che la normativa europea lascia ampia facoltà agli Stati membri di regolare in piena autonomia la materia, consentendo espressamente la gestione pubblica nelle varie forme previste.

3. Il contributo della giurisprudenza, costituzionale ed europea, nella definizione della portata del principio della concorrenza. Già argomentata alla luce del dato positivo, la piena legittimità della gestione pubblica del servizio idrico trova ulteriori elementi a supporto anzitutto nella giurisprudenza costituzionale. Chiamata infatti a confrontarsi con il sistema comunitario dei servizi pubblici locali, già in occasione della sent. n. 325/2010⁴¹, la

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Un'uguale interpretazione dello stesso disposto, è stato proposto dalla scrivente già in *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, 141 e spec. 143.

⁴⁰ Si tratta della Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, che abroga la direttiva 2004/17/CE Testo rilevante ai fini del SEE (in G.U.U.E. L 94/243 del 28.03.2014).

⁴¹ Corte costituzionale, sentenza 17 novembre 2010, n. 325, cit. A commento di tale sentenza, si leggano i contributi offerti da: R. Caranta, *Il diritto dell'UE sui servizi di interesse economico generale e il riparto di competenze tra Stato e Regioni*, in *Forumcostituzionale.it*; A. Lucarelli, *Primissime considerazioni a margine della sentenza n. 325 del 2010*,

Corte ha espressamente spiegato che l'ordinamento comunitario «ha definito solo un livello minimo di regole pro-concorrenza senza impedire agli Stati Membri di introdurre regole concorrenziali più rigorose». Conseguentemente, l'introduzione nel sistema di regole concorrenziali più rigorose di quelle minime richieste dal diritto dell'Unione europea, come quelle previste dalla disposizione oggetto nell'occasione di scrutinio di legittimità⁴², non è imposta dall'ordinamento comunitario, «e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost. [...], ma neppure si pone in contrasto [...] con la [...] normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo inderogabile per gli Stati membri»⁴³. Al contrario, essa rappresenta solo «una delle diverse discipline possibili della materia che il legislatore avrebbe potuto legittimamente adottare»⁴⁴, senza peraltro che ciò determini una violazione del dettato costituzionale di cui all'art. 117, c. 1.

Ancor più efficacemente, nella sent. n. 24/2011⁴⁵, in perfetta linea di continuità con la precedente pronuncia, pure espressamente richiamata, la Corte chiarisce definitivamente che il diritto europeo non impone alcun obbligo di privatizzazione per le imprese pubbliche o incaricate della gestione dei servizi pubblici. Anzi, nell'occasione la stessa Corte spiega come, al contrario, l'azione comunitaria in materia sia piuttosto improntata al rispetto del principio di neutralità nei confronti del regime pubblico o privato della proprietà. E tale principio, insieme a quelli di libertà di definizione e proporzionalità, «costituisce uno dei cardini della disciplina comunitaria dei servizi di interesse generale»⁴⁶.

Ebbene, nel marcare la rilevanza che, nell'economia di una qualsiasi trattazione del tema, deve certamente riconoscersi alla giurisprudenza costituzionale in commento, già anni fa attenta dottrina, proprio richiamandosi ad essa, ha spiegato che «la normativa comunitaria tiene una posizione imparziale rispetto alle decisioni dell'autorità locale, come pure rispetto alla natura pubblica o privata del soggetto gestore del servizio, non dettando alcuna prescrizione in merito alla scelta dell'ente locale di ricorrere o meno all'autoproduzione o al mercato e non imponendo all'operatore economico (nozione comunitaria di impresa) alcuna forma per diventare titolare della gestione di servizi»⁴⁷. Infatti, «nella prospettiva europea, la

in *Rivistaaic.it*, 1, 2011; F. Costantino, *Servizi locali e concorrenza. A proposito della sent. n. 325 del 2010*, in *Rivista AIC*, 1, 2011.

⁴² Oggetto di sindacato, nell'occasione, era l'art. 23-bis, d.l. n. 112/2008 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 133/2008, nel testo originario ed in quello modificato dall'art. 15, c. 1, n. 135/2009 (*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 166/2009.

⁴³ Corte cost., sent. n. 325/2010, cit., punto 6.1 del *Considerato in diritto*.

⁴⁴ Corte cost., sent. n. 325/2010, cit., punto 6 del *Considerato in diritto*.

⁴⁵ Corte cost., sent. n. 24/2011, il cui testo è consultabile sul sito Consulta on line (all'indirizzo: *Giurcost.org*). A commento di tale sentenza si leggano le osservazioni di A. Lucarelli, *La Corte costituzionale di fronte al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 6, 2010.

⁴⁶ Così, A. Lucarelli, L. Longhi, *Sul governo dei servizi pubblici locali nella prospettiva delle città metropolitane*, in *Gazzettaforense.com*, 3, 2014, nota 18.

⁴⁷ In questi termini, V. Avaltroni, *L'assetto della disciplina del SII dopo il referendum abrogativo del 12 e 13 giugno 2011 – note d'approfondimento*, in *Dirittodeiserviziipubblici.it* del 06.07.2011. Ugualmente, A. Lucarelli, nel parere, cit., 5, per il quale: «L'apertura al mercato è secondo il diritto europeo la via prevalente, ma tuttavia è una delle vie, e come tale non esclusiva al punto da essere imposta ai Comuni, per garantire l'efficienza e l'efficacia del servizio, considerando le amministrazioni pubbliche non in grado di gestire un servizio pubblico». Quindi, riferendosi al testo del d.d.l. in commento, aggiunge: «Quello che viene sostanzialmente dimenticato nel testo, è che non è l'unica via: anzi come più volte ricordato dalla giurisprudenza, gli enti locali devono essere messi in condizione di optare tra più modelli».

pubblica amministrazione può decidere di erogare direttamente prestazioni di servizi a favore degli utenti mediante proprie strutture organizzative senza dovere ricorrere, per lo svolgimento di tali prestazioni, ad operatori economici attraverso il mercato»⁴⁸.

Pienamente coerente con l'indirizzo giurisprudenziale sopra riassunto è pure l'approccio che nei riguardi del tema è stato sposato dalla Corte di Giustizia. In occasione della definizione di uno dei giudizi maggiormente incidenti sul piano materiale in esame, il giudice europeo, infatti, non ha mancato di puntualizzare come, in via generale, un'autorità pubblica può perfettamente adempiere i compiti cui è tenuta mediante propri strumenti, senza essere obbligata a fare ricorso ad entità esterne non appartenenti ai propri servizi, precisando come possa altresì farlo in collaborazione con altre autorità pubbliche⁴⁹. In verità, «l'ordinamento comunitario consente la gestione dei servizi pubblici locali e nazionali sia da parte di soggetti pubblici che da parte di soggetti privati ma esige che non si creino impropri favori per tali soggetti (sia pubblici che privati) che possano alterare la concorrenza e, in caso di coinvolgimento dei privati, impedisce che ciò avvenga in modo discriminatorio e non trasparente»⁵⁰. Conseguentemente, «spetta all'ente valutare le modalità ottimali di espletamento del servizio con riguardo ai costi, ai margini di copertura degli stessi, alle migliori modalità di organizzazione del servizio in termini di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto dei principi di tutela della concorrenza da un lato e della universalità e dei livelli essenziali delle prestazioni dall'altro»⁵¹.

Anche in forza di tale giurisprudenza, dunque, gli enti locali recuperano quell'autonomia di scelta fra le varie forme di gestione che, già pure costituzionalmente garantita, ha trovato un saldo ancoraggio anche nella giurisprudenza amministrativa, con il solo limite, da questa imposta⁵², «di motivare adeguatamente la decisione finale»⁵³. Limite, questo, reso poi ancor più stringente dai principi elaborati in tema dalla Corte dei Conti. Si tratta di principi che «poggiano sul dettato costituzionale di cui all'art. 97 Cost. e sulla considerazione che – atteso che ogni ente pubblico ha una sua organizzazione ed un suo personale – è con essi che deve ottemperare alle sue funzioni»⁵⁴. Pertanto, «l'ente, deve attentamente valutare l'an e il *quomodo* dell'espletamento del servizio pubblico, procedendo ad esternalizzare lo stesso o a svolgerlo in maniera associata solo quando ciò risulti effettivamente la soluzione migliore, in termini di efficacia, efficienza ed economicità, in alternativa alla gestione diretta da parte dell'ente stesso»⁵⁵.

Ecco, allora, che, ripensata quale *ratio* fondante scelte fortemente orientate verso il mercato e le sue logiche, anche l'argomentazione all'apparenza più robusta cade, conseguentemente conferendo, anche per tale profilo, maggiore corposità alle molte critiche che hanno negli anni investito le successive scelte operate dal legislatore italiano nel segno della privatizzazione del sistema.

⁴⁸ Corte cost., sent. n. 439/2008, punto 7 del *Considerato in diritto*. Il testo di tale sentenza è consultabile sul sito Consulta on-line (all'indirizzo: *Giurcost.org*).

⁴⁹ Corte Giust., sent. *Coditel Brabant* CE, 09.06.2009 causa C-480/06.

⁵⁰ Sul punto, G. Rossi, *Ricomporre il quadro normativo delle società di gestione dei servizi pubblici locali. Alla ricerca del filo di Arianna*, in *Giustamm.it*, 6, 2011.

⁵¹ Corte Conti, sezione regionale di controllo per la Regione Lombardia, 11/05/2009 n. 195.

⁵² Cons. Stato, Sez. V°, sent. n. 854/2011.

⁵³ Così, M. Grieco, *Effetti collaterali dell'esito referendario sulla gestione integrata dei rifiuti*, in *Lexambiente.it*, 21 luglio 2011.

⁵⁴ R. Francaviglia, *L'incidenza della flessibilità del rapporto di lavoro sul costo del personale nelle aziende sanitarie*, in *Diritto.it*, giugno 2004.

⁵⁵ Corte Conti, sez. reg.le di contr. Regione Lombardia, parere 22/10/2008, n. 79.

Né, a sconfessare l'indirizzo giurisprudenziale in questione pare in qualche modo utile il richiamo ai più recenti arresti della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e quindi della Corte costituzionale, chiamate rispettivamente a pronunciarsi sulla conformità al diritto euro-unitario e quindi al dettato costituzionale di una più recente normativa limitativa della possibilità da parte della P.A. di ricorrere al modello c.d. *in house*. Già la Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁵⁶, infatti, in occasione della definizione della questione introdotta a mezzo rinvio pregiudiziale di interpretazione avente ad oggetto la direttiva 2014/24⁵⁷, pur offrendo una lettura della disposizione indubbiata⁵⁸ atta a tradursi in un chiaro riconoscimento della possibilità di ricorso a procedure di appalto pubblico, ribadisce come «nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici» di qui, quindi, passando a rimarcare, anche espressamente, la piena libertà degli Stati membri di scegliere il modo di prestazione di servizi mediante il quale le amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze. Analogamente, la Corte costituzionale⁵⁹, in occasione dello scrutinio di legittimità avente ad oggetto la normativa nazionale che favorisce l'aggiudicazione di appalti pubblici a discapito dei contratti *in house*⁶⁰, nel rigettare i dubbi di costituzionalità sollevati, in perfetta continuità con i suoi precedenti giurisprudenziali, ammonisce che la scelta legislativa in questione «proprio perché reca una disciplina pro concorrenziale più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal diritto comunitario, non è da questo imposta – e, dunque, non è costituzionalmente obbligata, ai sensi del primo comma dell'art. 117 Cost., come sostenuto dallo Stato –, ma neppure si pone in contrasto [...] con la citata normativa comunitaria, che, in quanto diretta a favorire l'assetto concorrenziale del mercato, costituisce solo un minimo

⁵⁶ Corte Giust., Sez. IX, sentenza 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19.

⁵⁷ Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (in G.U.U.E. L 94/65 del 28.03.2014).

⁵⁸ In occasione del rinvio pregiudiziale d'interpretazione alla Corte di Giustizia, avente ad oggetto tale direttiva, il giudice remittente chiedeva in sostanza, «se l'articolo 12, paragrafo 3, della direttiva 2014/24 debba essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale che subordina la conclusione di un'operazione interna, denominata anche «contratto *in house*», all'impossibilità di procedere all'aggiudicazione di un appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna». Al riguardo, la Corte, anche richiamando i suoi noti precedenti, ed in particolare la sentenza *Irgita* (C-285/18), ricorda che «l'articolo 12, paragrafo 1, di tale direttiva, relativo alle operazioni interne, che si limita quindi a precisare le condizioni che un'amministrazione aggiudicatrice deve rispettare quando desidera concludere un'operazione interna, ha soltanto l'effetto di autorizzare gli Stati membri ad escludere una tale operazione dal campo di applicazione della direttiva 2014/24». Conseguentemente – sentenza la Corte – «tale disposizione non può [...] privare gli Stati membri della libertà di favorire una modalità di prestazione di servizi, di esecuzione di lavori o di approvvigionamento di forniture a scapito di altre. In effetti, questa libertà implica una scelta che viene effettuata in una fase precedente all'aggiudicazione di un appalto e che non può quindi rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva 2014/24 (sentenza *Irgita*, punto 44)».

⁵⁹ Corte cost., sent. n. 100/2020. Il testo di tale sentenza è consultabile sul sito Consulta on-line (all'indirizzo: Giurcost.org).

⁶⁰ Si tratta dell'art. 192, c. 2, del d.lgs. n. 50/2016, *Codice dei contratti pubblici* (in G.U. n. 91 del 19 aprile 2016), ai sensi del quale: «ai fini dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche».

inderogabile per gli Stati membri»⁶¹.

Anche le posizioni più recentemente assunte in tema dai massimi giudici italiano ed europeo attestano, insomma, l'assenza, ai fini della gestione dei servizi pubblici, di un qualsiasi obbligo di privatizzazione di matrice europea a carico dei singoli Stati membri. E tale affermazione, che ripete più risalenti prese di posizione sul punto, pare oramai definitivamente consolidare l'indirizzo giurisprudenziale in parola, come dimostra anche un'ultima sentenza resa in tema dai giudici di Palazzo Spada⁶².

Intervenendo anche loro sulla normativa di cui si è appena detto, i supremi giudici amministrativi, infatti, dopo aver evidenziato una duplice condizione cui, in forza della normativa *de qua*, è subordinata la legittimità del ricorso al modello di gestione *in house* dei servizi pubblici, ossia la dimostrazione del cd. «fallimento del mercato», e la sussistenza di specifici «benefici per la collettività» derivanti dall'affidamento diretto del servizio *in house*, precisato che «il primo presupposto per procedere mediante l'«in house» consiste nell'obbligo di motivare le ragioni che hanno comportato l'esclusione del ricorso al mercato»⁶³, concludono che alla luce di tanto «non potrebbe escludersi la legittima possibilità per l'amministrazione di procedere secondo modalità che non si traducono nell'effettuazione di specifiche indagini di mercato e/o di tipo comparativo». Ed infatti «la peculiarità del caso concreto, l'esperienza di mercato vissuta in precedenza, l'elaborazione di specifici dati ben possono indurre alla ragionevole valutazione che l'affidamento mediante gara non garantisca (non, quantomeno, nella stessa misura di quello diretto) il raggiungimento degli obiettivi prefissati, traducendosi in plausibili, dimostrabili e motivate ragioni idonee a giustificare la scelta»⁶⁴.

Ebbene, di là dai dubbi che pure solleva in merito alla compressione degli spazi di autonomia degli enti locali nelle scelte da adottare in tema di affidamento dei servizi pubblici, è comunque certo che tale disposizione non recide affatto *in toto* la possibilità di un affidamento *in house*. Piuttosto, resta fermo che, pur rappresentando ormai un'ipotesi derogatoria e residuale rispetto all'ordinario ricorso al mercato, l'utilizzo del modello gestorio in questione resta comunque perfettamente legittimo laddove ricorrano i requisiti sopra indicati e l'Amministrazione adotti un'adeguata motivazione a sostegno del mancato ricorso al mercato.

4. Concludendo sulla legittimità della gestione pubblica del servizio idrico. Sia se riguardata sotto il profilo interno che sovranazionale, la questione della legittimità dell'affidamento pubblico del servizio idrico pare dunque doversi intendere e risolvere in senso affermativo. Inopinabilmente, specie a livello europeo, il sistema normativo e giurisprudenziale è altamente frammentato e contraddittorio, con regole, come quella della concorrenza ed il libero mercato, affiancate da così tante eccezioni, sì che la ricerca di un'auspicata coerenza all'interno del diritto pubblico europeo dell'economia finisce per scontrarsi con il dato di realtà costituito da un insieme di principi, regole, dati giurisprudenziali «che talvolta si contrappongono, tali altre si integrano e/o limitano il diritto

⁶¹ Corte cost., sent. n. 100/2020, cit., punto 9.2 del *Considerato in diritto*, che sul punto richiama quali suoi precedenti conformi la sent. n. 325/2010, e la sent. n. 46/2013.

⁶² Cons. Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*.

dei mercati e della concorrenza»⁶⁵. Tuttavia, né sull'uno né sull'altro piano si rintracciano elementi che, in punto di diritto, possano dirsi effettivamente ostativi ad una positiva definizione di tale *querelle*.

Anzi, le considerazioni fin qui svolte mostrano la facile ricognizione all'interno del nostro sistema ordinamentale, nonché a livello europeo, di una serie di prescrizioni assolutamente utili non soltanto ai fini dell'affermazione della piena legittimità della gestione pubblica del servizio in esame, ma anche della sua maggiore rispondenza ai valori che su l'uno e l'altro piano sono assunti a fondamento dell'azione dei pubblici poteri.

Il tutto senza contare la più diretta aderenza che la scelta a favore di una simile gestione dei servizi pubblici palesa a fronte del peculiare rilievo che, in seno all'ordinamento interno, è costituzionalmente attribuito agli enti locali. Sebbene trattasi di un'argomentazione mai insinuata nel ragionamento dei giudici costituzionali in occasione dei diversi giudizi incidenti in tema, è indubbio il rilievo che, nella trattazione del tema, riveste anzitutto l'art. 5 Cost., laddove il riconoscimento e la promozione delle autonomie locali si accompagna alla fissazione dell'impegno da parte della Repubblica ad attuare, nei servizi che dipendono dallo Stato, il più ampio decentramento amministrativo, nonché ad adeguare i principi ed i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento. Ma anche l'art. 118, Cost. che, dal canto suo, positivizzando il principio di sussidiarietà in senso verticale, attribuisce le funzioni amministrative agli enti pubblici a partire da quello più vicino ai cittadini, ossia il Comune.

Inopinabilmente, sul piano strettamente giuridico, ad accentuare la torsione dell'interpretazione delle conferenti disposizioni in materia in senso maggiormente aderente alle esigenze sociali sottese all'intervento pubblico hanno concorso le molte falle apertesesi nel sistema concorrenziale. Non è un caso che, conscia di tanto, la Corte costituzionale, per anni impegnata nella costante modulazione del bilanciamento tra principi e valori dalla non facile composizione imposta dall'evoluzione delle politiche economiche e delle dinamiche di mercato decise a livello europeo, e quindi dal crescente rilievo riconosciuto al valore della concorrenza⁶⁶, abbia più recentemente orientato la propria interpretazione delle disposizioni in materia di rapporti economici «verso nuovi e più recenti paradigmi di crescita, sviluppo e integrazione sovranazionale»⁶⁷. D'altro canto, anche a livello europeo, l'acquisita consapevolezza della fallibilità del mercato ha da ultimo fatto emergere «una forte necessità di recupero della coesione politico-sociale e di una dimensione maggiormente personalista anche dell'Unione europea, nell'obiettivo di raggiungere un bilanciamento ottimale fra la componente mercantile e i principi definiti di *individual freedom* e *self determination*, espressione del modello di *Democratic Economic Constitutions*»⁶⁸. Sicché, oggi più che mai, l'espressione «L'Europa lo vuole»⁶⁹, da anni impiegata per rispondere in maniera acritica e

⁶⁵ In questo senso, A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e stato regolatore. Crisi delle banche e nuove forme di risanamento: tra mercato, regola della concorrenza e dimensione sociale*, in *Federalismi.it*, 18, 2016, 10.

⁶⁶ Sul punto, per un approfondimento, O. Pini, *Giurisprudenza costituzionale e statuto dei rapporti economici: "interpretazione adeguatrice" ed evoluzione ordinamentale*, in *Diritti fondamentali*, 2, 2019, *passim*.

⁶⁷ Cfr. V. Vaira, *La gestione del Servizio Idrico Integrato e i nuovi modelli di "democrazia organizzativa"*, cit., 246.

⁶⁸ Così, V. Vaira, *La gestione del Servizio Idrico Integrato e i nuovi modelli di "democrazia organizzativa"*, cit., *ivi*. Sul punto, per un maggiore approfondimento, cfr. altresì A. Lucarelli, *Il Bail-in paradigma dell'eterno conflitto tra Stato assicuratore e stato regolatore. Crisi delle banche e nuove forme di risanamento: tra mercato, regola della concorrenza e dimensione sociale*, cit., 20.

⁶⁹ Il senso di tale esclamazione è ben marcato da G. Silvestri, *Stato di diritto, tutela dei diritti sociali e crisi delle finanze pubbliche*, in AA.VV. (a cura di), *Stato di diritto e crisi delle finanze pubbliche*, Napoli, 2016, 10. L'autorevole costituzionalista, infatti, evidenzia come tale esclamazione sia quella a cui, anche senza alcun fondamento

fondamentalmente irresponsabile alle obiezioni sollevate da quanti andavano avversando la deriva privatizzatrice dei diversi interventi legislativi intanto registratisi in materia nel nostro Paese, pare priva di ogni effettiva pregnanza giuridica.

Ciononostante, è indubbio che, ad oggi ancora, specie nel nostro Paese, tale rinnovato approccio nei riguardi dei rapporti economici complessivamente intesi stenta a tradursi in interventi legislativi sempre concretamente finalizzati a rendere il sistema aderente alle finalità appena marcate.

Certamente, in questa prospettiva, non mancano delle aperture. Basti pensare al riordino dei servizi di interesse economico generale ad opera del d.lgs. n. 210/2022⁷⁰. Adottato in attuazione della delega conferita dall'articolo 8, l. n. 118/2022⁷¹, tale decreto, in effetti, pare chiaramente indirizzato, negli ambiti materiali oggetto di suo intervento⁷², all'obiettivo di coniugare autonomia locale, mercato e diritti sociali⁷³. Ma, a prescindere dalle complicità conseguenti agli ulteriori oneri posti a carico degli enti locali, soprattutto in materia di analisi a supporto della scelta della forma di gestione e in tema di monitoraggio e controllo degli affidatari (aspetti, questi ultimi, per i quali gli enti locali sono spesso privi delle competenze aziendalistiche necessarie), non bisogna scordare come l'adozione del decreto *de quo* rappresenti il punto di arrivo di un *iter* politico/normativo di ben diversa portata nel suo avvio. Ed infatti, per contenuti e finalità, ben diversa era la portata del disegno di legge in materia di concorrenza e mercato⁷⁴ che ha portato infine all'approvazione della legge con cui il Governo è stato infine delegato all'adozione del decreto in questione. Soprattutto, si ricorderà come gli emendamenti apportati al testo originario del disegno di legge *de quo* siano state conseguenza delle molte critiche da più parti sollevate rispetto a molte sue disposizioni, con argomentazioni atte ad inficiare la stessa legittimità delle previsioni in esse contenute⁷⁵. In breve, insomma, ad oggi ancora, tra piano teorico-speculativo e normativa di attuazione,

giuridico, i governi nazionali fanno molte volte riferimento per deresponsabilizzarsi rispetto all'adozione di provvedimenti non sempre popolari.

⁷⁰ Si tratta, più specificamente, del d.lgs. n. 201/2022, *Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica* (in G.U. Serie generale - n. 304 del 30 dicembre 2022).

⁷¹ L. n. 118/2022, *Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021* (in G.U. n. 188 del 12.08.2022). In attuazione dell'articolo 8, il Governo, a mezzo del già citato d. lgs. n. 201/2022, esercita la delega con l'obiettivo di riordinare la disciplina in materia, coordinandola con la normativa in materia di contratti pubblici e di società a partecipazione pubblica per gli affidamenti in autoproduzione, oltre che con le discipline settoriali e con quella in tema di Piano nazionale di ripresa e resilienza (P.N.R.R.).

⁷² In particolare, oltre a soffermarsi su principi generali, ambito di applicazione e rapporti con le discipline di settore (T.P.L., servizio idrico, elettrico, farmacie ecc.) il decreto *de quo* interviene in modo organico e puntuale in tema di: istituzione, organizzazione e modalità di gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica, a rete e non.

⁷³ Che tali siano le finalità perseguite dal decreto in esame, lo dimostra il fatto che l'esercizio del potere pubblico in materia, in ordine all'istituzione ed alla modalità di gestione dei servizi pubblici, deve «garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale» e, al contempo, assicurare l'adeguatezza dei servizi in termini di «accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza». Così disponendo, dunque, all'autonomia locale si è, in buona sostanza, chiesto di esplicarsi in maniera responsabile, soddisfacendo i bisogni della comunità di riferimento in modo non solo trasparente ma anche efficiente ed economico, coniugando al meglio l'autonomia costituzionalmente garantita dei poteri pubblici locali, con il mercato e concorrenza, nonché con la tutela dei diritti sociali dei cittadini.

⁷⁴ Il disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza per l'anno 2021 è stato approvato dal Consiglio dei Ministri nell'adunanza del 4 novembre 2021, così come previsto dall'art. 47, l. n. 99/2003. Il testo completo di tale disegno è, tra l'altro, consultabile dell'ANSA, all'indirizzo: https://www.ansa.it/documents/1636051142145_concorrenza.pdf.

⁷⁵ Sul punto, per un approfondimento, F. Meola, *La gestione del servizio idrico integrato nella legge annuale per il mercato e la concorrenza 2021*, cit., 114 ss.

continua spesso volte a registrarsi una distanza alquanto problematica, specie sotto il profilo dell'effettivo soddisfacimento delle esigenze sottese all'affermazione di un'economia improntata al più giusto bilanciamento tra diritti e mercato.

Ma, una volta sconfessata la bontà delle argomentazioni di matrice giuridica il più delle volte addotte al fine di avversare la legittimità della gestione pubblica del servizio idrico, e con ciò anche il pretesto di una quale «debenza europea» cui non sarebbe stato possibile sottrarsi, proprio tale distanza mette chiaramente in luce la vera natura del problema.

Palesandosi tra l'altro anche attraverso recenti esternazioni di alcuni esponenti specie di una certa parte politica, fieramente avversa alla realizzazione di interventi pensati e realizzati nel segno della garanzia della continuità della gestione del servizio idrico integrato per mano pubblica, ma anche e soprattutto in opinabili tentativi di «sabotaggio» della stessa⁷⁶, quello in analisi si mostra di fatto come un problema di natura strettamente e squisitamente politica.

Un problema cioè che affonda le proprie radici non solo in una scarsa o nulla comprensione da parte dei rappresentanti del corpo elettorale del quadro giuridico, interno ed europeo, in cui le scelte in tema devono necessariamente calarsi, ma anche in una certa miopia istituzionale rispetto alle distorsioni che politiche troppe liberiste hanno in questi anni prodotto a danno dell'intero sistema. Il tutto, peraltro, secondo un *modus agendi* assolutamente risalente e da sempre oggetto di severe critiche da parte della dottrina più attenta. Questa, infatti, non ha mai mancato di evidenziare i molti limiti di tante scelte in materia dei servizi pubblici locali, e quindi di servizio idrico integrato che, adottate dal legislatore, hanno visto l'assunzione della tutela della concorrenza a punto di riferimento privilegiato (se non esclusivo) della relativa disciplina, anche ben oltre quanto richiesto dalla stessa normativa europea⁷⁷, con conseguente chiara compressione di altri profili pure rilevanti in tema. Basti in questo senso pensare al deciso cambio di rotta emergente dal confronto della l. n. 142/1990⁷⁸ con gli atti normativi adottati successivamente al d. lgs. n. 267/2000⁷⁹. Nel corso degli anni, infatti, e per effetto dell'influenza esercitata dal diritto europeo, la disciplina dei servizi pubblici locali è via via passata dal «realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali» a soddisfare le esigenze proprie del mercato, anche grazie all'esplicito riferimento fatto in atto alla tutela della concorrenza, che di qui in poi sarà inopinabilmente assunta a base di ogni successivo intervento normativo in tema⁸⁰.

Per quel che riguarda il nostro Paese, però, proprio tale *modus agendi* getta ancor più ombre sull'operato delle forze politiche, e non solo perché tradisce quei valori di fondo del nostro

⁷⁶ Da ultimo, infatti, a danno dei gestori pubblici del servizio idrico, si è addirittura artatamente tentato di tagliarli fuori dalla possibilità di avvantaggiarsi delle possibilità di crescita ad oggi consentite, in via generale, alla realtà aziendale italiana grazie ai fondi stanziati dal P.N.R.R. Qui, in particolare il riferimento è a quanto accaduto ai danni dell'A.B.C. (Acqua Bene Comune), ossia l'azienda speciale che per il Comune di Napoli gestisce il servizio idrico integrato, il 18 maggio del 2022, in prossimità della scadenza del primo bando del P.N.R.R.. Nell'occasione, nel corso nella seduta dell'esecutivo dell'Ente Idrico Campano, viene approvata la delibera di adozione delle proposte progettuali dei cinque gestori dell'acqua, con esclusione di quelle di A.B.C. Napoli perché non conformi ai requisiti richiesti. In realtà, però, come denunciato dal Comitato acqua pubblica Napoli – Coordinamento campano per la gestione pubblica dell'acqua, in un comunicato del 19 maggio 2022, quella adottata è «motivazione non giustificata» stante il contemporaneo riconoscimento a favore di A.B.C. di finanziamenti per un P.O.N. che richiedeva analoghi requisiti.

⁷⁷ Il dato è stato ben marcato dalla Corte costituzionale nelle già citate sentenze n. 325 del 2010 e n. 24 del 2011.

⁷⁸ L. n. 142/1990, *Ordinamento delle autonomie locali* (in G.U. 12 giugno 1990 - Suppl. Ordinario n. 42).

⁷⁹ D. lgs. n. 267/2000, *Testo Unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali a norma dell'articolo 31 della legge 3 agosto 1999, n. 265* (in G.U. n. 227 del 28 settembre 2000, s.o. n. 162/L).

⁸⁰ Per un approfondimento sul punto, cfr. P. Chirulli, *I servizi pubblici locali e il servizio idrico integrato tra legislatore, Corte costituzionale e (presunta) "volontà" referendaria*, in *Federalismi.it*, 8 aprile 2015, 10 ss.

sistema costituzionale che fa del principio egualitario e di quello solidarista elementi indefettibili di qualunque bilanciamento imposto dalla regolamentazione del settore, ma anche perché ne marca altresì distanza dal corpo elettorale. Ed infatti, ciò che si può e si deve rimproverare agli esponenti politici nostrani è, tra l'altro, il tradimento di quella volontà referendaria che, chiaramente espressasi già anni fa in senso contrario alla privatizzazione del servizio idrico⁸¹, si trova oggi ad essere di nuovo, continuamente, messa in discussione.

In questa prospettiva, anzi, la vicenda dell'azienda speciale A.B.C., che per il Comune di Napoli gestisce il servizio idrico integrato, può essere assunta ad emblema di quella crisi nei rapporti tra rappresentante e rappresentato che costituisce di certo una delle maggiori urgenze del nostro tempo. Tra le poche realtà che, a seguito della consultazione referendaria del 12 e 13 giugno 2011, hanno consentito l'inveramento delle volontà popolari, espressasi, nell'occasione, contro la privatizzazione dei servizi pubblici locali, e, tra questi, specificamente del servizio idrico, tale azienda, in realtà, è stata da sempre oggetto di continui attacchi che, anche in ragione dell'irrazionale e continuo intervento regolativo del settore da parte del legislatore, hanno portato, anzitutto a suo danno, a dubitare della trasformabilità di una società per in azioni *in house* in azienda speciale (e, quindi, nel caso di specie della trasformabilità dell'A.R.I.N. S.p.A. in A.B.C. – Acqua Bene Comune, azienda speciale⁸²), oltre che della stessa legittimità della gestione pubblica del servizio idrico.

Ecco allora che già ripensare la vicenda dell'azienda napoletana in questione alla luce della volontà espressa dal corpo elettorale a mezzo della consultazione referendaria di anni fa, riscrivendone il futuro in direzione di un più generale rafforzamento del carattere pubblico della gestione del servizio idrico, potrebbe tra l'altro essere utile per ricostruire quel rapporto fiduciario tra società e politica, cittadini e rappresentanti, che negli anni si è chiaramente incrinato.

⁸¹ Il riferimento, qui, è alla consultazione referendaria svoltasi il 12 e 13 giugno del 2011. È bene ricordare che dei quattro quesiti referendari dichiarati, nell'occasione, ammissibili dalla Corte costituzionale (sentt. nn. 24/2011 e 26/2011, il cui testo è consultabile sul sito della Consulta on line, all'indirizzo: *Giurcost.org*), due, nello specifico, investivano la questione del servizio idrico integrato. In particolare, il quesito n. 1 mirava ad abrogare l'art. 23-bis (*Servizi pubblici locali di rilevanza economica*), d.l. n. 112/2008 (*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e finanzia la perequazione tributaria*), convertito, con modificazioni, in l. n. 133/2008, come modificato dall'art. 30, c. 26, l. n. 99/2009 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*), e dall'art. 15 d.l. n. 135/2009 (*Disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e per l'esecuzione di sentenze della corte di giustizia della Comunità europea*), convertito, con modificazioni, dalla l. n. 166/2009, nel testo risultante a seguito della sent. n. 325/2010 della Corte cost. Il quesito n. 2, invece, aveva ad oggetto l'abrogazione dell'art. 154, cod. amb. (d.lgs. n. 152/2006).

⁸² L'azienda speciale A.R.I.N. (Azienda Risorse Idriche di Napoli) - Ente strumentale del Comune di Napoli venne costituita il 29 maggio 1995, con deliberazione del Consiglio comunale n. 131. Dal 1° gennaio 2001, poi, essa divenne S.p.A. con il Comune di Napoli unico azionista. In anni più vicini a noi, e specificamente il 23 settembre 2011, la Giunta comunale ha anzitutto approvato la delibera n. 942 proposta dal Consiglio ai fini della trasformazione dell'A.R.I.N. S.p.A. in azienda speciale. A questa, poi, è seguita la delibera n. 32 del 26 ottobre 2012, con la quale il Consiglio comunale stesso ha disposto, nei confronti di A.R.I.N. S.p.A., la trasformazione della società A.R.I.N. in azienda speciale A.B.C. (Acqua Bene Comune), approvando lo schema di statuto, ed istituendo un comitato di sorveglianza con funzioni consultive, di controllo, di informazione, d'ascolto, di concertazione e di dibattito, anche propositivo, sul servizio pubblico idrico ed in particolare rispetto alle decisioni inerenti gli atti fondamentali di pianificazione, programmazione e gestione, composto da rappresentanti degli utenti, del mondo ambientalista e dei dipendenti dell'Azienda stessa. Finalmente, quindi, nell'aprile del 2013, l'A.R.I.N. S.p.A. si è trasformata in Acqua Bene Comune Napoli azienda speciale.

⁸² La *Commissione Rodotà* (dal nome del suo Presidente, il Prof. Stefano Rodotà) fu istituita dal Ministro della giustizia, con proprio decreto, il 14 giugno 2007, al fine di redigere uno schema di disegno di legge delega per la riforma delle norme del codice civile in materia di beni pubblici.

Abstract. Il saggio indaga sul fondamento di legittimità della gestione pubblica del servizio idrico. In questa prospettiva, esso esamina le norme, di diritto interno ed europeo, rilevanti in tema. E ciò al fine di dimostrare la fallacia di ogni pretesa volta a giustificare la torsione del legislatore nazionale a favore del mercato e delle sue regole alla luce di stringenti obblighi sovranazionali cui dare attuazione, nonché per marcare la più diretta aderenza della gestione pubblica del servizio idrico a quei beni e valori che la nostra Carta costituzione assume tra quelli fondamentali e fondanti la nostra identità culturale ed ordinamentale.

Abstract. The essay investigates the basis of legitimacy of the public management of the water service. From this perspective, it examines the provisions of domestic and European law relevant to the topic. And this in order to demonstrate the fallacy of any claim aimed at justifying the twist of the national legislator in favor of the market and its rules in light of stringent supranational obligations to be implemented, as well as to mark the most direct adherence of the public management of the water service to those goods and values that our Constitution Charter considers among those fundamental and founding our cultural and legal identity.

Parole chiave. concorrenza – mercato – servizi pubblici – gestione servizio idrico – intervento pubblico nell’economia.

Key words. competition – market – public services – water service management – public intervention in the economy.