

*Rilevanza giuridica della qualità dei servizi pubblici e disciplina del servizio idrico integrato nell'attuale processo di liberalizzazione e regolazione "nel" mercato.**

SOMMARIO: 1. Liberalizzazione e regolazione dei servizi pubblici. Profili evolutivi. 2. La posizione giuridica dell'utente dei servizi pubblici locali e la rilevanza giuridica della qualità del servizio. 3. La disciplina dei servizi pubblici locali e le recenti tendenze normative sulle modalità di gestione tra liberalizzazione del mercato e autonomia locale. 4. I principi dell'attività di regolazione dei servizi pubblici ed in particolare del servizio idrico. 5. La rilevanza giuridica della regolazione dei servizi pubblici locali nel recente quadro normativo. 6. L'Autorità di vigilanza del servizio idrico integrato nel processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali alla luce dei recenti interventi normativi. 7. Considerazioni conclusive.

1. Liberalizzazione e regolazione dei servizi pubblici. Profili evolutivi.

Il tema dei servizi pubblici è sempre stato al centro delle riflessioni della dottrina, la cui attenzione è stata rivolta principalmente alle possibili forme di gestione delle attività considerate di "servizio pubblico", attesa l'esigenza di individuare soluzioni adatte a ricomporre in un quadro di regole definito i diversi interessi, pubblici e privati, che sono coinvolti in questa sfera dell'azione pubblica.

Infatti, l'apertura al mercato dei servizi pubblici ha reso più complessa la trama dei rapporti tra i soggetti interessati, che si snoda in una molteplicità di relazioni: quella tra soggetti regolatori e imprese che gestiscono il servizio; quella tra imprese concorrenti; quella tra gestori e utenti e quella tra utenti e amministrazione¹.

In questo contesto le novità più significative si sono registrate nella fase più dinamica del processo di integrazione comunitaria, spingendo il legislatore ad interpretare in

*Il presente contributo è in corso di pubblicazione sulla rivista *Impresa Ambiente Management*, Napoli, 1/2012.

¹ M. CLARICH, *Servizi pubblici e diritto europeo della concorrenza: l'esperienza italiana e tedesca a confronto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 2003, 122. L'autore, nel porre in evidenza i tratti salienti del processo di sovrapposizione della costituzione economica europea a quella nazionale, si sofferma sulle novità strutturali del passaggio dallo Stato gestore allo Stato regolatore ed in particolare sul superamento della sequenza lineare di rapporti di tipo autoritativo tra ministero, impresa concessionaria e utenti, questi ultimi peraltro privi di strumenti di tutela adeguati in caso di disservizi. Emerge una nuova trama di rapporti giuridici che si instaura tra soggetti regolatori, imprese ed utenti, a garanzia del libero mercato ma anche della qualità dei servizi, nell'ambito della quale un peculiare rilievo è ascrivito ai profili di responsabilità dei soggetti gestori in caso di violazione degli obblighi posti da atti di regolazione, contratti di servizio e carte di servizi.

chiave concorrenziale la questione della qualità del servizio pubblico elevandolo ad elemento essenziale alla competitività del mercato².

Ciò ha indirizzato i servizi pubblici a forme di gestione ispirate a modelli imprenditoriali determinando, da un lato, ove possibile, processi di liberalizzazione tout court e dall'altro, la possibilità per le amministrazioni erogatrici di gestire il servizio attraverso moduli privatistici in grado di superare gli ostacoli di un'organizzazione strutturale ancora fortemente burocratizzata³.

² L'obiettivo del Legislatore Comunitario era, infatti, quello di realizzare un più ampio sviluppo della concorrenza abolendo, o per lo meno riducendo, gli ostacoli giuridici che si frapponevano all'entrata di nuove imprese nel mercato, attraverso la soppressione del sistema protezionistico che gli Stati membri avevano costruito nei settori afferenti i servizi di interesse generale. Settori come quello dei trasporti, delle telecomunicazioni, della posta e dell'energia erano, infatti caratterizzati da una massiccia presenza dello Stato, che si sviluppava sia nella regolamentazione della fornitura dei servizi, che nella gestione, diretta o indiretta, delle imprese. La crescente introduzione dei principi concorrenziali è stata, in parte, conseguenza dello sviluppo della tecnologia e del mutamento della struttura della domanda, ma soprattutto della maturata convinzione che le regole del mercato potessero soddisfare in modo migliore l'interesse generale. L'esistenza di diritti esclusivi e di riserve di attività in capo allo Stato sembravano non in grado di poter soddisfare l'interesse diffuso dei consumatori ad ottenere beni o servizi di qualità elevata a prezzi contenuti, ed anzi sembravano costituirne un ostacolo: la competizione tra le imprese avrebbe agevolato la riduzione dei costi, con inevitabili ripercussioni sull'abbassamento dei prezzi e sul miglioramento degli standard qualitativi, e con un maggior sviluppo degli investimenti nella ricerca scientifica a vantaggio di un miglioramento tecnologico. In tale prospettiva il massiccio processo di liberalizzazione ha comportato una progressiva abolizione dei diritti speciali ed esclusivi, che nei diversi Stati membri erano concessi alle imprese, e nel contempo l'armonizzazione delle legislazioni nazionali ha concorso all'instaurazione e al funzionamento del mercato comune. Anche quest'ultimo aspetto non è di scarsa importanza, in quanto la differente regolamentazione a livello nazionale avrebbe, comunque, costituito una barriera alla libera circolazione delle merci e dei servizi: pertanto, la parità di accesso e di azione tra le imprese non poteva che passare attraverso l'integrazione della disciplina giuridica, oltre che, naturalmente, attraverso l'eliminazione delle posizioni di privilegio.

³In Italia, già all'indomani dall'unificazione, si è registrato un massiccio intervento della mano pubblica nel settore dei servizi pubblici, inscritto nel processo di unificazione economica, amministrativa e legislativa che caratterizzò i primi anni del Regno. Detto intervento ha interessato la predisposizione delle reti infrastrutturali cui è seguita la riserva dello Stato dell'attività, attraverso propri organi o enti ovvero attraverso concessionari sottoposti all'azione di indirizzo e controllo del concedente, motivata principalmente dalla necessità di soddisfare esigenze collettive, relative sia alla fruizione diffusa delle prestazioni che all'accessibilità dei prezzi, sempre più avvertite ed estese, con l'avvento della Costituzione repubblicana, anche ai cd diritti sociali. Tuttavia, il fallimento della politica dirigistica nel settore dei servizi pubblici, sia in termini di scarsa qualità delle prestazioni fornite all'utenza che di deficit economico registratosi nella gestione pubblica, soprattutto determinato dalla incapacità dell'apparato amministrativo fortemente burocratizzato a garantire il soddisfacimento dei bisogni attraverso l'organizzazione di servizi efficienti, ha dato la spinta a partire dai primi anni '90, all'inversione di rotta incentrata su una duplice direttiva: -da un lato, sulla riforma degli assetti organizzativi della stessa P.A. attraverso il ricorso a modelli privatistici più snelli, efficaci e competitivi (vd. D.lgs 29/93 e D.lgs 80/98), nonché attraverso la semplificazione dei modelli di azione (vd. L. n.59/97 e D.lgs 112/98);- dall'altro, sul processo di apertura del mercato alla libera concorrenza, in conformità alle istanze comunitarie, in cui la P.A. potesse operare non più in veste di attrice ma di soggetto regolatore degli equilibri di mercato e di garante neutrale dell'erogazione di servizi pubblici di qualità elevata all'intera popolazione (si pensi ai vari interventi legislativi di privatizzazione di Enti pubblici economici e Aziende autonome, nonché all'istituzione di Autorità Indipendenti).

La liberalizzazione, imposta dal diritto comunitario e recepita dall'ordinamento interno, ha comportato una notevole limitazione e in alcuni casi, la totale soppressione del precedente regime di riserva e monopolio legale, che per essere onnicomprensivo e fondato su un solo operatore, spesso o quasi sempre nascondeva molte inefficienze e iniquità⁴. Con l'affermazione della libertà di entrata si è consentito a più operatori di divenire imprenditori nei settori prima riservati, senza riguardo alla natura pubblica o privata e vietando discriminazioni fondate sulla nazionalità.

Il complesso di tali innovazioni e, in particolare, l'abolizione dei diritti esclusivi e speciali, non ha condotto, tuttavia, ad un regime retto dalle sole regole della domanda e dell'offerta, bensì ad un regime fortemente regolamentato, tanto che la liberalizzazione ha determinato non un mercato aperto, quanto piuttosto un mercato "ordinato", nel quale viene riconosciuta la pari opportunità economica tra le imprese; tanto che parte della dottrina ha affermato che il processo di liberalizzazione ha accresciuto l'intervento dello Stato nel settore dei servizi pubblici, rispetto a quando vi era una riserva delle attività in capo allo stesso⁵.

Nell'ambito delle funzioni regolatorie ha assunto particolare rilevanza lo strumento della Carta dei Servizi, istituita con la Direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri, del 27 gennaio 1994, finalizzata a stabilire le condizioni di svolgimento del rapporto di utenza che i gestori si impegnano a rispettare. In particolare, il DPCM citato ha individuato come servizi pubblici quelli diretti a "*garantire il godimento dei diritti della persona, Costituzionalmente tutelati, alla salute, all'assistenza, all'istruzione e alla libertà di comunicazione, alla sicurezza della persona, alla libertà di circolazione ai sensi dell'art. 1 della legge n. 146 del 1990 e quelli di erogazione di energia elettrica, acqua e gas*"⁶. Per questi servizi la direttiva ha stabilito sette principi fondamentali: il principio di uguaglianza; obiettività, giustizia e imparzialità; continuità e regolarità; diritto degli utenti di scegliere tra i soggetti che erogano il servizio;

⁴ U. POTOTSCHNIG, *I servizi pubblici*, Padova, 1964; F. Merusi., voce *Servizio pubblico* in *Novissimo Digesto italiano*, 1970 XVII, p.215 ss; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, 2011, p. 668.

⁵ S. CASSESE, *Dalla vecchia alla nuova disciplina dei servizi pubblici*, in *Rass. Giur. Energia Elettr.* 1998, p. 235.

⁶ DIRETTIVA del Pres. Del Consiglio dei Ministri 27 gennaio 1994, in G.U. 22 febbraio 1994, n. 43.

partecipazione degli utenti alla prestazione del servizio; diritto di accesso alle informazioni; e , infine, i principi di efficienza ed efficacia.

A tal fine, è stato previsto l'obbligo di adottare e di aggiornare periodicamente gli standard di qualità e quantità, l'obbligo di fornire informazioni agli utenti circa le modalità di prestazione dei servizi, nonché l'obbligo di valutare la qualità dei servizi.

Con la legge n. 474 del 1994, inoltre, la funzione dell'attività di regolazione è stata ulteriormente precisata, stabilendo che la stessa debba promuovere la concorrenza, garantire adeguati livelli di qualità dei servizi in condizioni omogenee sull'intero territorio nazionale, la definizione di un sistema tariffario certo e trasparente. Per il raggiungimento di tali finalità i poteri e le funzioni regolatorie sono state affidate alle Autorità di regolazione a cui vengono riconosciuti poteri di controllo e di risoluzione delle controversie: l'obiettivo di assicurare il funzionamento della concorrenza, insieme alla soddisfazione dell'interesse degli utenti, richiede un'attività di regolazione e di controllo da parte dei pubblici poteri, l'efficienza dei quali si cerca di garantire attraverso una loro indipendenza dal governo, al quale spetta soltanto la definizione degli indirizzi generali⁷. Le Autorità, infatti, dovrebbero agire alla stregua di giudici tecnici, in modo neutrale rispetto agli indirizzi politici e imprenditoriali dei singoli gestori dei servizi, senza comprimere o modificare l'iniziativa economica privata.⁸

⁷ Le ragioni storiche sottese alla nascita delle Autorità amministrative indipendenti, organismi dotati di elevate competenze tecniche e specialistiche, ed in posizione di neutralità rispetto al potere politico governativo, possono essere principalmente rinvenute nella crisi del modello dirigitico di intervento dello Stato nell'economia, che, unitamente alla crisi dello Stato sociale, hanno determinato il tentativo di introduzione di un modello neo-liberista, caratterizzato da un processo di privatizzazione dei settori economici in mano pubblica. Nel settore dei servizi pubblici, in particolare, si è avvertita l'esigenza di creare organi indipendenti, incaricati, da un lato, di realizzare il passaggio da una eccessiva regolamentazione amministrativa ad una meno incisa regolazione, anche imposta da richieste di liberalizzazione di interi settori da parte della Comunità europea, e, dall'altro, di sorvegliare il mercato, al fine di garantire attraverso meccanismi concorrenziali gli interessi degli operatori del mercato e degli utenti. In Italia, a fronte della istituzione di diverse Autorità indipendenti, è mancata una disciplina organica del fenomeno, che si sviluppa in maniera consapevole solo a partire dagli anni '90, con l'istituzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (L. 10 ottobre 1990 n. 287), delle autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità (l'Autorità per l'energia elettrica e il gas di cui alla L. 14 novembre 1995, n.481, e l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di cui alla L. 31 luglio 1997, n.249), del Garante per la protezione dei dati personali (L.31 dicembre 1996 n.675, ora confluita nel D.lgs 30 giugno 2003, n.196), della Commissione di garanzia per lo sciopero nei servizi pubblici essenziali (L.14/1990 come modificata dalla L. n. 83/2000).

⁸ R. Lombardi, *Prime osservazioni sulle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*, in *Dir. Econ.* 1996.

2. La posizione giuridica dell'utente dei servizi pubblici locali e la rilevanza giuridica della qualità del servizio.

Il lento e graduale processo di liberalizzazione dei servizi pubblici ha determinato che nei settori liberalizzati l'attività di gestione è stata sottoposta ad un assetto di regole e di controlli rafforzato anche dalla istituzione, in alcuni casi, di Autorità di vigilanza preposte al corretto svolgimento delle attività connesse all'erogazione delle prestazioni. In particolare, al gestore sono imposti specifici obblighi sull'applicazione di determinate condizioni contrattuali, sulla trasparenza e sull'accessibilità delle informazioni. Ciò determina da un lato la realizzazione di una maggiore autonomia "contrattuale" dell'utente, che consiste nella possibilità di scegliere l'operatore che meglio soddisfa le proprie esigenze di servizio, dall'altro che il sistema di protezione si arricchisca di specifici poteri di reazione ai comportamenti dei gestori contrari alle prescrizioni e agli obblighi imposti dalle autorità di controllo, che possono essere più o meno penetranti a seconda della natura del comportamento contestato e della qualificazione soggettiva dell'interesse leso⁹.

Nell'ambito dei servizi pubblici in cui l'apertura al mercato è limitata, invece, il sistema di regolazione è meno sviluppato ed è principalmente rivolto al profilo dell'accessibilità e fruibilità del servizio. In questi casi, in cui non c'è un margine minimo di negoziabilità tra utenti e gestore sulle condizioni del servizio, la posizione dei primi è presa in considerazione comparativamente con altri interessi nell'ambito del procedimento di valutazione che l'amministrazione deve compiere nel predisporre le modalità di svolgimento del servizio e le sue caratteristiche essenziali.

Sicché è in questa fase *ex ante* che si definiscono gli aspetti del rapporto amministrazione-gestore-utente e che si delinea il grado di protezione della posizione del cittadino destinatario del servizio e dei possibili strumenti di tutela.

In quest'ottica la situazione in cui versa l'utente è certamente più vulnerabile in quanto subordinata alle decisioni delle varie amministrazioni pubbliche incaricate dell'erogazione dei servizi, esponendolo a diverse potenziali forme di sopruso e di

⁹ G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Cedam 2001, p. 612; Sui poteri dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato v. A.POLICE, *Tutela della concorrenza e dei pubblici poteri*, Torino, 2007.

disservizi che minacciano le peculiari posizioni giuridiche soggettive di cui è titolare, proprio nell'ambito di quel particolare settore dei servizi ove sono riscontrabili interessi pubblici di rilevante valore sociale, al punto da averne riservato la titolarità ai pubblici poteri o sottoposta l'attività ad una disciplina speciale.

In questo settore il tema su cui gli studiosi da tempo hanno cercato di richiamare l'attenzione del legislatore è quello della "qualità del servizio" come componente essenziale dell'efficacia dell'azione amministrativa connaturato all'esigenza di pubblico interesse perseguito dal servizio erogato e come pretesa del cittadino fruitore che assume valore giuridico in quanto connessa al soddisfacimento di primarie esigenze afferenti alla persona.¹⁰

L'obiettivo di garantire servizi pubblici qualitativamente elevati corrisponde, infatti, all'idea fondamentale di assicurare alla persona la piena realizzazione dei propri diritti ed interessi costituzionalmente riconosciuti e protetti¹¹.

La qualità dei servizi pubblici rappresenta quindi elemento essenziale della protezione che il legislatore deve assicurare al cittadino-fruitore imponendo alle amministrazioni di adottare soluzioni che soddisfino il raggiungimento di determinati standard al di sotto dei quali il servizio si intende come non erogato. Ed è in quest'ottica che si deve intendere il riconoscimento all'utente del diritto fondamentale ad elevati standard di qualità del servizio pubblico enunciato dalla legge 281/98, art. 1, comma 2, proprio ad evidenziare che qualità ed efficienza non costituiscono più solo una regola di buona amministrazione ma un obiettivo essenziale connaturato alla istituzione del servizio stesso¹².

¹⁰ G. ARENA *Valori costituzionali e ruolo dell'amministrazione in Saggi in onore del cinquantenario per il riordinamento della Ragioneria Generale dello Stato e l'istituzione dei Servizi ispettivi di Finanza*, Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1991, p. 69-88; G. PASTORI, *Diritti e servizi*, in *Scritti scelti*, Napoli, 2010, p. 512, G. ALPA *La persona tra cittadinanza e mercato*, Milano 1992.

¹¹ G. ARENA, *Valori costituzionali e ruolo dell'amministrazione*, op. cit. p. 78. L'autore pone in luce il risvolto anche etico dell'azione amministrativa: proprio attraverso l'erogazione di servizi pubblici efficienti e rispondenti ad elevati standard di qualità, infatti, la P.A. rimuove di fatto gli ostacoli alla realizzazione dell'uguaglianza sostanziale di cui all'art.3 Cost.

¹² La disposizione prevista dall'art. 1, comma 2, recita "Ai consumatori ed agli utenti sono riconosciuti come fondamentali i diritti: a) alla tutela della salute; b) alla sicurezza e alla qualità dei prodotti e dei servizi; c) ad una adeguata informazione e ad una corretta pubblicità; d) all'educazione al consumo; e) alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi; f) alla promozione e allo sviluppo dell'associazionismo libero, volontario e democratico tra i consumatori e gli utenti; g) all'erogazione di servizi pubblici secondo standard di qualità e di efficienza".

Sicché, su tali aspetti non vi sarebbe più spazio nemmeno per la discrezionalità amministrativa, che si esaurisce al momento della scelta dell'istituzione del servizio (ad eccezione dei servizi essenziali obbligatori per legge), poiché l'interesse alla qualità della prestazione assume una qualificazione giuridica rilevante e tutelata dall'ordinamento ora sotto il profilo di interesse legittimo, per gli aspetti che riguardano l'organizzazione dei servizi, ora sotto il profilo di diritto soggettivo per gli aspetti materiali che riguardano le modalità di erogazione.

La rilevanza giuridica assunta dalla qualità del servizio pubblico rafforza la tesi secondo cui nella prospettiva costituzionale ciò che andrebbe salvaguardato sul versante pubblico è *“la definizione delle finalità e dei modi dell'attività di servizio in quanto tale perché essa sia indirizzata e coordinata ai fini sociali, ed in particolare siano assicurati, da un lato il fabbisogno e la qualità delle prestazioni secondo gli standard richiesti e, dall'altro, l'accesso e la fruizione in condizioni di eguaglianza”*¹³.

Sul piano operativo il perseguimento di tale obiettivo implica, però, un ripensamento del ruolo della pubblica amministrazione che andrebbe ascritto nell'ambito delle funzioni di regolazione, programmazione e controllo rispetto alle quali la questione sulle forme di gestione, o meglio sulla natura pubblica o privata del soggetto gestore, perde l'importanza che fino ad oggi sembra invece avere assunto nel dibattito sui servizi pubblici, ed in particolare sui servizi pubblici locali.

In altri termini, nell'ambito dei settori 'riservati' il grado di tutela dell'utente sotto il profilo della qualità dipende soprattutto dalla effettiva predeterminazione delle condizioni essenziali dei servizi, unitamente all'esercizio di un efficace controllo sul rispetto delle stesse¹⁴.

¹³G. PASTORI, *Pubblica amministrazione e impresa*, in *Scritti scelti*, Napoli, 2010, p. 469.

¹⁴In questa prospettiva l'ordinamento comunitario ha indicato i principi cui deve essere informata la regolazione per il mercato dei servizi pubblici nell'ordinamento interno tra cui, innanzitutto, rileva quello della separazione tra regolazione e gestione del servizio. Tale principio, posto dall'art. 82 TCE, risponde all'esigenza di evitare possibili distorsioni del mercato, ponendo l'obbligo di attribuire funzioni di regolazione in capo a organismi distinti e indipendenti dagli operatori. Ulteriori principi regolatori sono quelli che attengono alla continuità, imparzialità e adattamento ai bisogni. Il primo nel dovere di rispondere, senza interruzione, ai bisogni degli utenti; il secondo attiene, invece, alla parità nelle possibilità di accesso e di trattamento; il terzo impone, invece, l'adeguamento dell'erogazione al progresso tecnologico e ai nuovi bisogni di interesse generale, imponendo una costante modernizzazione del servizio pubblico. Altro criterio che trova accoglimento tra i principi del servizio pubblico attiene *“all'equilibrio economico del servizio”*, principio desunto dall'art. 43 Cost. così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale ed oggetto di applicazione in disposizioni di legge ordinaria. Il suo contenuto si sostanzia in una gestione realizzata in base a criteri che assicurino la copertura dei costi

Ciò deve avvenire, innanzitutto, attraverso la valorizzazione della Carta di Servizi¹⁵, come strumento tecnico-giuridico che individua gli obblighi di gestione sotto il profilo degli standard di qualità ed efficienza, da un lato, e dall'altro attraverso un uso mirato del contratto di servizio¹⁶ con il quale l'ente pubblico stabilisce le caratteristiche del servizio da erogare, sotto forma di obblighi giuridici che il gestore assume sia verso gli enti sia verso gli utenti, ovvero coloro che avranno diritto ad ottenere la prestazione del servizio con le descritte caratteristiche. Invero, un tentativo di rafforzare tali strumenti di regolazione era stato compiuto dal legislatore all'atto della modifica dell'art. 113 D.lgs.vo 267/2000 (TUEL), ad opera dell'art. 35 della l. 448/2001. La norma, infatti, prevedeva che gli enti locali *“Nell'esercizio delle loro funzioni (...) anche in forma associata, **individuano gli standard di qualità e determinano le modalità di vigilanza e controllo delle aziende esercenti i servizi pubblici, in un quadro di tutela prioritaria degli utenti e dei consumatori**”*. Sicchè in base al comma 7 della citata norma del TUEL:

“La gara di cui al comma 5 è indetta nel rispetto degli standard qualitativi, quantitativi, ambientali, di equa distribuzione sul territorio e di sicurezza definiti dalla competente Autorità di settore o, in mancanza di essa, dagli enti locali. La gara è

di prestazione del servizio attraverso le entrate derivanti dalla sua erogazione. Di rilievo cruciale è, inoltre, anche il riconoscimento del diritto di accesso alle reti: infatti, l'erosione delle esclusive non potrebbe di fatto realizzarsi prescindendo dal mettere a disposizione di tutti gli operatori i beni necessari alla prestazione dei servizi liberalizzati, e ciò con modalità oggettive, trasparenti e non discriminatorie.

¹⁵ Sulla carta dei servizi v. S.BATTINI, *La tutela dell'utente e la carta dei servizi pubblici* in *Riv. Trim. dir. Pubb.*,1996, 194. L'autore evidenzia come la L. 14.11.1995 n. 481, istitutiva dell'Autorità di regolazione nei servizi di pubblica utilità, abbia previsto significativi elementi di novità che si prestano a definire un quadro complessivo di maggiore garanzia dell'utente dei servizi interessati dall'intervento normativo *de quo*, in quanto « *da un lato, stabilisce che gli standard di qualità del servizio non siano rimessi alla decisione unilaterale dell'ente erogatore, ma siano definiti dall'Autorità di regolazione, a conclusione di un procedimento che prevede la consultazione dell'ente erogatore e delle associazioni di utenti. Dall'altro lato, sul piano della tutela dei diritti degli utenti previsti dalle Carte, le stesse autorità di regolazione sono dotate di significativi poteri sanzionatori – attivabili anche da utenti singoli o associati – e sono competenti ad esperire procedure di conciliazione ed arbitrato nei casi di controversie insorte tra utenti ed enti erogatori*»; v. anche C. CIANO, *Carta dei servizi pubblici e buon andamento*, in A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. FRANCIOSI, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra Politica e amministrazione*, ES Napoli 2012, p.307 e ss.

¹⁶ Per ciò che concerne il contratto di servizio, esso è lo strumento attraverso il quale un Ente pubblico affida ad un erogatore (il gestore) lo svolgimento di determinati servizi pubblici con contestuale ed eventuale trasferimento di pubbliche funzioni, nonché di beni pubblici strumentali allo svolgimento del servizio affidato e con l'individuazione di specifici obblighi standard di servizio pubblico. Per una ricostruzione della figura in termini di contratto ad oggetto pubblico ovvero di accordo (necessario) ex art.11 L.241/90 cfr sent. Tar Piemonte, sez. II, n. 2750/2010 con commento di C.VIVIANI, in *Urbanistica e appalti* n. 3/2011.C. MICHELOTTI, *Contratto di servizio: natura giuridica e problemi di giurisdizione*, in www.giustamm.it

aggiudicata sulla base del migliore livello di qualità e sicurezza e delle condizioni economiche e di prestazione del servizio, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale. Tali elementi fanno parte integrante del contratto di servizio. Le previsioni di cui al presente comma devono considerarsi integrative delle discipline di settore”.

La norma, dichiarata incostituzionale con la sentenza n. 272/2004¹⁷, aveva avuto il merito di assegnare prevalenza agli aspetti qualitativi del servizio rispetto a quelli economico-finanziario, determinando un ribaltamento di priorità rispetto alle prassi tradizionalmente in uso nelle concessioni. Infatti, veniva introdotto un criterio di selezione del gestore volto a valorizzare i diversi aspetti in cui si configura l’offerta del servizio, con particolare riguardo agli strumenti di standard di qualità e di prestazione.

Nella versione della norma del TUEL successivamente modificata dall’art. 23 bis, scompare ogni riferimento all’obbligo degli enti locali di determinare tali livelli di qualità lasciando alla autonomia delle singole amministrazioni sia il compito di stabilire i livelli di standard minimi che un determinato servizio deve soddisfare, sia gli strumenti più idonei a vincolare il gestore al rispetto di tali parametri.

¹⁷ La Corte Costituzionale, con sentenza n. 272/2004, ha dichiarato l’incostituzionalità del citato art. 113 del TUEL, comma 7, limitatamente al secondo ed al terzo periodo, che, specificando i criteri di aggiudicazione delle gare, introducevano una disciplina di dettaglio ritenuta lesiva dell’autonomia di regioni ed enti locali. Nella sentenza richiamata, la Corte Costituzionale ha premesso che la disciplina dei servizi pubblici locali può essere agevolmente ricondotta nell’ambito della materia-funzione di competenza esclusiva dello Stato della tutela della concorrenza, intesa non solo in un’accezione statica, come garanzia di interventi di regolazione e ripristino di un equilibrio perduto, ma anche dinamica, potendo includere interventi promozionali dello Stato, tra cui si possono far rientrare disposizioni di carattere generale sulle modalità di gestione ed affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Atteso tuttavia che la materia-funzione in questione ha un rilievo “trasversale” (cfr. sentenza n. 407 del 2002), poiché si intreccia inestricabilmente con una pluralità di altri interessi – alcuni dei quali rientranti nella sfera di competenza concorrente o residuale delle Regioni – la Corte ha evidenziato la necessità di valutare nelle diverse ipotesi se, alla stregua del criterio di proporzionalità-adequatezza, la tutela della concorrenza legittimi o meno determinati interventi legislativi dello Stato. Proprio il riferimento a tale criterio selettivo consente alla Corte di ritenere che la disposizione estremamente dettagliata ed autoapplicativa di cui al citato art. 113, comma 7, che si autoqualifica come integrativa delle discipline settoriali di fonte regionale, pone in essere una illegittima compressione dell’autonomia regionale, poiché l’intervento legislativo statale risulta ingiustificato e non proporzionato rispetto all’obiettivo della tutela della concorrenza.

3. *La disciplina dei servizi pubblici locali e le recenti tendenze normative sulle modalità di gestione tra liberalizzazione del mercato e autonomia locale.*

La disciplina dei servizi pubblici locali è stata oggetto di diversi interventi di riforma che hanno riguardato principalmente le modalità di gestione, nella prospettiva di elevare il livello degli *standard* di qualità e di rafforzare la protezione degli utenti.

In questo susseguirsi di cambiamenti sono emerse tre tendenze.

Una prima tendenza, che muove da una generale sfiducia nella gestione pubblica del servizio e dalla pressione della politica comunitaria per tutelare la concorrenza del mercato, è quella che ha portato il nostro ordinamento alla esternalizzazione dei servizi realizzabile attraverso tre modelli di gestione: la concessione al privato; la società mista sottoposta al doppio vincolo, quello che impone alle amministrazioni di scegliere mediante gara il socio privato, che deve tenere una quota non inferiore al 40%, e quello della ripartizione dei ruoli (operativo al privato e finanziario al soggetto pubblico); la società *in house*.

In particolare, l'art. 23 *bis* del d.l. 112/2008, aveva modificato l'art. 113 d.lgs.vo 267/2000 nel senso di consentire l'affidamento diretto di un servizio pubblico da parte dell'amministrazione locale solo in presenza di situazioni del tutto eccezionali determinate da *peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento che non permettono un efficace ed utile ricorso al mercato*". In tali fattispecie la norma stabiliva, perciò, la necessità di una pubblicità adeguata della scelta, unitamente ad una motivazione formulata dall'ente sulla base di un'indagine di mercato, con trasmissione di una relazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per l'acquisizione di un parere obbligatorio, ma non vincolante. In altri termini, solo in via residuale ed eccezionale l'affidamento poteva avvenire a favore di società a capitale interamente pubblico, partecipata dall'ente locale, avente i requisiti richiesti dall'ordinamento comunitario per la gestione cosiddetta "in house".

La seconda tendenza, che si è affermata con il referendum popolare svoltosi il 12 e 13 giugno 2011 che ha decretato l'abrogazione dell'art. 23 *bis*, spinge per una organizzazione pubblica del servizio.

L'esito della consultazione referendaria, infatti, ha comportato il venir meno delle restrizioni imposte alle scelte degli Enti locali in *subiecta* materia, contenute tanto nell'art 23-*bis* quanto nel regolamento di delegificazione di cui al DPR n. 168/2010¹⁸.

L'abrogazione dell'art. 23-*bis* consente, infatti, alla Pubblica Amministrazione di determinarsi liberamente, con congrua ed adeguata motivazione, senza essere soggetta ai limiti che all'uopo erano stati introdotti dalla normativa interna, rendendo pienamente legittimo l'utilizzo dell'affidamento *in house* in presenza dei presupposti sanciti dal diritto comunitario in tema di controllo analogo¹⁹.

A questo punto, in assenza dei limiti della norma abrogata, le amministrazioni locali possono scegliere il modello che meglio si adatti alle proprie esigenze territoriali potendo attingere alle diverse forme di gestione previste dal TUEL e tra queste anche quella contemplata dall'art. 114 relativa appunto all'Azienda Speciale.

Ciò ha indotto alcuni Comuni a riorganizzare taluni settori prevedendo che la gestione venisse affidata alle Aziende Speciali, previste dall'art. 114 D.lgs.vo 267/2000²⁰.

¹⁸ Infatti, in maniera più restrittiva rispetto a quanto consentito in ambito comunitario, la disciplina nazionale sui servizi pubblici aveva stabilito il carattere meramente eventuale ed eccezionale dell'affidamento diretto a società *in house*, rispetto alla regola rappresentata dal ricorso al mercato attraverso gare ad evidenza pubblica. L'art. 23 bis del d.l. 212/2008, infatti, prevedeva che il conferimento della gestione dei servizi pubblici locali avvenisse in via ordinaria: a) a favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituite individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi del Trattato che istituisce la Comunità europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento e proporzionalità; b) a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio avvenga mediante procedure competitive ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di cui alla lettera a), le quali abbiano ad oggetto, al tempo stesso, la qualità di socio e l'attribuzione di specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio e che al socio sia attribuita una partecipazione non inferiore al 40 per cento.

¹⁹ Trattandosi di deroga ai principi di concorrenza, non discriminazione, e trasparenza, l'*in house providing* è stato ritenuto ammissibile solo nel rispetto di alcune rigorose condizioni, individuate dalla giurisprudenza comunitaria. In particolare, la situazione di *in house* legittima l'affidamento diretto del servizio, senza previa gara, di un ente pubblico a una persona giuridicamente distinta, a totale partecipazione pubblica, qualora l'ente eserciti sulla stessa un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e la seconda realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o con gli enti che la controllano (C. Giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). Pur essendo la società esterna soggettivamente separata, essa deve presentare caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione", o una *longa manus*, dell'ente stesso, ovvero una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni (cfr. Cons. di Stato A.P. n.1 del 2008, in www.giustizia-amministrativa.it).

²⁰ Nel caso di Napoli, la trasformazione di ARIN s.p.a. (società per azioni a totale capitale pubblico) in ABC Napoli azienda speciale. Vedasi Consiglio di Stato, Sez. V, sent. 26 gennaio 2011, n. 552, cit., nella quale dopo aver distinto tra gestione diretta sempre praticabile dall'ente locale quando si tratti di attività di

Tale scelta è maturata nell'ambito di un dibattito dottrinale in cui è emerso che la possibilità di utilizzare tale modello sarebbe pienamente legittimo, in considerazione del quadro normativo vigente che non pone alcun divieto in tal senso, divieto che, in forza della sostanziale continuità di disciplina tra gli artt. 35, l. 448/01, l'art. 14 d.l. 269/03 e l'art. 23-*bis* (oramai abrogati), era stato riconosciuto proprio dalla Corte Costituzionale, sentenza n.325/2010²¹. A sostegno di questa impostazione va, inoltre ricordato, che tale soluzione organizzativa non è in contrasto con le norme comunitarie per le quali, una volta riconosciute le condizioni per l'ammissibilità della gestione pubblica, è indifferente il ricorso al modello organizzativo della società *in house*, piuttosto che a quello dell'azienda speciale²².

modesto impegno finanziario ed affidamento diretto mediante gara ad evidenza pubblica, postulante la scelta di attribuire la gestione di un servizio all'esterno del comune interessato, giunge ad affermare che sarebbe *"inverosimile immaginare che un comune di non eccessiva grandezza non possa gestire direttamente un servizio come quello dell'illuminazione votiva cimiteriale, esigente solo l'impegno periodico di una persona e la spesa annua di qualche migliaio di euro"*.

²¹ La Corte Cost., sent. 17.11.2010, n. 325, sottolinea infatti che *"nessuna norma obbliga i comuni ad affidare all'esterno determinati servizi (illuminazione pubblica, centri assistenziali, case di accoglienza, case di riposo, case famiglia, assistenza domiciliare per anziani ed handicappati, asili nido, mense scolastiche, scuola-bus, biblioteche, impianti sportivi)"*, in www.giurcost.it, con nota di A. LUCARELLI, *La Corte Costituzionale dinanzi al magma dei servizi pubblici locali: linee fondative per un diritto pubblico europeo dell'economia*; v. anche Corte Cost. sentenza 26.1.2011 n. 26, pubblicata in *Giur. Cost.* 2011, 307 e ss. con nota di A. LUCARELLI, *Riconfigurazione del concetto di "rilevanza economica!" Spunti di riflessione sulla natura "economica" del servizio idrico integrato in assenza dell'elemento della remunerazione del capitale investito*.

In senso critico G. CAIA, *Finalità e problemi dell'affidamento del servizio idrico integrato ad aziende speciali*, in *Foro amm.vo T.A.R.*, 2011, p. 663 e ss., il quale contesta la possibilità di trasformare le esistenti società a partecipazione pubblica, che attualmente gestiscono il servizio idrico, in aziende speciali essendo necessario a tal fine una previsione legislativa specifica.

²² Né è ipotizzabile la reviviscenza delle norme abrogate dall'art. 23-*bis* e segnatamente l'art. 113 TUEL che, nella sua versione originaria, annoverava l'azienda speciale tra le forme di gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica. Ciò in ragione della peculiare natura dell'intervento abrogativo popolare che non ha la medesima potenzialità innovativa della legge e che non può incidere retroattivamente. Sicché, anche tenendo conto dell'orientamento della Corte costituzionale espresso in occasione del giudizio sull'ammissibilità dei quesiti, non si può non pervenire alla conclusione che l'abrogazione dell'art. 23-*bis*, per effetto della consultazione referendaria, non determini la reviviscenza dei divieti abrogati dalla norma in questione. Sulle condizioni comunitarie vedi sentenza TEKAL (C. Giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal). Per la possibilità di utilizzare l'Azienda speciale vedi A.CONTIERI, *Prime riflessioni sulle modalità di gestione del servizio idrico integrato a seguito dell'esito dei referendum del 12 e 13 giugno 2011*, op. cit. Sulla natura delle Aziende Speciali vedi V. OTTAVIANO, *Ente pubblico economico*, in *Scritti giuridici*, II, p. 260 (par. 1, cap. 6) rileva come *«ove risulti chiara la volontà del legislatore di costituire enti nella forma delle società per azioni, sarebbe arbitrario escludere che ad essi si applichi la relativa normativa...e siffatto intento del legislatore, per quanto possibile, non può essere disconosciuto dall'interprete»*. Diversamente e coerentemente *«la loro qualificazione come enti pubblici (economici) "non può essere priva di significato (...) importerà, comunque, che gli enti così denominati sono da riportare all'apparato pubblico»*.

Dopo il referendum abrogativo il regime dei servizi pubblici locali è stato nuovamente modificato ad opera del d.l.138/2011 che all'art. 4 aveva, infatti, imposto agli enti locali l'obbligo di adottare entro il 31 agosto 2012 una delibera quadro volta a verificare la realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, liberalizzando tutte le attività economiche e limitando l'attribuzione di diritti di esclusiva alle ipotesi in cui, in base ad un'analisi di mercato, la libera iniziativa economica privata non risulti idonea a garantire un servizio rispondente ai bisogni della comunità, così stabilendo un iter che avrebbe dovuto consentire il passaggio da un radicato regime di monopolio alla concorrenza nel mercato²³.

Si è affermata così una terza tendenza che muove verso la liberalizzazione del mercato come risposta all'esigenza di migliorare l'efficienza dei servizi pubblici locali sotto il profilo della qualità e dell'accessibilità.

In particolare, la norma si inseriva nell'ambito di una pluralità di interventi volti ad accelerare il processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali sul presupposto che la concorrenza produca effetti benefici non solo per le imprese ma anche per gli utenti destinatari dei servizi, garantendone efficienza, efficacia ed economicità.

L'elemento di novità che sembra emergere da questi interventi legislativi è quello di dare centralità alla posizione dell'utente, riconoscendogli il diritto ad un servizio pubblico che rispetti determinati standard di qualità, al di sotto dei quali il servizio sarebbe inutilmente reso. Non a caso la versione definitiva dell'art. 4 del d.l. 138/2011 è quella che faceva propria, attraverso la modifica di cui all'art. 9, comma 2, lett. m della legge di conversione n. 148/2011, l'osservazione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato che aveva segnalato la mancanza di misure di garanzia dell'efficienza e della qualità della gestione del servizio sotto forma di valutazione di *benchmarking* che, a prescindere dalla natura pubblica o privata del gestore accompagnino il processo di riforma dei servizi pubblici locali²⁴.

Il percorso di liberalizzazione avviato dal legislatore negli ultimi mesi faceva, perciò, leva su due principi cardine: la concorrenza come strumento di sviluppo sociale, oltre che economico; la qualità dei servizi pubblici, secondo determinati *standard*, come

²³A. SANTUARI, *Sulla trasformazione dell'azienda speciale in società di capitali alla luce del d.l. n. 95/2012 e della sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012* in www.giustamm.it

²⁴Cfr. Relazione AGCM, per ulteriori approfondimenti si rinvia al contributo di C. VOLPE, *op. cit.*

obiettivo principale cui deve tendere il servizio pubblico locale. Sicché, l'opzione per il modello concorrenziale andava inteso nell'ottica di realizzare tale obiettivo, potendo le autorità locali prevedere diritti di esclusiva nelle sole ipotesi in cui la libera iniziativa economica non risultasse idonea a soddisfare i bisogni della collettività cui è destinato il servizio e, comunque, evidenziandone le ragioni di tale eventuale scelta attraverso una indagine di mercato. Sicché, la norma, proprio nell'ottica di incrementare il miglioramento della qualità di gestione dei servizi stessi, aveva previsto l'obbligo per gli enti affidatari di rendere pubblici i dati concernenti il livello di qualità del servizio reso, il prezzo medio per utente e il livello degli investimenti effettuati, nonché ogni ulteriore informazione necessarie ad assicurare la piena attuazione delle disposizioni di cui all'art. 4.

La citata disposizione è rimasta inattuata poiché la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 199/2012, ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 d.l.138/2011 poiché in contrasto con il divieto di riproporre la disciplina formale e sostanziale oggetto di abrogazione referendaria, di cui all'articolo 75 della Costituzione²⁵. La norma censurata, secondo l'orientamento della Corte Costituzionale, ripristinava nell'ordinamento la normativa abrogata dal corpo elettorale, ovvero prevedeva in maniera tra l'altro più restrittiva rispetto a quanto richiesto dall'ordinamento comunitario in tema di affidamento dei servizi pubblici, la regola dell'esternalizzazione attraverso forme di partenariato pubblico-privato istituzionalizzato o contrattualizzato, mentre solo in via eccezionale e residuale consentiva il ricorso all'*in house providing*, ovvero quando le peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non permettessero un efficace e utile ricorso al mercato.

La Corte Costituzionale ha posto in luce come il legislatore abbia in buona sostanza "tradito" la volontà popolare direttamente espressa dal corpo elettorale con il

²⁵ Corte Cost., sent. 17 luglio 2012, n. 199, in www.federalismi.it, sottolinea, in particolare, che «l'intento abrogativo espresso con il referendum riguardava «pressoché tutti i servizi pubblici locali di rilevanza economica» (sentenza n. 24 del 2011) ai quali era rivolto l'art. 23-bis, non può ritenersi che l'esclusione del servizio idrico integrato dal novero dei servizi pubblici locali ai quali una simile disciplina si applica sia satisfattiva della volontà espressa attraverso la consultazione popolare, con la conseguenza che la norma oggi all'esame costituisce, sostanzialmente, la reintroduzione della disciplina abrogata con il referendum del 12 e 13 giugno 2011».

referendum, atteso che quest'ultimo non ha riguardato solo il servizio idrico ma tutto il sistema di gestione dei servizi pubblici.

La declaratoria di incostituzionalità, dunque, ha riportato la disciplina dei servizi pubblici in uno stato di fluidità ove emerge la richiesta da parte del corpo elettorale di una maggiore assunzione di responsabilità e impegno diretto da parte dei governi locali nel garantire servizi accessibili a tutti e qualitativamente all'altezza dei bisogni della collettività rappresentata. Ciò contrariamente alle istanze di liberalizzazione imposte dalla Comunità europea e dall'esigenza di far fronte alla crisi economica dell'eurozona, che sembrano spingere verso un nuovo rapporto tra Stato e cittadini, più vicino a quello degli Stati neoliberali di stampo europeistico che non dello Stato sociale cui si ispira la nostra Costituzione.

Ciò in quanto la dimensione della crisi economica che sta attraversando il Paese è di tale portata da orientare ed influenzare sia le scelte di vertice dei pubblici poteri che dell'utente dei servizi.

Infatti, da un lato si registra la tendenza legislativa a rimettere al libero mercato, attraverso il gioco della concorrenza, la fornitura di servizi pubblici di rilevanza economica, con dismissione da parte dei pubblici poteri dell'assunzione di compiti di intervento diretto nella gestione dei servizi e di benessere sociale, anche al fine di risanare i conti pubblici in rosso (si pensi all'introduzione di limitazioni alla costituzione o mantenimento di società pubbliche per la gestione dei servizi pubblici ovvero all'imposizione del rispetto del patto di stabilità anche per tali società).

Dall'altro si è rafforzata la pretesa degli utenti dei servizi, giustificata anche in considerazione dell'elevata pressione fiscale, a mantenere ferma la possibilità di accesso universale a quei servizi che lo Stato aveva da sempre garantito anche alle fasce più deboli, a prezzi accessibili, anche attraverso una gestione diretta che escluda l'utile dell'impresa dalle tariffe dei servizi, ma ora con standard di qualità più elevati.

Alla base di tale ultima tendenza, che il voto referendario ha ben evidenziato, vi è una certa diffidenza del corpo elettorale verso l'idoneità di meccanismi concorrenziali a garantire, attraverso la privatizzazione e l'esternalizzazione, che i costi dei servizi relativi a bisogni collettivi siano contenuti e accessibili a tutti.

4. *I principi dell'attività di regolazione dei servizi pubblici, ed in particolare del servizio idrico.*

Come si è detto, tra i settori esclusi dall'abrogato art. 4 d.l. 138/2011 era contemplato quello del servizio idrico. La ragione di tale esclusione scaturiva dalla circostanza che il movimento referendario per l'abrogazione dell'art. 23 bis aveva mirato ad ottenere che la gestione di tale servizio potesse esplicitarsi attraverso moduli organizzativi di natura pubblicistica.

Sicché, oltre all'art. 23 *bis*, i promotori del referendum avevano come ulteriore e fondamentale obiettivo la sottrazione di tale servizio da qualunque forma di liberalizzazione. A queste finalità rispondeva il quesito volto alla abrogazione parziale dell'art. 154 del D.lgs.vo 152/2006 nella parte in cui includeva quale voce componente la tariffa quella relativa alla remunerazione del capitale.

La norma abrogata, infatti, individuava nella tariffa il corrispettivo del servizio idrico integrato la cui determinazione doveva tener conto *“della **qualità** della risorsa idrica e del servizio fornito, delle opere e degli adeguamenti necessari, dell'**entità dei costi di gestione delle opere, dell'adeguatezza della remunerazione del capitale investito e dei costi di gestione delle aree di salvaguardia, nonché di una quota parte dei costi di funzionamento dell'Autorità d'ambito, in modo che sia assicurata la copertura integrale dei costi di investimento e di esercizio secondo il principio del recupero dei costi e secondo il principio "chi inquina paga". Tutte le quote della tariffa del servizio idrico integrato hanno natura di corrispettivo”***.

Con l'abrogazione parziale della norma appena citata, invece, è stata espunta dalle voci di costo che concorrono a determinare la tariffa quella relativa alla remunerazione del capitale investito.

All'indomani del voto referendario, sotto il profilo della gestione del servizio idrico, si sono poste le seguenti questioni: se gli enti locali, venute meno le restrizioni pro concorrenziali imposte dall'art. 23 bis, possano avvalersi anche del modello dell'azienda speciale, e se l'abolizione della possibilità di remunerare il capitale investito comporti il passaggio di tale servizio nell'ambito di quelli a rilevanza sociale, oppure è possibile ritenere che anche a seguito della abolizione di tale voce di costo sia comunque possibile continuare a parlare di servizio pubblico a rilevanza economica.

E' evidente che ove si accogliesse la tesi della rilevanza non economica del servizio, nulla osterebbe a risolvere in senso affermativo la questione sulla possibilità di gestire il servizio attraverso il modello "retrò" dell'Azienda Speciale²⁶.

Al riguardo appare persuasiva l'idea che il concetto di rilevanza economica non implichi necessariamente il perseguimento del profitto essendo sufficiente, ai fini di tale classificazione, il raggiungimento dell'equilibrio tra costi e ricavi. Sicché, partendo da questa impostazione è possibile ritenere che il servizio idrico pur non essendo finalizzato al conseguimento dell'utile di impresa possa comunque considerarsi a rilevanza economica atteso che l'abrogazione del comma 6 dell'art. 154, non esclude che la gestione possa essere svolta in pareggio di bilancio²⁷.

La considerazione che il servizio idrico resti, pur dopo il referendum, un servizio a rilevanza economica non esclude tra l'altro che, sotto il profilo della gestione, l'ente locale non possa avvalersi di forme organizzative tipicamente pubbliche come quella dell'Azienda speciale.

Il problema della forma di gestione del servizio idrico, però, non può essere affrontato senza tener conto dei principi essenziali cui deve essere informata l'attività di regolazione dei servizi pubblici da parte delle autorità a ciò preposte, siano esse *Authority*, amministrazioni locali o entrambe, nell'ottica di coniugare efficienza economica e utilità sociale.

L'esigenza di regolazione, in questo specifico settore, è dettata dalla particolare natura del bene che è oggetto della prestazione, l'acqua.

L'acqua, infatti, è una risorsa essenziale alla sopravvivenza del genere umano e perciò è stata definita bene universale. Non solo, ma l'acqua è una risorsa limitata sicché la sua erogazione deve conciliarsi con la fondamentale esigenza di garantire l'accessibilità alle generazioni future evitando insostenibili sprechi.

²⁶ Corte Cost. sent. 26.1.2011 n. 26, pubblicata in *Giur. Cost.* 2011, cit.

²⁷ L'azienda speciale, anche ai sensi degli artt. 11, 12 e 13 del codice civile, è una persona giuridica pubblica, che non può essere costituita che con legge, ben distante dalle persone giuridiche private, con tutte le conseguenze che ne derivano. In particolare, come evidenziato in dottrina, uno dei tratti che la contraddistinguono è la sussistenza del rapporto potestà-soggezione, che si concretizza in un contenuto atipico, per cui l'ente locale di riferimento, limitandone la sua autonomia imprenditoriale, può emanare direttive d'indirizzo d'impresa per l'attuazione di un proprio indirizzo politico o amministrativo. Nel caso dei servizi pubblici gestiti in forma imprenditoriale, la connessione con le finalità pubbliche si verifica in via immediata.

Il servizio idrico, pertanto, non si limita a garantire la fruizione del bene ma si pone ulteriori rilevanti finalità correlate all'utilizzo della risorsa quali: il risparmio e il contenimento degli sprechi; la coerenza dei programmi di gestione con gli indirizzi di pianificazione di bacino e piani regolatori generali; la selezione e ottimizzazione degli usi delle risorse disponibili²⁸.

Tali ragioni furono alla base di una importante legge di riforma del servizio, nota come legge Galli n. 36 del 1994, di grande modernizzazione, razionalizzazione e adeguamento al diritto comunitario²⁹. Infatti, la peculiarità del bene *acqua* aveva spinto il legislatore ad inserire il servizio in un quadro normativo volto alla tutela di tale risorsa da realizzarsi attraverso un maggiore intervento pubblico sull'intero settore dell'uso delle acque, sottoposto al metodo della programmazione, della vigilanza e dei controlli³⁰. L'appartenenza alla proprietà pubblica delle risorse idriche non poteva, infatti, essere considerata garanzia di effettiva tutela di interessi sociali ed ambientali, poiché la titolarità pubblica è in grado di soddisfare gli interessi collettivi, solo se

²⁸ A. FIORITTO, *I servizi idrici* in S.CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2003, p. 2533.

²⁹ La prima legge di carattere generale sull'assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei comuni (tra cui rientrava la *costruzione di acquedotti e fontane e distribuzione di acqua potabile*) è la L. n.103 del 1903, presentata dall'allora Ministro dell'Interno Giovanni Giolitti sul cd. municipalismo sociale. Detta legge nacque dalla duplice esigenza di dare una risposta efficace al moltiplicarsi dei bisogni collettivi e di sottrarre la gestione dei servizi pubblici di maggior rilievo sociale alle regole del mercato, attraverso l'assunzione diretta, tramite aziende organo prive di personalità giuridica, sottoposte al controllo prefettizio in caso di gravi e persistenti irregolarità. Con essa il servizio pubblico comincia ad avere valenza autonoma, nonostante fosse labile il confine tra comportamenti di spettanza pubblica necessaria e quelli indispensabili per il benessere della collettività.

³⁰ Cfr. Corte Cost., sent. 10 luglio 1996, n. 259, in www.giurcost.it, in cui si sottolinea che «L'aumento dei fabbisogni derivanti dai nuovi insediamenti abitativi e dalle crescenti utilizzazioni residenziali anche a seguito delle tecnologie introdotte nell'ambito domestico, accompagnato da un incremento degli usi agricoli produttivi e di altri usi, ha indotto il legislatore (legge 5 gennaio 1994, n. 36), di fronte a rischi notevoli per l'equilibrio del bilancio idrico, ad adottare una serie di misure di tutela e di priorità dell'uso delle acque intese come risorse, con criteri di utilizzazione e di reimpiego indirizzati al risparmio, all'equilibrio e al rinnovo delle risorse medesime. Di qui la esigenza avvertita dallo stesso legislatore di un maggiore intervento pubblico concentrato sull'intero settore dell'uso delle acque, sottoposto al metodo della programmazione, della vigilanza e dei controlli, collegato ad una iniziale dichiarazione di principio, generale e programmatica (art. 1, comma 1, della legge n. 36 del 1994), di pubblicità di tutte le acque superficiali e sotterranee, indipendentemente dalla estrazione dal sottosuolo. Tale dichiarazione è accompagnata dalla qualificazione di "risorsa salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà". Questa finalità di salvaguardia viene, subito dopo, in modo espresso riconnessa al diritto fondamentale dell'uomo (e delle generazioni future) all'integrità del patrimonio ambientale, nel quale devono essere inseriti gli usi delle risorse idriche (art. 1, commi 2 e 3, della legge n. 36 del 1994)».

accompagnata da disposizioni che sappiano efficacemente proteggere gli usi pubblici e collettivi delle acque³¹.

La qualità del servizio è, quindi, un elemento indefettibile della efficacia dello stesso e il legislatore lo aveva ben intuito quando decise di affidare ad una disciplina unitaria la composizione di una pluralità di interessi, pubblici e privati, legati all'utilizzo di una risorsa così peculiare come l'acqua, assoggettando l'espletamento del servizio ai criteri di efficacia, efficienza ed economicità. Non solo ma aveva altresì avvertito l'opportunità di istituire un organismo per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, Commissione di Vigilanza delle Risorse Idriche (CO.VI.RI), al quale affidare la determinazione e l'adeguamento delle tariffe e la tutela dell'interesse degli utenti³².

La legge Galli, in particolare, si era mossa lungo due direttrici: da un lato quella della imprenditorialità della gestione del servizio; dall'altro il rafforzamento del controllo pubblico sulla gestione.

In particolare, il legislatore aveva intuito l'importanza, per la efficienza del servizio, di affidare ad un unico soggetto la gestione delle reti e l'erogazione della risorsa e aveva oltretutto compreso, per gli elevati costi che soprattutto la prima comporta, la opportunità di ricorrere a capitali privati muovendosi nell'ottica di imprenditorializzare l'attività di erogazione del servizio. Sotto l'altro profilo, il compito di organizzare il servizio era stato affidato al livello locale alle cd. Autorità d'Ambito, organismi composti da tutti i Comuni che rientrano in un determinato ambito territoriale individuato dalle Regioni. La istituzione di tali organismi avrebbe dovuto rispondere all'esigenza di *unitarietà* della gestione conferendo ad un unico soggetto tutte le competenze spettanti agli enti locali in materia di risorse idriche, vale a dire l'organizzazione, l'affidamento e il controllo del servizio, oltre che la programmazione degli investimenti³³.

³¹ V. G.PASTORI, *Tutela e gestione delle acque*, in *Scritti Scelti*, II, Jovene Napoli 2010, p. 583 e ss. in cui si osserva che con la l. 36/94 «*Il patrimonio idrico si presenta come fine e come risultato da conseguire da parte dei pubblici poteri, in quanto servizio per la comunità, ne deriva necessariamente che l'amministrazione delle acque deve potersi configurare oggi nel suo insieme come un'organizzazione di scopo*».

³² Nell'ambito dei compiti assegnati dalla l. n.36/94 al comitato possono essere individuate tre principali funzioni: conoscitive; di indirizzo e proposta in campo tecnico e tecnico economico; ispettive.

³³ Il concetto di "ambito territoriale ottimale" (c.d. ATO) vale a significare ambito di "adeguate dimensioni" per la gestione dei servizi. Esso, in origine elaborato dagli economisti, è stato ampiamente utilizzato negli ultimi decenni con riferimento alla pubblica amministrazione, nel tentativo di dare una

Questa architettura organizzativa mette in luce come nel servizio idrico sia stato per la prima volta attuato il principio, di matrice comunitaria, della separazione tra regolazione e gestione che darà, successivamente, impulso alla legge 481/95 istitutiva delle Autorità Indipendenti.

Ma soprattutto, è la legge Galli che per prima mette in relazione l'attività di regolazione del servizio pubblico con le aspettative dell'utente, ovvero la qualità del servizio come elemento essenziale al soddisfacimento dei diritti correlati all'utilizzo della risorsa idrica, anticipando quanto sarà poi espressamente sancito dalla l. 281/98 sulla natura di diritto fondamentale della pretesa dei cittadini ad elevati standard di qualità ed efficienza.

Con l'approvazione del D.lgs.vo 152/2006 (cd. *codice dell'ambiente*) l'impianto normativo della legge Galli è stato sostanzialmente confermato, in più viene colta l'occasione per definire in modo cogente i principi fondamentali che devono informare la funzione di governo del servizio da parte delle amministrazioni competenti, sia sotto il profilo della regolazione e del controllo che della scelta dei modelli di gestione. Tali principi riguardano, in particolare, la gestione sostenibile della risorsa; il risparmio idrico e la primazia del consumo umano sugli altri usi.

Sulla base di tali regole devono perciò trovare composizione i diversi interessi legati all'uso della risorsa idrica tenendo conto che per soddisfare le esigenze correlate a tale servizio, senza tradirne la qualità, è necessario impiegare importanti risorse economiche.

Tuttavia la riforma del '94, pur avendo posto importanti premesse per un ripensamento, in chiave di regolazione e di controllo, del ruolo di governo della pubblica amministrazione nel settore dei servizi pubblici locali (o comunque 'riservati') secondo una prospettiva in cui la legalità sostanziale dell'azione pubblica si traduce di fatto nel rispetto di determinati standard di qualità ed efficienza del servizio, è rimasta ostaggio di una visione dirigista dell'intervento pubblico che ne ha depotenziato la portata innovativa. Ne è la prova la scelta di incardinare la Commissione di vigilanza all'interno della struttura Ministeriale (prima del Ministero delle opere pubbliche, poi

prospettiva più moderna ad una realtà cronicamente inefficace ed inefficiente. I criteri individuati dalla legge Galli per la ripartizione territoriale in ATO prendevano in considerazione il profilo ambientale, funzionale ed istituzionale.

dell’Ambiente) a discapito dell’autonomia organizzativa e gestionale oltre che dell’imparzialità di tale organismo.

Inoltre, i limiti di funzionamento delle ATO sono presto evidenziati innanzitutto dalla scarsa autonomia di tale organismo, atteso che essendo composto da tutti i comuni di una determinata area territoriale si è determinata spesso una coincidenza tra la funzione di regolazione e controllo e funzione di gestione allorché i comuni siano anche azionisti dei soggetti affidatari del servizio³⁴. In secondo luogo, la partecipazione delle amministrazioni comunali era così ampia da determinare un rallentamento dei processi decisionali oltre a situazioni di sovrapposizione di funzioni, tra quelle proprie e quelle svolte in qualità di componente dell’ATO, con evidenti gravi ripercussioni sulla efficacia del servizio e sui costi dello stesso.

Ciò ha spinto il legislatore con la legge n. 42/2010, art. 1, comma 1-*quinquies*, a sopprimere le ATO e i consorzi di funzioni tra gli enti locali, ad eccezione dei bacini imbriferi montani, costituiti ai sensi dell’art. 1, della legge 27 dicembre 1954, n. 959.

5. La rilevanza giuridica della regolazione dei servizi pubblici locali nel recente quadro normativo.

La rilevanza della funzione di regolazione nel settore in esame impone una riflessione sull’indirizzo legislativo che si è recentemente affermato in tema di principi e di strumenti volti a garantire elevati livelli di qualità delle prestazioni e di accessibilità del servizio.

Innanzitutto, occorre richiamare l’art. 4 d.l.138/2011 che pur prevedendo espressamente che, ad eccezione delle norme sulle incompatibilità, tale disciplina non si sarebbe applicata al servizio idrico, aveva adottato misure volte ad incardinare i settori “esclusi” nella logica di soddisfare i diritti degli utenti sotto il profilo della qualità del servizio, senza pregiudizi in termini di accessibilità e di fruizione. In particolare, emergeva un disegno complessivo fondato sui principi e sulle finalità dettati rispetto alla attività di erogazione che trovano applicazione per tutti i servizi pubblici, compresi i settori esclusi, non essendo legati ai diversi modelli di gestione.

³⁴ Per una ricostruzione sui diversi interventi legislativi in materia di servizio idrico integrato v. S. CIMINI, *Il servizio idrico integrato alla luce del codice dell’ambiente e delle ultime novità normative*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2008, 631 e ss.

Sicchè, deve ritenersi applicabile anche tale settore la disciplina che il legislatore, con il d.l. 138/2011, aveva dato alla materia dei servizi pubblici locali sotto il profilo della regolazione, nella parte in cui ha previsto misure volte ad incardinare i settori “esclusi” nella logica di soddisfare i diritti degli utenti sotto il profilo della qualità del servizio, senza pregiudizi in termini di accessibilità e di fruizione.

Giova precisare sin da subito che sebbene l'impianto delineato dal legislatore con il citato decreto sia stato in buona parte smantellato dal recente intervento della Corte Costituzionale³⁵ (che ha inciso soprattutto sui criteri di scelta tra le varie forme di affidamento dei servizi pubblici locali), tuttavia i principi pregnanti in tema di liberalizzazione e gestione dei servizi di interesse generale, filo conduttore di una storia che sembra non avere mai fine³⁶, sembrano essere stati salvaguardati: nuovo ruolo di regolazione e controllo della P.A. e alta qualità dei servizi pubblici.

Che la liberalizzazione non avesse fatto venir meno il ruolo di primo piano dell'amministrazione³⁷ nel processo di innovazione avviato dal nuovo governo nel campo dei servizi pubblici emerge con chiarezza dall'art. 3, comma 1 d.l.138/2012, che dopo l'incipit «è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge» richiede di mantenere forme di regolazione dell'attività economica a presidio dell'utilità sociale di ogni attività economica, come richiede l'art. 41 Cost.

Dunque, pur perseguendo la strada della liberalizzazione, il legislatore aveva rafforzato il ruolo della pubblica amministrazione attribuendole una nuova configurazione, quella di arbitro preposto ad una razionalizzazione della regolazione, che elimini, da un lato, quegli ostacoli al libero esercizio dell'iniziativa economica che siano inutili o sproporzionati e, dall'altro, garantisca che le dinamiche economiche non si svolgano in contrasto con i principi di rango costituzionale, oltre che comunitari ed internazionali.

Tra questi ultimi particolare rilievo certamente rivestono i principi di alta qualità dei servizi, sicurezza e accessibilità economica, parità di trattamento e

³⁵ Corte Cost, sent. 17 luglio 2012, n. 199 *cit.*

³⁶E.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* in www.giustamm.it e C. VOLPE, *Servizi pubblici locali e liberalizzazioni. Dall'art. 23-bis al decreto legge “crescita”*: la produzione normativa non ha mai fine in www.giustamm.it.

³⁷C. E. GALLO, *Leggi di liberalizzazione e potere della pubblica amministrazione* in www.giustamm.it.

promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente, che l'allegato al TFUE sui servizi di interesse generale (n.26) individua quali valori comuni dell'Unione e che la dottrina più avveduta fa rientrare nei diritti cd. di terza generazione, che trovano riconoscimento in ragione del valore di «clausola aperta» dell'art. 2 Cost.³⁸.

Dunque non assenza di regole ma eliminazione di sovrabbondanti limitazioni alla libera iniziativa economica che non trovino puntuale giustificazione nell'esigenza di porre mano ad un contemperamento di interessi costituzionali ed in particolare negli interessi che il legislatore statale ha elencato all'art. 3, comma 1, d.l.138/2012, quali sicurezza, libertà, dignità umana, salute, ambiente, paesaggio e patrimonio culturale, utilità sociale.

L'attenzione è posta dal legislatore su un intervento capace di elevarsi sotto il profilo qualitativo più che quantitativo, operando una liberalizzazione sia giuridica che economica, in grado di fungere da motore e stimolo per lo sviluppo economico.

Pertanto, l'art. 4 del d.l. 138/2011 che, pur non avendo avuto la fortuna di durare a lungo, in quanto caduto sotto la scure della Corte Cost. (sent. n. 199/2012), non sembra essere stato inciso sotto il profilo dei principi ivi espressi in tema di obiettivi di raggiungimento di elevati livelli di qualità del servizio pubblico.

Si ritiene, quindi, che sia nella facoltà del legislatore riproporre gli innovativi strumenti ivi previsti, attraverso quello che si auspica sarà un organico intervento legislativo, imposto dall'esigenza di colmare il vuoto normativo che si è creato.

La centralità assunta dal tema della regolazione nella disciplina dei servizi pubblici locali è confermata anche dal d.l. 1/2012 concernenti “*disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*” che ribadisce e rafforza i principi espressi dalla d.l.138/2011.

³⁸Vedi Sent. Corte Cost. 20 luglio 2012 n. 200, con cui è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'articolo 3, comma 3, del decreto legge n. 138 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 148 del 2011 per violazione degli artt. 3, 97 e 117 Cost. Il comma in questione, in particolare, laddove dispone l'automatica «soppressione», allo scadere di un termine prestabilito (30/09/2012) di tutte le normative statali incompatibili con il principio della liberalizzazione delle attività economiche, stabilito al comma 1, risulta viziato sotto il profilo della ragionevolezza, atteso che non può una norma contenente disposizioni di principio, e non prescrizioni di carattere specifico e puntuale, indeterminata e potenzialmente invasiva delle competenze legislative regionali, rappresentare il parametro alla cui stregua valutare la soppressione o perdurante vigenza della normativa statale che presenti profili di incompatibilità, con rischio di esiti disomogenei, se non addirittura divergenti da Regione a Regione e con ricadute dannose anche per la concorrenza e gli operatori economici.

In particolare, proprio nell'ottica di rafforzare la tutela degli utenti, spicca la previsione contenuta nell'art. 8 sulla carta dei servizi poiché dispone che tale strumento *“nel definire gli obblighi cui sono tenuti i gestori dei servizi pubblici, anche locali, o di infrastruttura necessaria per l'esercizio di attività di impresa o per l'esercizio di un diritto costituzionalmente garantito, indicano in modo specifico i diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori del servizio e dell'infrastruttura”*. Il comma 2, poi aggiunge che *“le Autorità indipendenti di regolazione e ogni altro ente, anche territoriale, dotato di competenze di regolazione sui servizi pubblici, anche locali, definiscono gli specifici diritti di cui al comma 1”*.

La disposizione merita particolare attenzione sotto un duplice profilo: la rilevanza giuridica che viene attribuita alla carta dei servizi come strumento tecnico deputato a regolare nello specifico il rapporto tra gestore e utente; la indifferenza manifestata dal legislatore rispetto alla natura pubblica o privata del soggetto che gestisce il servizio atteso che entrambi soggiacciono agli obblighi previsti dalla carta e rispondono anche sotto il profilo risarcitorio di eventuali pregiudizi in danno degli utenti. Non solo, ma l'aver espressamente attribuito ai soggetti titolari della funzione di regolazione, siano esse Authority o enti territoriali, il compito di definire il contenuto della carta ha rafforzato la cogenza di tale strumento, poiché l'inadempimento di tale compito sarà foriera di precise responsabilità giuridiche.

Dalla disamina di questi interventi normativi emerge la convinzione della assoluta irrilevanza della natura del soggetto gestore atteso che, definiti i valori e le finalità cui deve essere orientato un determinato mercato, è l'osservanza (spontanea o coattiva) delle regole che ne garantisce la realizzazione e, perciò, tali regole non possono trovare eccezioni nella natura del soggetto gestore.

Ed è proprio in questa logica che è stata definita la funzione di governo dei servizi pubblici locali, specificando le responsabilità dei soggetti che operano nel settore, riconoscendo agli utenti una sfera intangibile di diritti e indicandone i possibili strumenti di tutela, rafforzando i poteri di regolazione e controllo delle Autorità istituite in alcuni settori ed estendendone la sfera operativa anche ad altri settori.

6. *L'Autorità di vigilanza del servizio idrico integrato nel processo di liberalizzazione dei servizi pubblici locali alla luce dei recenti interventi normativi.*

L'attenzione che il legislatore rivolge oggi all'attività di regolazione come attività finalizzata ad indurre gli operatori di un determinato settore di agire *<<in modo conforme ai principi e ai valori che di volta in volta vengono individuati dalla legge>>*³⁹ si riflette non solo nella scelta di finalizzare lo svolgimento dei servizi al raggiungimento di un risultato che la legge individua nell'innalzamento della qualità della prestazione, obbligando i gestori a predeterminare i parametri di misurazione, ma anche in quella di garantirne la effettiva realizzazione.

Sotto questo profilo si registra la tendenza ad affidare a soggetti diversi dalle amministrazioni locali il compito di controllare e garantire il rispetto delle condizioni e degli standard stabiliti nelle Carte dei servizi e nel contratto di servizio. Ciò non solo in virtù delle competenze altamente specialistiche che, spesso, la funzione di regolazione richiede ma anche, a parere di chi scrive, per una ormai radicata sfiducia nelle istituzioni locali di operare per il benessere collettivo⁴⁰.

In quest'ottica va, quindi, interpretata anche la scelta, di cui all'art. 21, comma 13, del D.l. 201/2011, di trasferire la funzione di determinazione della tariffa del servizio idrico all'Autorità Garante per l'Energia Elettrica e del Gas, con il preciso scopo di introdurre in questo particolare settore, un regime di regolazione e controllo in grado di assicurare all'utenza gli standard di qualità che saranno preventivamente indicati nella Carta dei servizi e che, in virtù di quanto disposto dall'art. 8 del d.l.1/2012, concorrono

³⁹ Vedi F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Giuffrè Milano 2002, Agg. VI, in part. p.80-82.

⁴⁰ R. FERRARA, *Interesse pubblico al buon andamento tra forma e sostanza*, in A. CONTIERI, M. IMMORDINO, F. FRANCIOSI, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, ES Napoli, 2010, p. 3 e ss. riconduce l'espansione dei compiti e dei poteri delle amministrazioni indipendenti al fenomeno della dequotazione della funzione ordinatrice della legge, che rischia di trasformare *<<la libertà dall'amministrazione>>* con cui si declina un fondamentale obiettivo delle politiche di semplificazione amministrativa alla *<<libertà dell'amministrazione>>* che *<<sembra poter essere tanto maggiore quanto più debole e sfocata appaia la capacità di conformazione preventiva della legge in quanto è esattamente ciò che origina, in primo luogo, la crescita esponenziale delle facoltà e delle opere di decisione e di gestione degli interessi ad opera degli apparati politico-amministrativi>>*.

ad individuare la pretesa sostanziale, giuridicamente qualificata e tutelata, degli utenti⁴¹. L'obiettivo perseguito è, infatti, quello di implementare il sistema di regolazione e controllo affinché i diritti di utenza siano pienamente ed indiscriminatamente soddisfatti.

L'idea di fondo è, innanzitutto, quella di rispettare le prescrizioni comunitarie sulla necessità di separare il ruolo di gestore da quello di regolatore, attribuendo la delicata, quanto complessa, composizione di interessi legati all'utilizzo della risorsa idrica ad un soggetto dotato di competenze specialistiche altamente qualificate e di un elevato grado di autonomia rispetto ai livelli di governo condizionati da interessi locali che, a volte, rischiano di compromettere la qualità del servizio.

Pertanto, proprio nel settore idrico dove la gestione del servizio sembra destinata (per vocazione ideologica o per interessi locali) ad essere svolta da soggetti pubblici si è ritenuto opportuno implementare il sistema di regolazione, affinché i diritti di utenza

⁴¹ Con il d.l. 70/2011, era stata inizialmente prevista una Agenzia nazionale per la regolazione e la vigilanza in materia di acqua che avrebbe dovuto sostituire la Commissione nazionale per la vigilanza delle risorse idriche (introdotta dal d.l. 39/2009 che a sua volta sostituiva il Comitato per la vigilanza sull'uso delle risorse idriche, Co.vi.ri). In particolare, le finalità sottese alla riorganizzazione dell'ente di regolazione del servizio idrico sono essenzialmente riferibili alla necessità di garantire l'osservanza dei principi contenuti nel codice dell'ambiente, con particolare riferimento alla tutela dell'interesse degli utenti, alla regolazione, determinazione e adeguamento delle tariffe, nonché alla promozione dell'efficienza, dell'economicità e della trasparenza nella gestione dei servizi idrici. A differenza della Co.vi.ri, per espressa previsione normativa, la nuova Agenzia gode di autonomia organizzativa, tecnico operativa e gestionale e viene investita di poteri ispettivi e sanzionatori a favore degli utenti. Sicché, anche la tutela di questi ultimi, che pare essere uno dei fini che ha spinto il legislatore ad istituire l'Agenzia, è per alcuni aspetti rafforzata rispetto al passato. All'organo di regolazione idrica, infatti, non era riconosciuta la possibilità di ricevere reclami e segnalazioni degli utenti, né il potere di determinare i casi in cui il gestore inadempiente delle clausole del contratto di servizio o irrispettoso dei requisiti minimi, dovesse indennizzare l'utenza. In presenza delle predette irregolarità l'unica strada percorribile era quella di adire le autorità giurisdizionali competenti per esercitare azioni di responsabilità o azioni di risarcimento dei danni a favore dell'utenza. Invece, diversamente dal passato la nuova Agenzia esercita funzioni, da un lato, di regolazione preventiva all'affidamento della gestione del servizio, dall'altro di controllo sulla gestione stessa. Tra le funzioni di regolazione in via preventiva attribuite all'Agenzia si individuano, in particolare quelle inerenti la determinazione della tariffa; tra quelle di controllo successivo vi è invece, il potere di verifica della corretta redazione del Piano d'Ambito. Se in passato, la Commissione non poteva essere assimilata ad autorità amministrative indipendenti, poiché la stessa manteneva rispetto a quel modello, numerose differenze sia sotto il profilo organizzativo che sotto quello della divisione dei poteri, oggi non pare potersi dire lo stesso della nuova Agenzia. Come già segnalato, essa è per espressa previsione normativa, un organismo autonomo ed indipendente dal Governo. Tuttavia, la norma istitutiva dell'Autorità di vigilanza non ha fatto in tempo a radicarsi che, appena pochi mesi dopo la sua emanazione, è stata abrogata. Infatti, il d.l. 201/2011, convertito in legge n. 214/2011, all'art. 21, comma 13 ha espressamente soppresso la neo istituita Autorità trasferendone le funzioni, ai sensi del comma 19 della medesima disposizione, all'AEEG. Per la precisione, la disposizione da ultimo citata si riferisce alla funzione di regolazione relativa alla determinazione della tariffa, rimettendo al Governo il potere di indicare, nel termine di 90 giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione, le specifiche funzioni devolute all'AEEG.

siano pienamente ed indiscriminatamente soddisfatti,⁴² attribuendo ad organismi esterni il compito di predeterminare i criteri ovvero le cosiddette voci di costo che compongono la tariffa onde assicurare che la sottrazione al mercato di tale settore non pregiudichi la qualità del servizio.

L'AEEG, infatti, sin dalla sua istituzione ha svolto importanti funzioni nel settore energetico, ascrivibili sia alla sfera della promozione della concorrenza che a quella della tutela dell'utente. In particolare, tra i compiti svolti dall'autorità va sottolineato quello della determinazione della tariffa come espressione di sintesi dei diversi e contrapposti interessi coinvolti nel servizio pubblico.

Al riguardo, la legge istitutiva di tale autorità prevede che il sistema tariffario debba essere certo, trasparente e basato su criteri predefiniti, promuovendo la tutela degli interessi di utenti e consumatori, tenuto conto della normativa comunitaria in materia e degli indirizzi di politica generale formulati dal Governo. Inoltre, la determinazione della tariffa deve armonizzare gli obiettivi economico-finanziari dei soggetti esercenti il servizio con gli obiettivi generali di carattere sociale, di tutela ambientale e di uso efficiente delle risorse.

Sulla base di questi principi, l'AEEG ha svolto una significativa attività di regolazione tenendo fermo l'obiettivo della qualità del servizio⁴³.

Le funzioni svolte dalla AEEG sul piano della vigilanza e della regolazione nel settore energetico evidenziano come la estensione di tali funzioni al settore idrico, seppur limitatamente alla determinazione della tariffa, sottrae agli enti locali una parte

⁴² C. VOLPE, *Sevizi pubblici locali e legge di stabilità 2012. Il dinamismo normativo continua*, in www.giustamm.it.

⁴³ Tra le importanti attività svolte dall'AEEG in materia di prezzi si evidenzia, ad esempio, il monitoraggio svolto con riferimento al meccanismo degli oneri di sistema (la cui incidenza è pari all'8,88% del costo totale della bolletta tipo, con una variazione pari al 40% nel periodo primo trimestre 2004 - secondo trimestre 2010) che, traducendosi in un prelievo di tipo parafiscale, presentano peraltro problemi di equità redistributiva soprattutto per quei costi, quali le incentivazioni delle fonti rinnovabili, che stanno incidendo in modo sempre più crescente in bolletta. Infine, in materia di prezzi, l'Autorità si è impegnata a definire le modalità di applicazione dei cosiddetti *bonus* per l'energia, volti ad agevolare le famiglie in stato di disagio economico e le famiglie presso le quali vive un soggetto in gravi condizioni di salute, tramite opportuni risparmi sulla bolletta dell'elettricità (risparmio annuo del 20% circa) e del gas (risparmio annuo del 15% circa). Al momento, per il bonus elettrico le domande hanno superato il milione e mezzo; quelle per il bonus gas il mezzo milione (audizione dell'AEEG presso la Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati). Altrettanto significativa è l'attività di regolazione svolta per la assicurare la qualità del servizio incentrata su un sistema di incentivi e bonus da attribuirsi alle imprese virtuose da un lato, e da un sistema sanzionatorio rigoroso basato sul pagamento di indennizzi e penalità di consistente valore economico dall'altro (sul punto cfr. testo unico sulla qualità del servizio 2009-2012 pubblicato sul sito istituzionale dell'AEEG www.autorita.energia.it).

essenziale dell'attività di governo che la legge Galli prima, e il codice dell'ambiente poi, avevano loro assegnato.

Non solo, ma anche gli aspetti organizzativi del servizio saranno fortemente condizionati dall'assetto regolatorio imposto da tale organismo, sotto il profilo degli standard di qualità che il gestore del servizio è tenuto a garantire agli utenti nei limiti della tariffa determinata.

Infatti, pare che il legislatore non abbia inteso attribuire all'AEEG solo un aspetto dell'attività di regolazione che necessita di competenze altamente qualificate che certamente tale Autorità ha acquisito in questi anni relativamente al settore energetico ma sembra proprio che l'affidamento all'AEEG del compito di determinare la tariffa vada incardinato in un disegno più ampio. Al riguardo, occorre fare riferimento al DPCM del 12 luglio 2012 che ha individuato le competenze dell'AEEG, tra cui spiccano non solo significativi ed incisivi poteri in tema di tariffe, ma anche più ampi ed organici poteri che vanno a coordinarsi con le funzioni di indirizzo e di definizione degli obiettivi generali di qualità del servizio idrico integrato sul territorio nazionale esercitate dal Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare.

L' AEEG, in un'ottica di tutela degli utenti, definisce livelli minimi e obiettivi di qualità del servizio idrico integrato, con poteri ispettivi, di vigilanza e sanzionatori, e di tutela dei diritti degli utenti, anche attraverso la valutazione di reclami, istanze e segnalazioni, determinando ove possibile obblighi di indennizzo automatico in favore degli utenti stessi.

In tema di regolazione tariffaria, in particolare, l'AEEG predispone e sottopone a revisione periodica il metodo tariffario per la determinazione della tariffa del servizio idrico integrato, prevedendo anche forme di tutela peculiari per le categorie di utenza in condizioni economico sociali disagiate, approva le tariffe del servizio e vigila sull'applicazione delle stesse.

7. Considerazioni conclusive.

Dai recenti interventi normativi, orientati ad una maggiore implementazione del sistema concorrenziale, è possibile desumere che nel settore dei servizi pubblici locali si stia affermando una diversa dinamica di mercato che si traduce nel produrre beni e

servizi a costi più vantaggiosi per la collettività, e nel rispetto di elevati standard di qualità. Ciò implica, pertanto, che se non si può escludere a priori la possibilità che le amministrazioni gestiscano direttamente un determinato servizio allo stesso tempo si deve ammettere che ove intendano farlo dovranno, da oggi in poi, anch'esse sottostare ad un sistema di regole, non imposte dal mercato ma dalle esigenze dell'utenza cui il servizio è rivolto, che le pongono in una posizione di sostanziale parità con gli operatori privati.

In altre parole, ai fini della qualità del servizio pubblico ciò che rileva non è la natura del soggetto gestore ma le regole che ne disciplinano l'attività e che offrono agli utenti chiarezza sui propri diritti e, conseguentemente, sulle forme di tutela che possono invocare.

La generale sfiducia verso modelli di gestione pubblica spinge il nostro ordinamento sempre più ad affidare la delicata attività di regolazione e di controllo ad autorità terze ed imparziali e ciò anche quando i servizi sono erogati dalle amministrazioni locali. In questo scenario si colloca, infatti, la scelta di attribuire all'AEEG la funzione di regolazione della tariffa idrica. Non solo, ma vi è una atteggiamento volto a disincentivare l'assunzione diretta del servizio, anche mediante il ritorno dell'Azienda Speciale imponendo, ai sensi della nuova formulazione dell'art. 114, l'obbligo di rispettare il patto di stabilità evitando, come in passato, la deresponsabilizzazione dei centri decisionali.⁴⁴

Di conseguenza il tema della regolazione, che fino ad oggi è stato affrontato nell'ottica di favorire la concorrenza, deve essere ripensato alla luce dell'attuale contesto socio economico (che non è lo stesso che ha dato vita al processo di

⁴⁴ L'art. 25, comma 2, lettera, a) d.l. 1/2012, ha introdotto all'art. 114 del d.lgs. 267/2000 il comma 5-bis che recita : “ A decorrere dall'anno 2013, le aziende speciali e le istituzioni sono assoggettate al patto di stabilità interno secondo le modalità definite, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con i Ministri dell'interno e degli affari regionali, sentita la Conferenza Stato- Città ed autonomie locali, da emanare entro il 30 ottobre 2012. A tal fine, le aziende speciali e le istituzioni si iscrivono e depositano i propri bilanci al registro delle imprese o nel repertorio delle notizie economico-amministrative della Camera di commercio del proprio territorio entro il 31 maggio di ciascun anno. L'Unioncamere trasmette al Ministero dell'economia e delle finanze, entro il 30 giugno, l'elenco delle predette aziende speciali e istituzioni ed i relativi dati di bilancio. Alle aziende speciali ed alle istituzioni si applicano le disposizioni del [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#), nonché le disposizioni che stabiliscono, a carico degli enti locali: divieti o limitazioni alle assunzioni di personale; contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze anche degli amministratori; obblighi e limiti alla partecipazione societaria degli enti locali. Gli enti locali vigilano sull'osservanza del presente comma da parte dei soggetti indicati ai periodi precedenti.

liberalizzazione dei servizi) in cui la qualità del servizio ha assunto rilevanza giuridica sia nell'assetto organizzativo delle amministrazioni (modificato dal dl.gvo 150/2009), sia nei rapporti con l'utenza (di cui è espressione il ricorso all'efficienza pubblica previsto dal d.lgs. 198/2009).

La regolazione deve, però, coniugare efficienza economica ed equità sociale ed è questo ultimo aspetto che induce a qualche considerazione critica. Infatti, se la prospettiva dei cambiamenti imposti al settore dei servizi pubblici è quello di garantire l'utente, non può non sottolinearsi come sembri rimanere a margine dell'attenzione legislativa il profilo dell'accessibilità.

La politica sui servizi pubblici nelle recenti riforme si preoccupa infatti di assicurare la qualità dei servizi nell'ottica della liberalizzazione del mercato (opzione che, però, va ripensata alla luce dei principi espressi dalla Corte Costituzionale in ordine all'art. 4) puntando al rafforzamento della regolazione attraverso la valorizzazione della Carta dei servizi e l'implementazione degli strumenti di controllo.

Tali interventi sono infatti coerenti che l'impostazione del D.lg.vo 150/2009 in tema di *performance pubblica* che ha introdotto una normativa organica sulla predeterminazione dei criteri di misurazione degli standard di qualità che un il servizio pubblico deve raggiungere per essere efficace, ovvero satisfattivo dell'utilità sociale al quale è destinato il recente intervento legislativo sull'organizzazione del lavoro pubblico, ha dato una forte spinta alla riforma organizzativa introdotta con il d.lgs.vo 150/2009. Il d.vo citato, ha attuato quelle norme di indirizzo contenute nel d.l. 15/2009 che puntavano ad un riorganizzazione degli assetti organizzativi al fine di incrementare la produttività pubblica e di migliorare i livelli di qualità dei servizi e delle prestazioni erogate dalle pubbliche amministrazioni.

Sulla base di tale indirizzo il d.vo 150/2009 ha imposto precisi obblighi a carico delle amministrazioni in ordine alla individuazione degli *standard* di qualità e ha previsto quale ulteriore strumento di controllo l'azione per l'efficienza pubblica di cui al d.lgvo 198/2009 attraverso cui i cittadini possono reagire avverso le inefficienze delle amministrazioni consistenti nella violazione delle condizioni previste dalla Carta dei Servizi o degli *standard* di qualità comunque stabiliti.

In questo disegno però non si tiene conto di quelle esigenze connesse alla difficile situazione economica in cui versa il nostro Paese che vede aumentare la fascia più povera della popolazione e che attiene alla possibilità di accedere al servizio.

Non sarebbe perciò azzardato ritenere, in questo particolare contesto, che il rapporto utente-amministrazione ponga problemi di efficienza il cui asse si sta spostando dal tema della qualità a quello della necessità di assicurare ai cittadini un livello di benessere che superi la soglia minima di sopravvivenza. Pertanto, se la funzione che la nostra Costituzione assegna alla p.a. è quella di realizzare i diritti di libertà civile, sociale ed economica, in relazione ai quali i canoni dell'imparzialità e del buon andamento acquistano valore giuridico, non si può non convenire che nell'assetto dei servizi pubblici il legislatore abbia interpretato l'efficienza in un'ottica parziale e poco attenta al tema dell'uguaglianza sostanziale che avrebbe necessitato di passaggi più espliciti sulla opportunità di ancorare la qualità dei servizi alla fruibilità da parte di tutti i cittadini. Se i servizi concorrono a promuovere lo sviluppo della persona ciò deve avvenire senza discriminazione, in favore di tutti gli amministrati.

Gli interventi legislativi volti a favorire il miglioramento dell'efficienza dei servizi pubblici si sono mossi nell'ottica di favorire la concorrenza modificando la disciplina sull'affidamento del servizio pubblico, laddove per l'utente è indifferente la natura pubblica o privata del gestore, poiché la sua posizione giuridica è tutelata da un servizio efficiente ma soprattutto accessibile, a prescindere dalle condizioni economiche in cui versa.

Non a caso quello dell'accessibilità è stato il profilo che ha maggiormente caratterizzato la battaglia dei sostenitori del referendum abrogativo dell'art. 23 bis, con riferimento al servizio idrico, ritenendo che la tendenza politica a risolvere il problema dell'efficienza dei servizi con il ricorso al capitale privato avrebbe potuto compromettere l'accessibilità della risorsa a discapito dei cittadini economicamente più svantaggiati.

Tuttavia, pur condividendo tale preoccupazione non si può ritenere che rispetto al deficit normativo in ordine alle garanzie dell'utente sotto il profilo dell'accessibilità possa sopperire la ripubblicizzazione necessaria o esclusiva del servizio, dovendosi invece ricercare possibili soluzioni nell'ambito di un quadro normativo che avendo rafforzato la disciplina sulla regolazione e sul controllo offre adeguati strumenti di

intervento. Si potrebbe infatti immaginare che possa concorrere alla definizione del contenuto essenziale delle carte dei Servizi proprio l'impegno dei gestori di adeguare le tariffe in proporzione al reddito prevedendo anche casi di erogazione gratuita.

Tale soluzione necessiterebbe comunque di un intervento legislativo che elevi l'accessibilità a livello essenziale della prestazione imprimendo a tale condizione, come è avvenuto per la qualità, valore giuridico vincolante, rassicurando i cittadini sulla presenza di pubblici poteri in grado non solo di dettare le regole per garantire insieme qualità ed equità, ma anche di imporne il rispetto.

In conclusione, se risulta acquisito che la qualità del servizio è obiettivo oramai raggiunto dal legislatore che l'ha rivestita di valore giuridico vincolante, insensibile alle forme di gestione, perchè imposto sia al gestore pubblico che privato, non lo stesso può dirsi per la garanzia di accessibilità al servizio, che ha rilievo fondamentale per la piena realizzazione dell'uguaglianza sostanziale. Infatti, rispetto all'obiettivo di conseguimento dell'effettiva possibilità di accesso ai servizi, il corpo elettorale sembra non essere insensibile alle forme di gestione e nutrire maggiore fiducia verso una gestione di tipo pubblicistico, che non lascia spazio agli utili perseguiti dalle imprese private in un mercato concorrenziale e che sia più attento alle esigenze degli utenti in termini di accessibilità e fruibilità del servizio.