

# Servizio idrico integrato: il Consiglio di Stato ricostruisce l'istituto e ne delinea la natura giuridica

Nota a Consiglio di Stato, sez. IV, 2 febbraio 2024, n. 1115

**SOMMARIO:** 1. Introduzione: una breve panoramica sul servizio pubblico 2. Il servizio pubblico locale 3. Il servizio idrico integrato 4. I fatti di causa 5. I motivi di appello 6. Le argomentazioni del Consiglio di Stato 6.1 Sul primo motivo di appello 6.2 Sul secondo motivo di appello 6.3 Sul quarto motivo di appello: la ricostruzione normativa del servizio idrico integrato e il rapporto regola-eccezione

DI ANNA LAURA RUM

**ABSTRACT:** Il contributo propone una analisi commentata della sentenza del Consiglio di Stato, n. 1115 del 2024, che contiene una ricostruzione storico-normativa dell'istituto del servizio idrico integrato, la cui disciplina si intreccia con quella del servizio pubblico.

La sentenza appare di particolare importanza anche per affermare il principio del rapporto *genus ac species* che intercorre fra servizio pubblico e servizio idrico integrato.

Dopo una panoramica sul tema del servizio pubblico (infra par. 1.), del servizio pubblico locale (infra par. 2.) e del servizio idrico integrato (infra par. 3.), sarà descritta, puntualmente, la vicenda fattuale da cui ha avuto origine il ricorso al Tar e la relativa sentenza (infra par. 4.), saranno elencati i motivi di appello al Consiglio di Stato (infra par. 5.) e verrà dettagliatamente analizzato il contenuto della parte motiva della sentenza (infra par. 6., 6.1, 6.2, 6.3).

**ABSTRACT:** *The paper concerns an analysis of the Consiglio di Stato's decision, that rebuilds the story of the integrated water service, whose legislation is linked to the public service's one. The decision is very important specially because of the statement about the principle of the relationship "genus ac species" that concerns the public service and the integrated water service. After discussing the public service (infra par. 1.), the local public service (infra par. 2.) and the integrated water service (infra par. 3.), the paper analyses in detail the facts of the case (infra par. 4.), and the content of the opening statements of the party (infra par. 5.). Furthermore, the paper shows and examines the Consiglio di Stato's arguments (infra par. 6., 6.1, 6.2, 6.3).*

## 1. Introduzione: una breve panoramica sul servizio pubblico.

La sentenza del Consiglio di Stato di seguito commentata tratta il tema del servizio idrico integrato, proponendone una ricostruzione storico-normativa e delineandone, anche, il rapporto *genus ac species* rispetto al servizio pubblico. È utile, allora, introdurre la nota con una breve disamina sull'istituto del servizio pubblico e, quindi, del servizio idrico integrato.

Come noto, il servizio pubblico non gode di una definizione certa e univoca e il dibattito dottrinale, in assenza di un intervento risolutore del legislatore, non sembra arrestarsi: proprio fra le tesi proposte dalla dottrina è possibile scorgere – o almeno tentare la ricerca di – una nozione di servizio pubblico.

Le tesi proposte dalla dottrina possono ricondursi a due grandi categorie: la concezione soggettiva e la concezione oggettiva di servizio pubblico.

Lesigenza di elaborare una nozione di servizio pubblico si è posta, per la dottrina,

a fronte della necessità di connotare con maggiore precisione attività riconducibili alla Pubblica amministrazione, pur non rientrando nella funzione autoritativa.

In sostanza, sotto alla categoria di servizio pubblico dovevano essere ricondotte tutte quelle attività amministrative, non autoritative, che andavano sempre più diffondendosi per effetto dell'assunzione di sempre nuovi compiti da parte dello Stato, sia in modo diretto, che nelle forme della concessione amministrativa.

Originariamente, l'art. 1 della l. 103 del 1903 qualificava il servizio pubblico, proponendo un'elencazione di 19 tipi di attività in esso sussumibili. Questo articolo è stato poi introdotto nella legge sulla assunzione diretta dei pubblici servizi da parte dei Comuni e delle Province, r. d. 2578 del 1925.

Tuttavia, stante la diversità delle fattispecie contemplate dall'elencazione, si poneva il problema dell'assunzione, da parte dei Comuni, di attività non in essa ricomprese: ed è a fronte di questo problema che si pose la necessità di individuare un criterio identificativo della categoria. Proprio in questo contesto, è nata la concezione nominalistica di servizio pubblico, ovvero la primigenia espressione della tesi soggettiva di servizio pubblico: si considerava pubblico qualunque servizio assunto dallo Stato, o da altro ente pubblico, che ne acquistasse la titolarità e, in certi casi, provvedesse alla sua erogazione.

Un vantaggio di questa tesi consisteva nel dettare un criterio identificativo valido *ex post*, per classificare un'attività come servizio pubblico, quando l'Amministrazione aveva provveduto alla sua assunzione.

La connotazione in senso soggettivo della nozione di pubblico servizio ha implicato, quindi, la delimitazione di un ambito di attività, diverse da quelle espressione di potestà autoritativa e caratterizzate dalla prestazione di utilità materiali rese in favore della collettività, da distinguere dalla funzione amministrativa in senso tecnico.

In particolare, lo sviluppo della concezione soggettiva di servizio pubblico viene attribuita a De Valles<sup>(1)</sup>: la teoria soggettiva, dopo l'emanazione della legge Giolitti, si è diffusa rapidamente soprattutto in un primo momento, quando l'interesse si era concentrato nell'affidare all'amministrazione un'attività imprenditoriale, la quale, successivamente, veniva offerta ai cittadini in modo indifferenziato.

Secondo la classica definizione di De Valles, il servizio pubblico era "un'attività imputabile, direttamente o indirettamente, allo Stato, volta a fornire prestazioni ai singoli cittadini"; pertanto, il concetto di prestazione rappresentava il tratto peculiare dell'istituto.

Tale ricostruzione soggettiva considerava, in definitiva, elemento qualificante del servizio pubblico la sua imputabilità ad un soggetto pubblico.

Alla luce di questa ricostruzione dottrinale, il servizio doveva definirsi pubblico, in quanto le relative attività, non aventi carattere autoritativo, erano esercitate da un soggetto pubblico, o comunque per conto di esso, allo scopo di garantire alla collettività il soddisfacimento di utilità essenziali.

Rispetto a tale impostazione soggettiva, furono avanzate critiche, con riferimento, da una parte, alle attività d'impresa che l'amministrazione poneva in essere nei settori più vari, seppur senza alcuna connessione con le finalità proprie dei pubblici servizi, e, dall'altra, alle attività con caratteri materiali perfettamente simili ai servizi pubblici, ma gestite dai privati e non da un'Amministrazione.

Quindi, a contraddire la nozione soggettiva c'erano determinate attività, aventi caratteristiche materiali perfettamente simili ai servizi pubblici imputabili alla Pubblica Amministrazione, ma poste in essere da privati e sottoposte ad una disciplina pubbli-

<sup>1</sup> A. De Valles, *I servizi pubblici*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, diretto da V. E. Orlando, IV, 1, Milano, 1924

cistica non basata su di un provvedimento dell'Amministrazione pubblica.

Se, dunque, la teoria soggettiva intendeva il servizio pubblico come categoria essenzialmente descrittiva di una realtà contingente, secondo la tesi oggettiva – elaborata dopo l'entrata in vigore della Costituzione – invece, a prescindere dalla connotazione pubblicistica del soggetto gestore, il servizio è pubblico in quanto la relativa attività di prestazione è diretta a soddisfare interessi essenziali della collettività.

L'elaborazione della teoria oggettiva si deve a Pototschnig<sup>(2)</sup>, il quale afferma che i caratteri del servizio si ricavano da una interpretazione congiunta degli artt. 41 (che consacra la libertà di iniziativa economica privata) e 43 della Costituzione.

L'art. 43 Cost. prevede, innanzitutto, che, ai fini di utilità generale, la legge può riservare “allo Stato, ad enti pubblici o a comunità di lavoratori o d'utenti determinate imprese o categorie d'imprese, che si riferiscono a servizi pubblici essenziali o a fonti d'energie o a situazioni di monopolio ed abbiano carattere d'interesse generale”.

Quindi, l'art. 43 Cost. stabilisce che, oltre allo Stato e ad altri enti pubblici, sono possibili destinatari della riserva o del trasferimento anche “comunità di lavoratori o di utenti”, ammettendo, così, che anche soggetti privati possono gestire attività qualificabili come “servizio pubblico”.

L'art. 43 Cost., allora, rappresenta una norma che ha posto importanti interrogativi circa l'esatta interpretazione del termine servizi pubblici essenziali, in quanto, se il carattere di essenzialità non è attribuito necessario del servizio pubblico, tuttavia, essa è il frutto di una valutazione particolare e diversa rispetto a quella che è intesa soltanto a disciplinare un'attività come servizio pubblico, anche se può in concreto assorbirla.

In definitiva, quindi, la teoria oggettivo-funzionale pone al centro le istanze di ispirazione costituzionale, correlate al principio di legalità, di cui all'art. 97 Cost., nonché i principi di derivazione comunitaria della neutralità delle forme giuridiche e di tutela della concorrenza.

Per la tesi in esame, viene in rilievo la funzionalizzazione di una determinata attività al soddisfacimento di bisogni di carattere collettivo, non invece la scelta discrezionale di assunzione del servizio da parte dell'ente pubblico, né la natura pubblicistica del soggetto che lo organizza, gestisce ed eroga alla collettività.

Oggi, viene ritenuto pacifico, da parte della dottrina maggioritaria<sup>(3)</sup>, che la concezione soggettiva del servizio pubblico sia stata definitivamente superata da quella oggettiva.

Anche la giurisprudenza<sup>(4)</sup> ha teso far propria la nozione oggettiva di servizio pubblico, considerato come qualsiasi forma di attività volta alla realizzazione di fini sociali, per il cui svolgimento è dettata una disciplina derogatoria del diritto comune.

## 2. Il servizio pubblico locale.

Ricostruito il panorama normativo e accennata la tendenza giurisprudenziale che ruota attorno alla nozione di servizio pubblico, si procede, ora, all'analisi dell'istituto del servizio pubblico locale.

L'articolo 112, c.1 T.U.E.L., pur non definendo il servizio pubblico locale, ne espone alcuni tratti distintivi.

La disposizione fa riferimento a “servizi pubblici che abbiano per oggetto produ-

2 U. Pototschnig, *I pubblici servizi*, Padova, 1964

3 Si vedano, fra i molti, B. MAMELI, *Servizio pubblico e concessione*, Milano, 1998, 294; R. GAROFOLI, *Le privatizzazioni degli enti dell'economia*, Milano, 1998, 473; F. CARINGELLA-R. GAROFOLI-M.T. SEMPREVIVA, *L'accesso ai documenti amministrativi*, Milano, 2007, 143 ss.

4 Si veda, in particolare, la sentenza n. 466 del 2005, del Tar Sicilia, con la quale è stato affermato che il necessario perseguimento dell'interesse generale richiede che l'attività oggetto del rapporto debba essere rivolta non già direttamente all'amministrazione appaltante, ma ad un'utenza indiscriminata.

zione di beni ed attività rivolte a realizzare fini sociali e a promuovere lo sviluppo economico e civile delle comunità locali”.

La norma si esprime in termini generali: infatti, i Comuni e le Province hanno autonomia statutaria, normativa, organizzativa e amministrativa, nonché autonomia impositiva e finanziaria nell'ambito dei propri statuti e regolamenti e delle leggi di coordinamento della finanza pubblica.

Inoltre, Comuni e Province sono titolari di funzioni proprie e di quelle conferite loro con legge dello Stato e della Regione, secondo il principio di sussidiarietà e svolgono le loro funzioni anche attraverso le attività che possono essere adeguatamente esercitate dalla autonoma iniziativa dei cittadini e delle loro formazioni sociali.

Quindi, l'assunzione dei servizi pubblici locali è rimessa ad autonome valutazioni degli enti locali, in relazione ai diversi contesti socio-economici e territoriali ed a rilevare è la scelta politico-amministrativa dell'ente locale di assumere il servizio, al fine di soddisfare in modo continuativo le esigenze della collettività.

La nozione estremamente generica di servizio pubblico di cui all'art. 112 del T.U.E.L., per il Consiglio di Stato<sup>5)</sup>, trova la propria *ratio* nel fatto che gli enti locali sono enti a fini generali dotati di autonomia organizzativa, amministrativa e finanziaria e ciò che rileva, per la norma *de quo*, è la scelta politico-amministrativa dell'ente locale che assume il servizio, ritenendo di soddisfare, in modo continuativo, obiettive esigenze della collettività. Ancora, il Consiglio di Stato rileva come per essere assunta come servizio pubblico, un'attività deve incidere in via diretta sulla comunità, perché rispondente ad esigenze specifiche della stessa.

Venendo ad un'analisi di dettaglio del servizio pubblico locale, possiamo affermare che, sotto il profilo oggettivo, esso è specificazione del servizio pubblico, mentre sotto il profilo soggettivo, notiamo che, ai fini della configurazione del servizio pubblico locale, assume rilevanza la decisione dell'ente territoriale di istituire il servizio e la previa valutazione sulla doverosità del porre tale servizio a disposizione della collettività locale.

L'assunzione del servizio pubblico costituisce un atto di autonomia con il quale, accertata l'utilità collettiva di una determinata prestazione e, quindi, la sua doverosità, l'ente locale competente assume su di sé la titolarità del compito-servizio.

L'atto di assunzione, in particolare, è di competenza del Consiglio comunale o provinciale: la discrezionalità degli enti locali deve, però, contemperarsi con l'esigenza che l'attività assunta come servizio pubblico incida in via diretta sulla comunità, in quanto rispondente ad esigenze essenziali o diffuse di una determinata collettività locale.

In sostanza, l'ente locale non può assumere servizi pubblici che abbiano ad oggetto un'attività qualsiasi, ma anzi, l'attività deve mirare al soddisfacimento di bisogni fondamentali della comunità di riferimento. Inoltre, deve esservi l'impossibilità per l'iniziativa privata di far fronte all'ingente volume di capitali necessari per la sua gestione ed erogazione.

Quindi, il servizio pubblico locale costituisce una specificazione della nozione generale di servizio pubblico, differenziandosi da essa per il fatto che l'istituzione avviene ad opera dell'ente locale.

Volendo schematizzare, possiamo dire che il servizio pubblico locale presenta, fra gli elementi connotanti: - un carattere di imprenditorialità, inteso come necessità che si tratti di attività economica, quale la produzione o la fornitura di beni o servizi destinati ad altri soggetti, funzionale alla produzione di utilità in favore della collettività di riferimento; - un'offerta indifferenziata al pubblico, ovvero l'idoneità a soddisfare, in modo diretto ed immediato, esigenze proprie di una platea indifferenziata di utenti;

5 In questi termini, Consiglio di Stato, sez. VI, n. 7369/2006

- il servizio deve tendere al soddisfacimento di interessi pubblici della comunità cui è rivolto.

I servizi pubblici locali si distinguono in due categorie<sup>(6)</sup>: a rilevanza economica e privi di rilevanza economica. Tale distinzione è mutuata dall'ordinamento comunitario e, in particolare, dall'art. 86 comma II del Trattato, anche se in realtà già l'art. 35 della L. 448/2001 (che riformava interamente l'originario art. 113 TUEL ed inseriva un successivo art. 113 bis) aveva introdotto la nozione di "servizi pubblici locali di rilevanza industriale" e "servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale" rinviandone ad un regolamento l'elencazione esaustiva in applicazione del predetto criterio. Questa distinzione è stata successivamente variata in "servizi di rilevanza economica" e "servizi privi di rilevanza economica" dall'art. 14 del Decreto Legge 30 settembre 2003 n. 269, convertito con la Legge 24 novembre 2003 n. 326.

Il decreto legislativo n. 201 del 23 dicembre 2022, di riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, all'art. 2, identifica i "servizi pubblici locali di rilevanza economica" con i servizi di interesse economico generale, secondo la formulazione europea e li definisce "servizi erogati o suscettibili di essere erogati dietro corrispettivo economico su un mercato, che non sarebbero svolti senza un intervento pubblico o sarebbero svolti a condizioni differenti in termini di accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza, che sono previsti dalla legge o che gli enti locali, nell'ambito delle proprie competenze, ritengono necessari per assicurare la soddisfazione dei bisogni delle comunità locali, così da garantire l'omogeneità dello sviluppo e la coesione sociale".

Tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica deve necessariamente ascriversi il servizio idrico integrato.

### 3. Il servizio idrico integrato.

Inquadri il servizio pubblico e il servizio pubblico locale, resta, infine, da delineare l'istituto del servizio idrico integrato (s.i.i.): esso è stato definito, per la prima volta, dall'art. 4 comma 1, lett. f) della legge 5 gennaio 1994 n. 36 (Legge Galli), come l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue. La portata innovativa delle norme introdotte con la Legge Galli si fondava sul fatto che essa ha segnato il passaggio da un sistema frazionato e difficilmente controllabile e conducibile verso livelli standard di qualità, ad una gestione di tipo imprenditoriale, affidata ad operatori specializzati sul mercato.

A seguire, nel 2006, il "Codice dell'ambiente" (d. lgs. n. 152/2006), rispetto all'impostazione della Legge Galli, ha introdotto una serie di ulteriori novità, in specie relative alle procedure per l'affidamento del servizio idrico integrato, in un'ottica di promozione della concorrenza e, quindi, di industrializzazione del sistema, anche al fine di sviluppare maggiori investimenti infrastrutturali (articolo 150).

L'art. 141, comma 2, del d.lgs. 152/2006, ricalcando e allargando la definizione della Legge Galli, individua il s.i.i. come un servizio pubblico locale costituito dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, che deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie.

Anche il Codice dell'ambiente, in particolare, fa propria la disciplina della gestione unitaria del servizio idrico, che comprende tutte le competenze riguardanti il ciclo

<sup>6</sup> Sull'argomento si veda, in particolare, A. SANTUARI, *Profili giuridici e assetti istituzionali della gestione del servizio idrico integrato*, in Giustamm.it, 2013, 34

completo dell'acqua, con l'obiettivo di dare al sistema un assetto tecnico ed economico ottimale. L'articolo 147 del decreto stabilisce che le Regioni hanno il compito di determinare gli Ambiti Territoriali Ottimali (ATO), ossia porzioni di territorio individuate in base ai criteri di cui alla Legge 5 gennaio 1994, n. 36, disciplinando le forme ed i modi di cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo Ambito Ottimale.

La legge 26 marzo 2010, n. 42 - di conversione del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, recante "Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni" ha, poi, previsto la soppressione delle Autorità d'Ambito.

Il servizio idrico integrato è stato qualificato dalla Corte Costituzionale<sup>(7)</sup> come "servizio pubblico locale di rilevanza economica".

La stessa Corte<sup>(8)</sup>, espressasi, ancora, sul tema dell'affidamento della gestione del servizio idrico integrato, ha affermato che esso attiene alla materia della tutela della concorrenza e della tutela dell'ambiente, riservate, entrambe, alla competenza esclusiva dello Stato e che l'abrogazione dell'art. 23-bis del d.l. n. 112 del 2008 (conv. dalla l. n. 133/2008) disposta con d.p.r. n. 113/2001 a seguito dell'esito positivo del referendum popolare svoltosi il 12 e 13 giugno 2011 non ha comportato il venir meno della vigenza del terzo periodo dell'art. 1, comma 1-quinquies del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, conv. dalla l. 26 marzo 2010, n. 42, in forza del quale alla legge regionale compete soltanto disporre l'attribuzione delle funzioni delle sopresse AAT, "nel rispetto dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza" e, non spetta, di conseguenza, provvedere direttamente all'esercizio di tali funzioni, affidando la gestione del SII ad un soggetto determinato. La scelta della forma di gestione del SII spetta, dunque,

all'organismo (ente, autorità) a cui la regione ha attribuito o attribuirà l'esercizio delle funzioni in tale materia, in sostituzione delle sopresse AATO.

#### 4. I fatti di causa.

La vicenda controversa ha ad oggetto l'impugnazione, da parte del Comune appellante, del provvedimento con il quale l'Atersir ha negato il riconoscimento della gestione autonoma del servizio idrico, richiesta ai sensi dell'art. 147, co. 2, lett. b), d.lgs. n. 152/2006.

L'Atersir, Agenzia territoriale dell'Emilia-Romagna per i servizi idrici e rifiuti, nata per effetto della L.R. Emilia Romagna n. 23/2011, è un organismo pubblico dotato di autonomia amministrativa, contabile e tecnica e rappresenta un Ambito Territoriale Ottimale<sup>(9)</sup> comprendente l'intero territorio regionale.

7 C. Cost. n. 187 del 2011 e n. 325 del 2010

8 C. Cost. n. 62 del 2012

9 Gli Ambiti Territoriali Ottimali, per il servizio idrico integrato sono stati originariamente istituiti a seguito della legge 5 gennaio 1994 n. 36 "Disposizioni in materia di risorse idriche", che ha riorganizzato i servizi idrici aggregando sotto un'unica autorità, l'Autorità d'ambito, i servizi di acquedotto, fognatura e depurazione in tutte le loro fasi, ivi comprese le relative tariffe. L'Autorità d'ambito, che opera nel territorio di ciascun ATO, ha lo scopo di garantire un ottimale approvvigionamento d'acqua potabile, privilegiando la qualità ma anche salvaguardando le risorse idriche nel rispetto dell'ambiente, inoltre tutela il consumatore, stante il regime di monopolio in cui operano i gestori del servizio idrico integrato.

Il Legislatore, con il decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 "Norme in materia ambientale", definisce le Autorità d'ambito come segue (articolo 148):

"1. L'Autorità d'ambito è una struttura dotata di personalità giuridica costituita in ciascun Ambito Territoriale Ottimale delimitato dalla competente regione, alla quale gli enti locali partecipano obbligatoriamente ed alla quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma 1.

2. Le regioni e le province autonome possono disciplinare le forme ed i modi della cooperazione tra gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale, prevedendo che gli stessi costituiscano le Autorità d'ambito di cui al comma 1, cui è demandata l'organizzazione, l'affidamento e il controllo della gestione del servizio idrico integrato."

La legge 26 marzo 2010, n. 42 - di conversione del d.l. 25 gennaio 2010, n. 2, recante "Interventi urgenti concernenti enti locali e regioni" ha, poi, previsto la soppressione delle Autorità d'Ambito.

In particolare, il Comune ha richiesto all'Atersir il riconoscimento dei requisiti di cui all'art. 147, comma 2 bis, lett. b), d.lgs. n. 152/2006<sup>(10)</sup>, così da poter continuare a gestire il servizio idrico integrato in forma autonoma ed in economia. Tuttavia, l'Atersir ha rigettato l'istanza.

Dunque, il Comune ha impugnato la delibera, formulando quattro motivi di ricorso.

Il Tar Emilia Romagna ha così risposto ai motivi di ricorso formulati:

- a) ha respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione in favore del Tribunale delle acque pubbliche;
- b) ha accolto l'eccezione di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse del ricorso proposta da Atersir, affermando che, in ragione della sopravvenienza normativa costituita dall'art. 147, comma 2-ter, lett. b), d.lgs. n. 152/2006, inserito dall'art. 22, comma 1-quinquies, d.l. 6 novembre 2021 n. 152, conv. in legge 29 dicembre 2021 n. 233, non sarebbe più possibile procedere al riconoscimento della gestione autonoma;
- c) ha dichiarato comunque inammissibile il ricorso (in quanto "a voler ritenere che il comma 3 bis dell'art.147 non si applichi nella presente fattispecie, parte ricorrente avrebbe comunque dovuto allegare e provare nel ricorso di essere in possesso degli ulteriori requisiti richiesti dal comma 2 bis dell'art.147 per poter ottenere, a suo tempo, il riconoscimento");
- d) ha compensato le spese di lite per novità della questione.

Il Comune, quindi, ha proposto appello avverso la sentenza di primo grado, formulando quattro motivi di appello.

### 5. I motivi di appello.

Con il primo motivo, l'appellante impugna il capo della sentenza che ha dichiarato l'improcedibilità del ricorso introduttivo del giudizio. L'ente deduce che il T.a.r. avrebbe erroneamente applicato l'art. 147, comma 2-ter, d.lgs. n. 152/2006, in quanto questa norma andrebbe applicata soltanto con riferimento ai procedimenti pendenti o a quelle gestioni per le quali non vi è stato un pronunciamento negativo da parte dell'autorità competente. Nel caso di specie, invece, tale pronunciamento vi sarebbe stato ancorché negativo.

Con il secondo motivo di appello, si impugna la statuizione di inammissibilità, con argomentazioni che, in parte, sono analoghe a quelle del primo motivo di impugnazione e, in parte, deducono l'errore in cui sarebbe incorso il T.a.r. nell'affermare che il Comune avrebbe dovuto allegare e dimostrare nel giudizio il possesso dei requisiti previsti dall'art. 147, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006, per ottenere la salvaguardia della gestione autonoma.

Con il terzo motivo di appello, articolato in subordine rispetto alle precedenti censure, si prospetta la questione di costituzionalità dell'art. 147, comma 2-ter, d.lgs. n. 152/2006, con diffuse argomentazioni. Tale motivo, tuttavia, è stato ritenuto

<sup>10</sup> L'art. 147 c. 2 bis d.lgs. 152/2006 così recita: "2-bis. Qualora l'Ambito Territoriale Ottimale coincida con l'intero territorio regionale, ove si renda necessario al fine di conseguire una maggiore efficienza gestionale ed una migliore qualità del servizio all'utenza, è consentito l'affidamento del servizio idrico integrato in ambiti territoriali, comunque, non inferiori agli ambiti territoriali corrispondenti alle province o alle città metropolitane. Sono fatte salve:

a) le gestioni del servizio idrico in forma autonoma nei comuni montani con popolazione inferiore a 1.000 abitanti già istituite ai sensi del comma 5 dell'articolo 148;

b) le gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti, nei comuni che presentano contestualmente le seguenti caratteristiche: approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Ai fini della salvaguardia delle gestioni in forma autonoma di cui alla lettera b), l'ente di governo d'ambito territorialmente competente provvede all'accertamento dell'esistenza dei predetti requisiti."

improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, derivante dall'accoglimento dei primi due motivi di appello.

Con il quarto motivo di appello, il Comune ripropone i quattro motivi di ricorso non esaminati in primo grado:

- 1) Con il primo motivo di ricorso, il Comune ha, dapprima, individuato la ragione ostativa opposta dall'Atersir nella circostanza che, secondo questo ente, non si potrebbero considerare "gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti" quelle instauratesi in via di fatto e, dunque, non potrebbe considerarsi "esistente" la gestione del Comune, in quanto vi sarebbe stato, da parte dell'ente d'ambito, l'affidamento del servizio in questione ad altra s.p.a., e, successivamente, ha proceduto a censurare questa motivazioni partendo dall'interpretazione letterale e sistematica dell'art. 147, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006.
- 2) Con il secondo motivo di ricorso, il Comune ha censurato, "per scrupolo", la motivazione del provvedimento, nella parte in cui riporta quella possibile ragione di rigetto dell'istanza, prospettata nel preavviso di rigetto e conforme al parere del Ministero dell'Ambiente, ma, secondo il ricorrente, non riportata nel provvedimento finale, consistente nella circostanza che, per i Comuni con più di 1.000 abitanti non sarebbe ammessa la "gestione in economia" del servizio idrico integrato, affidandosi, nuovamente, ad argomenti interpretativi di carattere letterale, sistematico e logico della disposizione.
- 3) Con il terzo motivo di ricorso, il Comune ha censurato il provvedimento per difetto d'istruttoria, in quanto l'Agenzia avrebbe omesso di compiere l'unico accertamento effettivamente demandato dalla norma, ossia quello sulla sussistenza dei requisiti enumerati dall'art. 147, comma 2-bis, lett. b), d.lgs. n. 152/2006.
- 4) Con il quarto motivo di ricorso, il Comune ha impugnato il parere del Ministero dell'Ambiente, estendendo le doglianze precedentemente articolate anche a questo atto.

## 6. Le argomentazioni del Consiglio di Stato.

### 6.1 *Sul primo motivo di appello*

Per il Consiglio di Stato, il primo motivo di appello è fondato. A sostegno della statuizione, viene richiamato, preliminarmente, il contenuto dell'art. 147, comma 2-ter, d.lgs. n. 152/2006, inserito nel menzionato T.U. ad opera dell'art. 22 comma 1-quinquies d.l. 6 novembre 2021 n. 152, convertito con modificazioni dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233, che prevede che "Entro il 1° luglio 2022, le gestioni del servizio idrico in forma autonoma per le quali l'ente di governo dell'ambito non si sia ancora espresso sulla ricorrenza dei requisiti per la salvaguardia di cui al comma 2-bis, lettera b), confluiscono nella gestione unica individuata dal medesimo ente. Entro il 30 settembre 2022, l'ente di governo dell'ambito provvede ad affidare al gestore unico tutte le gestioni non fatte salve ai sensi del citato comma 2-bis."

Secondo il Collegio, dal tenore letterale della norma, risulta evidente che la norma applicata dal T.a.r. per dichiarare l'improcedibilità del ricorso non si applica, in quanto il suo presupposto di applicazione, costituito dalla circostanza che "l'ente di governo dell'ambito non si sia ancora espresso sulla ricorrenza dei requisiti per la salvaguardia di cui al comma 2-bis, lettera b)", non sussiste nel caso in esame.

Si osserva, infatti, che l'ente d'ambito ha adottato il provvedimento negativo, ritualmente impugnato dal Comune e, diversamente da quanto affermato dal Giudice di primo grado, in caso di accoglimento della domanda di annullamento, l'Atersir sarebbe tenuto a riesaminare l'istanza di parte.

Il Consiglio di Stato nota come la diversa interpretazione del dato normativo, enunciata dal T.a.r., porrebbe, come evidenziato dal Comune, delicate questioni di

possibile contrasto con gli articoli 3, 24, 111 e 117, comma 1 (in relazione all'art. 6 Cedu e 47 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea), Cost. L'interpretazione del Collegio, peraltro, si è posta in linea con le pronunce della Corte Costituzionale, n. 209 del 2010 e n. 127 del 2015 e della Corte EDU, del 11 dicembre 2012, "De Rosa contro Italia", del 14 febbraio 2012, "Arras contro Italia", del 7 giugno 2011, "Agrati contro Italia", del 31 maggio 2011, "Maggio contro Italia" e altre.

### 6.2 Sul secondo motivo di appello

Per il Consiglio di Stato, anche il secondo motivo di appello è fondato.

Infatti, la sentenza di primo grado afferma che anche "a voler ritenere che il comma 3 bis dell'art.147 non si applichi nella presente fattispecie, parte ricorrente avrebbe comunque dovuto allegare e provare nel presente ricorso di essere in possesso degli ulteriori requisiti richiesti dal comma 2 bis dell'art.147 per poter ottenere, a suo tempo, il riconoscimento".

Il Collegio, in particolare, afferma che, come rilevato dall'appellante, in realtà, il Comune non aveva alcun onere di dimostrare in giudizio la sussistenza dei presupposti di spettanza previsti dall'art. 147, comma 2-bis, lett. b), d.lgs. n. 152/2006, per l'applicazione della misura di salvaguardia, dal momento che il diniego dell'Agenzia non si è basato sulla carenza di tali requisiti, che non sono stati affatto scrutinati nel corso del procedimento amministrativo, ma sulla circostanza che la gestione del servizio idrico da parte del Comune non poteva dirsi "esistente", come richiesto dalla norma.

Dunque, secondo il ragionamento del Collegio, qualora il T.a.r. si fosse pronunciato, sollecitato del ricorrente, sulla sussistenza dei requisiti eventualmente allegati dal Comune avrebbe violato l'art. 34, comma 2, c.p.a. che dispone che: "In nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

Quindi, secondo il Consiglio di Stato, la statuizione impugnata risulta errata in quanto la "prova" dei requisiti, che il T.a.r. ritiene dovesse essere fornita nel processo, dovrebbe essere fornita, in realtà, nell'ambito del rinnovato procedimento, in caso di accoglimento della domanda di annullamento.

### 6.3 Sul quarto motivo di appello: la ricostruzione normativa del servizio idrico integrato e il rapporto regola-eccezione

Il Consiglio di Stato, preliminarmente, ritiene i motivi di censura contemplati dal quarto motivo di appello fra loro connessi e, quindi, esaminabili congiuntamente.

In primo luogo, viene dichiarata l'inammissibilità del secondo motivo di ricorso, proposto, per espressa ammissione della parte, per mero scrupolo difensivo: come premesso dall'ente, il provvedimento non reca nelle sue motivazioni l'affermazione, invece contenuta nel preavviso di rigetto, secondo cui il servizio idrico non potrebbe essere legittimamente gestito "in economia", sicché la censura si palesa inammissibile per difetto d'interesse, non recando l'atto impugnato i profili di lesività che il motivo di censura intende far valere.

Analogamente, il Collegio dichiara l'inammissibilità del quarto motivo di ricorso, essendo stata accolta l'eccezione di inammissibilità contenuta nella memoria del Ministero.

Quanto al primo e terzo motivo, il Consiglio di Stato ritiene necessario procedere ad una disamina della disciplina del servizio idrico integrato e della norma portata dall'art. 147 e, segnatamente, del comma 2-bis, del d.lgs. n. 152/2006.

Come rileva il Consiglio di Stato, il servizio idrico integrato è un "servizio pubblico locale di rilevanza economica", costituito "dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle

acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie” (art. 141, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152). In questi termini, viene anche definito dalla Corte Costituzionale, con le sentenze n. 187 del 2011 e n. 325 del 2010.

Il Collegio osserva che la disciplina del servizio idrico integrato si intreccia con quella dei servizi pubblici in generale e ne riassume, cursoriamente, le tappe:

- a) con la legge n. 103 del 29 marzo 1903 (legge Giolitti), l'ordinamento ha disciplinato l'assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei Comuni.
- b) Con la legge n. 142 del 8 giugno 1990, si è ribadita la titolarità dei Comuni e della provincia nella erogazione delle prestazioni derivanti dai servizi pubblici, prevedendo quale forma di gestione, tra l'altro, quello dell'azienda speciale (articoli 22 e 23, comma 1).
- c) La legge n. 36 del 5 gennaio 1994, legge Galli, ha disciplinato, in via generale, il servizio idrico integrato (SII), prospettando, per la prima volta, all'art. 8, comma 2, il passaggio da un sistema frazionato ad uno affidato ad operatori specializzati sul mercato (con creazione, da parte delle Regioni, degli Ambiti Territoriali Ottimali).
- d) Il d.lgs. n. 267 del 2000, all'art. 113, ha innovato la materia quanto alle forme di gestione dei servizi pubblici, lasciando agli Enti locali la libertà di scelta più confacente alla situazione di fatto e alle inclinazioni della stessa Amministrazione (in economia, in concessione a terzi, azienda speciale, istituzione, società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria).
- e) Gli artt. 147 e ss. d.lgs. n. 152/2006 hanno disciplinato il servizio idrico integrato, ribadendo (come la precedente legge Galli) l'individuazione di Autorità d'ambito per la gestione sovracomunale del servizio, a cui i Comuni afferiscono, anche dando in concessione beni di proprietà comunale attinenti al servizio idrico. In particolare, l'art. 150 ha affidato la scelta della forma di gestione all'autorità di ambito territoriale ottimale (ATO), fra quelle previste dall'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267 del 2000.
- f) L'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, “al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi”, ha adottato, con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, norme improntate alla concorrenza contenenti limitazioni alla gestione diretta dei servizi pubblici (ivi compreso il SII). Si è previsto che la gestione dei servizi pubblici locali potesse avvenire solo con gara o essere affidato a società miste con socio privato scelto con gara c.d. “a doppio oggetto”. La gestione *in house* e le altre forme di gestione diretta sono pertanto divenute possibili solo in casi limitati e, per certi versi.
- g) L'art. 2, comma 186 bis, legge n. 191/2009, come modificato dall'art. 1, comma 1 quinquies, d.l. n. 2/2010, ha soppresso le Autorità d'Ambito Territoriale Ottimale.
- h) La consultazione effettuata mediante lo svolgimento del referendum del 12 e 13 giugno 2011 ha poi abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008: con la sentenza n. 199/2014, la Corte costituzionale ha chiarito che, quale conseguenza del referendum che ha abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, deriva “l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica”.
- i) Successivamente al referendum, l'art. 4 della legge 13 agosto 2011, n. 138 e, poi, l'art. 25 del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 hanno disciplinato nuovamente la materia dei servizi pubblici locali e introdotto un sistema simile a quello previsto dall'art. 23 bis e, per certi versi, addirittura più restrittivo, escludendo, però, dalla sua applicazione

soltanto il S.I.I. La Corte costituzionale, con la sentenza n. 20/2012 ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 legge n. 138/2011.

- j) Successivamente, l'art. 7, comma 1, lett. b), n.1), del d.l. n. 133 del 12 settembre 2014 ha introdotto un nuovo art. 147, comma 1 che ha disposto, per quel che qui interessa, che i “servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...] Gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma”. La norma ha inoltre previsto, nell'art. 147, la salvaguardia delle gestioni in autonomia dei Comuni “montani” con meno di 1.000 abitanti, e un nuovo art. 149 bis, nel d.lgs. n. 152/2006. A mente di quest'ultima disposizione, “L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. Alla successiva scadenza della gestione di ambito, al fine di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la continuità del servizio idrico integrato, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento al gestore unico di ambito entro i sei mesi antecedenti la data di scadenza dell'affidamento previgente. Il soggetto affidatario gestisce il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale.”
- k) Con l'art. 62, comma 4, della legge n. 221 del 28 dicembre 2015, si è ampliata la salvaguardia estendendola a gestioni “esistenti” nei Comuni più popolosi e non necessariamente “montani”, qualora la gestione presenti le caratteristiche previste dalla norma (la lettera “b”).
- l) Da ultimo, deve darsi conto del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, sui servizi pubblici, il quale, all'art. 33, comma 3, ha previsto che “Fermo restando quanto previsto dall'articolo 147, comma 2-ter, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, la gestione in economia o mediante aziende speciali, consentita nei casi di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), è altresì ammessa in relazione alle gestioni in forma autonoma del servizio idrico integrato di cui all'articolo 147, comma 2-bis, lettere a) e b), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, conformi alla normativa vigente”.

Così sintetizzata l'evoluzione del quadro normativo dei servizi pubblici di rilevanza locale e del servizio idrico integrato, il Consiglio di Stato procede ad esaminare, partitamente, la disposizione di cui è controversa tra le parti l'interpretazione: in proposito, osserva che l'art. 147, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, dispone che “I servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...]”.

Il medesimo articolo, al comma 2-bis, dispone, per la parte che interessa, che: “Sono fatte salve: ... b) le gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti, nei comuni che presentano contestualmente le seguenti caratteristiche: approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Ai fini della salvaguardia delle gestioni in forma autonoma di cui alla lettera b), l'ente di governo d'ambito territorialmente competente provvede all'accertamento dell'esistenza dei predetti requisiti”.

Quindi, il Collegio osserva che, per enucleare la norma rilevante nel caso in esa-

me, occorre muovere da alcune considerazioni di carattere generale, che si traggono dall'*excursus* sopra articolato sull'evoluzione normativa ed ordinamentale del servizio idrico. In particolare, il Consiglio di Stato nota la chiara volontà del legislatore di disciplinare il fenomeno della gestione del servizio idrico quale *species* peculiare della nozione del "servizio pubblico" ed evidenzia, altresì, la sussistenza di un principio di ordine generale, anche testualmente espresso, all'art. 149-bis, primo comma, d.lgs. n. 152/2006, di unicità della gestione in base al quale può affermarsi che la gestione unica ed accentrata costituisce la regola (oltre che dal richiamato art. 149-bis, anche dall'art. 147, comma 1, d.lgs. n. 152/2006), mentre quella polverizzata e autonoma costituisce l'eccezione (da 147, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006). Circostanza, quest'ultima, confermata anche dall'art. 5 d. lgs. 201/2022.

Dunque, muovendo da questi presupposti, il Collegio ritiene che nell'interpretazione della locuzione "gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti" (e in particolare del sintagma "gestione esistente") debba prediligersi quell'esegesi che sia corrispondente alla "tendenza-principio" manifestata nell'ordinamento ad una gestione accentrata e, pertanto, che sia conforme al rapporto regola-eccezione innanzi trattato.

Ancora, il Collegio specifica che, per "gestioni esistenti", dovranno intendersi soltanto quelle modalità di conduzione del servizio idrico che possano ricondursi ad una legittima assunzione ed erogazione del servizio, consacrata in atti regolatori e provvedimenti amministrativi, mentre non potranno assumere rilievo le gestioni nelle quali la conduzione del servizio risulta avvenire semplicemente in via "di fatto".

Secondo il Collegio, poi, sussistendo il dubbio ermeneutico circa la "corretta lettura" da fornire al lemma "esistente" o alla locuzione "gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti", quella che deve essere prescelta è l'interpretazione che dà attuazione al "principio" assunto a "regola" della fattispecie e, per converso, restringe l'ambito applicativo dell'eccezione.

In definitiva, il Collegio, in considerazione delle premesse sopra articolate, ritiene che l'appello debba essere accolto.

\* \* \* \* \*

#### **Massime:**

- 1) *Il servizio idrico integrato è un "servizio pubblico locale di rilevanza economica", costituito "dall'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili di fognatura e di depurazione delle acque reflue, e deve essere gestito secondo principi di efficienza, efficacia ed economicità, nel rispetto delle norme nazionali e comunitarie" (art. 141, comma 2, d.lgs. 3 aprile 2006 n. 152). La sua disciplina di riferimento si intreccia con quella dei servizi pubblici in generale, secondo tappe che si possono riassumere come segue:*
- a) *con la legge n. 103 del 29 marzo 1903 (legge Giolitti), l'ordinamento ha disciplinato l'assunzione diretta dei servizi pubblici da parte dei Comuni.*
  - b) *Con la legge n. 142 del 8 giugno 1990, si è ribadita la titolarità dei Comuni e della provincia nella erogazione delle prestazioni derivanti dai servizi pubblici, prevedendo quale forma di gestione, tra l'altro, quello dell'azienda speciale (articoli 22 e 23, comma 1).*
  - c) *La legge n. 36 del 5 gennaio 1994, legge Galli, ha disciplinato, in via generale, il servizio idrico integrato (SII), prospettando, per la prima volta, all'art. 8, comma 2, il passaggio da un sistema frazionato ad uno affidato ad operatori specializzati sul mercato (con creazione, da parte delle Regioni, degli ambiti territoriali ottimali).*

- d) Il d.lgs. n. 267 del 2000, all'art. 113, ha innovato la materia quanto alle forme di gestione dei servizi pubblici, lasciando agli Enti locali la libertà di scelta più confacente alla situazione di fatto e alle inclinazioni della stessa Amministrazione (in economia, in concessione a terzi, azienda speciale, istituzione, società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, società per azioni senza il vincolo della proprietà pubblica maggioritaria).
- e) Gli artt. 147 e ss. d.lgs. n. 152/2006 hanno disciplinato il servizio idrico integrato, ribadendo (come la precedente legge Galli) l'individuazione di Autorità d'ambito per la gestione sovracomunale del servizio, a cui i Comuni afferiscono, anche dando in concessione beni di proprietà comunale attinenti al servizio idrico. In particolare, l'art. 150 ha affidato la scelta della forma di gestione all'autorità di ambito territoriale ottimale (ATO), fra quelle previste dall'art. 113, comma 5, d.lgs. n. 267 del 2000.
- f) L'art. 23 bis del D.L. n. 112/2008, "al fine di favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi", ha adottato, con riferimento ai servizi pubblici locali di rilevanza economica, norme improntate alla concorrenza contenenti limitazioni alla gestione diretta dei servizi pubblici (ivi compreso il SII). Si è previsto che la gestione dei servizi pubblici locali potesse avvenire solo con gara o essere affidato a società miste con socio privato scelto con gara c.d. "a doppio oggetto". La gestione in house e le altre forme di gestione diretta sono pertanto divenute possibili solo in casi limitati e, per certi versi.
- g) L'art. 2, comma 186 bis, legge n. 191/2009, come modificato dall'art. 1, comma 1 quinquies, d.l. n. 2/2010, ha soppresso le autorità d'ambito territoriale ottimale.
- h) La consultazione effettuata mediante lo svolgimento del referendum del 12 e 13 giugno 2011 ha poi abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008: con la sentenza n. 199/2014, la Corte costituzionale ha chiarito che, quale conseguenza del referendum che ha abrogato l'art. 23 bis d.l. n. 112/2008, deriva "l'applicazione immediata nell'ordinamento italiano della normativa comunitaria (meno restrittiva rispetto a quella oggetto di referendum) relativa alle regole concorrenziali minime in tema di gara ad evidenza pubblica per l'affidamento della gestione di servizi pubblici di rilevanza economica".
- i) Successivamente al referendum, l'art. 4 della legge 13 agosto 2011, n. 138 e, poi, l'art. 25 del d.l. n. 1 del 24 gennaio 2012 hanno disciplinato nuovamente la materia dei servizi pubblici locali e introdotto un sistema simile a quello previsto dall'art. 23 bis e, per certi versi, addirittura più restrittivo, escludendo, però, dalla sua applicazione soltanto il S.I.I.. La Corte cost. n. 20/2012 ha dichiarato incostituzionale l'art. 4 legge n. 138/2011.
- j) Successivamente, l'art. 7, comma 1, lett. b), n.1), del d.l. n. 133 del 12 settembre 2014 ha introdotto un nuovo art. 147, comma 1 che ha disposto, per quel che qui interessa, che i "servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...] Gli enti locali ricadenti nel medesimo ambito ottimale partecipano obbligatoriamente all'ente di governo dell'ambito, individuato dalla competente regione per ciascun ambito territoriale ottimale, al quale è trasferito l'esercizio delle competenze ad essi spettanti in materia di gestione delle risorse idriche, ivi compresa la programmazione delle infrastrutture idriche di cui all'articolo 143, comma". La norma ha inoltre previsto, nell'art. 147, la salvaguardia delle gestioni in autonomia dei Comuni "montani" con meno di 1.000 abitanti, e un

nuovo art. 149 bis, nel d.lgs. n. 152/2006. A mente di quest'ultima disposizione, "L'ente di governo dell'ambito, nel rispetto del piano d'ambito di cui all'articolo 149 e del principio di unicità della gestione per ciascun ambito territoriale ottimale, delibera la forma di gestione fra quelle previste dall'ordinamento europeo provvedendo, conseguentemente, all'affidamento del servizio nel rispetto della normativa nazionale in materia di organizzazione dei servizi pubblici locali a rete di rilevanza economica. Alla successiva scadenza della gestione di ambito, al fine di assicurare l'efficienza, l'efficacia e la continuità del servizio idrico integrato, l'ente di governo dell'ambito dispone l'affidamento al gestore unico di ambito entro i sei mesi antecedenti la data di scadenza dell'affidamento pre-vigente. Il soggetto affidatario gestisce il servizio idrico integrato su tutto il territorio degli enti locali ricadenti nell'ambito territoriale ottimale."

- k) Con l'art. 62, comma 4, della legge n. 221 del 28 dicembre 2015, si è ampliata la salvaguardia estendendola a gestioni "esistenti" nei Comuni più popolosi e non necessariamente "montani", qualora la gestione presenti le caratteristiche previste dalla norma (la lettera "b").
- l) Da ultimo, deve darsi conto del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, sui servizi pubblici, il quale, all'art. 33, comma 3, ha previsto che "Fermo restando quanto previsto dall'articolo 147, comma 2-ter, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, la gestione in economia o mediante aziende speciali, consentita nei casi di cui all'articolo 14, comma 1, lettera d), è altresì ammessa in relazione alle gestioni in forma autonoma del servizio idrico integrato di cui all'articolo 147, comma 2-bis, lettere a) e b), del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, conformi alla normativa vigente".

II) L'art. 147, comma 1, d.lgs. n. 152/2006, dispone che "I servizi idrici sono organizzati sulla base degli ambiti territoriali ottimali definiti dalle regioni in attuazione della legge 5 gennaio 1994, n. 36. [...]". Il medesimo articolo, al comma 2-bis, dispone, per la parte che interessa, che: "Sono fatte salve: ... b) le gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti, nei Comuni che presentano contestualmente le seguenti caratteristiche: approvvigionamento idrico da fonti qualitativamente pregiate; sorgenti ricadenti in parchi naturali o aree naturali protette ovvero in siti individuati come beni paesaggistici ai sensi del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42; utilizzo efficiente della risorsa e tutela del corpo idrico. Ai fini della salvaguardia delle gestioni in forma autonoma di cui alla lettera b), l'ente di governo d'ambito territorialmente competente provvede all'accertamento dell'esistenza dei predetti requisiti".

III) È chiara la volontà del legislatore di disciplinare il fenomeno della gestione del servizio idrico quale species peculiare della nozione del "servizio pubblico". Si evidenzia, altresì, la sussistenza di un principio di ordine generale, anche testualmente espresso (cfr. art. 149-bis, primo comma, d.lgs. n. 152/2006), di unicità della gestione in base al quale può affermarsi che la gestione unica ed accentrata costituisce la regola, mentre quella polverizzata e autonoma costituisce l'eccezione (arg. da 147, comma 2-bis, d.lgs. n. 152/2006). Circostanza quest'ultima confermata anche dall'art. 5 d. lgs. 201/2022. Nell'interpretazione della locuzione "gestioni del servizio idrico in forma autonoma esistenti" (e in particolare del sintagma "gestione esistente") si deve prediligere quell'esegesi che sia corrispondente alla "tendenza-principio" manifestata nell'ordinamento ad una gestione accentrata e, pertanto, che sia conforme al rapporto regola-eccezione innanzi tratteggiato: per "gestioni esistenti" dovranno pertanto intendersi soltanto quelle

*modalità di conduzione del servizio idrico che possano ricondursi ad una legittima assunzione ed erogazione del servizio, consacrata in atti regolatori e provvedimenti amministrativi, mentre non potranno assumere rilievo le gestioni nelle quali la conduzione del servizio risulta avvenire semplicemente in via “di fatto”.*