**IL REGIME DELLE ACQUE INTERNE NELLA PROSPETTIVA DELLO SVILUPPO SOSTENIBILE: APPARTENENZA DEI CORPI IDRICI E MODELLI DI GESTIONE DEL SERVIZIO IDRICO INTEGRATO**

**Di Jacopo Ricci**

**Sezione: governo del territorio.**

Abstract:

La tesi ha ad oggetto le recenti evoluzioni legislative e giurisprudenziali inerenti al regime delle acque interne, sia con riferimento al regime di appartenenza del bene che al regime del servizio idrico, nella considerazione delle nuove esigenze di preservazione delle acque sottese al principio dello sviluppo sostenibile. La risorsa idrica è sempre più connotata da condizioni di scarsità indotte dai cambiamenti climatici. A fronte del fenomeno dello stress idrico l’ordinamento sembra alla ricerca di soluzioni per approntare una più avanzata tutela giuridica delle acque, anche in prospettiva intergenerazionale. Il legislatore ha inteso innalzare il livello di tutela dei corpi idrici mediante l’introduzione di una riserva di pubblicità di tutte le acque (disposta dalla Legge Galli del 1994, oggi art. 144 T.U. Ambiente), rendendo residuale la categoria delle acque private e promuovendo un modello di governo delle acque fondato sul primato della pianificazione, per salvaguardare la capacità di autorigenerazione dei corpi idrici anche in prospettiva intergenerazionale.

Il codice dell’Ambiente regola i poteri pianificatori in materia di corpi idrici attribuiti alle Regioni e alle Autorità distrettuali di bacino. Tale sistema pianificatorio è volto al perseguimento di finalità di risanamento dei corpi idrici e riduzione dell’inquinamento, di difesa del suolo dalle acque mediante la prevenzione di fenomeni di dissesto, di contrasto di fenomeni di desertificazioni. I suddetti poteri appaiono dunque funzionali alla protezione degli ecosistemi afferenti ai corpi idrici e alla conservazione dell’idoneità dei corpi idrici all’esercizio degli usi generali di interesse pubblico.

Inoltre, gli atti di pianificazione idrologica vincolano le amministrazioni competenti nel rilascio delle concessioni di derivazione per gli usi eccezionali (usi agricoli, industriali, derivazioni idroelettriche). Segnatamente, le amministrazioni competenti sono tenute a richiedere un parere obbligatorio e vincolante all’Autorità distrettuale di bacino circa la conformità della domanda di concessione agli atti di pianificazione (art. 96 c.1 T.U. Ambiente) e al rispetto del criterio legale del minimo deflusso costante vitale e della c.d. pianificazione del bilancio idrico. L’attuale gestione amministrativa delle acque è dunque imperniata sul principio della subordinazione del rilascio degli atti di concessione alla verifica della conformità agli atti di pianificazione, in aderenza ad un assetto assiologico fondato sul pluralismo degli interessi pubblici rilevanti, ovvero sulla necessità di contemperare l’interesse produttivista con l’interesse alla protezione ambientale in prospettiva intergenerazionale.

L’ambito territoriale ottimale per l’esercizio dei poteri di pianificazione idrologica è il distretto idrografico, introdotto dalla direttiva 60/2000. Precedentemente, l’ambito territoriale ottimale era rappresentato dal bacino idrografico. Se il bacino idrografico si identifica con il territorio nel quale sono ricompresi una serie di corpi idrici (torrenti, fiumi, laghi), i quali sfociano nel mare mediante un’unica foce, il distretto idrografico è un’unità territoriale amministrativa formata mediante l’accorpamento di una pluralità di bacini idrografici. L’accorpamento di più bacini in un unico distretto ha consentito di razionalizzare il numero delle unità di pianificazione secondo un principio di efficienza amministrativa ed economicità ma è anche funzionale alla considerazione nell’ambito dell’attività pianificatoria delle interconnessioni e interdipendenze fisico-naturalistiche ed economiche tra corpi idrici afferenti a bacini limitrofi. Oggi il territorio italiano è diviso in sette distretti idrografici: Padano, Alpi Orientali, Appennino Settentrionale, Appennino Centrale, Appennino Meridionale, Sicilia, Sardegna. È rilevante notare che i confini del distretto ottimale non coincidono con i confini territoriali di alcun ente locale o ente regionale, ciò al fine di consentire una considerazione unitaria delle reti idrografiche.

I poteri pianificatori in materia di corpi idrici sono principalmente allocati in capo alle Autorità di bacino distrettuale, un ente pubblico non economico. Occorre chiedersi per quale motivo tali poteri pianificatori non siano stati attribuiti a regioni e comuni: principalmente, come si diceva poc’anzi, per favorire la considerazione unitaria delle reti idrografiche ed evitare una frammentazione delle pianificazioni; ma anche per esigenze organizzative, dacché l’attività di pianificazione delle acque pubbliche può svolgersi soltanto con l’ausilio di personale ad alto livello di specializzazione tecnica che non è ordinariamente in dotazione presso gli enti locali. L’Autorità distrettuale opera principalmente mediante la Conferenza istituzionale permanente, organo che esercita la potestà decisoria con riferimento ai procedimenti di pianificazione in materia di corpi idrici e difesa del suolo. La Conferenza permanente è composta dal Segretario Generale (nominato con DPCM su proposta del Ministro dell’Ambiente, che cura l’istruttoria ed esercita il potere di convocazione, partecipando ai lavori senza diritto di voto; dal Ministro dell’Ambiente, dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, dal Ministro dell’Agricoltura, dal Ministro della Cultura (o sottosegretari da essi delegati), dal Capo dipartimento della Protezione civile presso la Presidenza del Consiglio, dai Presidenti delle Regioni e delle Provincie autonome il cui territorio è interessato dal bacino (o assessori da essi delegati). Occorre rilevare che la conferenza permanente non è un organo di natura strettamente politico-amministrativa, né un organo di natura esclusivamente tecnica: essa è connotata da una composizione mista, dacché racchiude al suo interno sia soggetti esercenti la funzione di indirizzo politico-amministrativo, sia soggetti di natura tecnico-amministrativa. Ai soggetti tecnici, quali il Segretario generale, è affidata la direzione dell’istruttoria e della fase attuativa, mentre l’indirizzo politico-amministrativo è impresso da Ministri e Presidenti di Regione. Tale composizione mista assicura dunque il raccordo tra indirizzo politico e valutazioni di carattere tecnico: il che consente di ritenere, in conformità alla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che la Conferenza permanente non si configuri come un organo titolare di discrezionalità tecnica bensì come organo titolare di discrezionalità amministrativa con profili tecnico-valutativi: dal che discende la sindacabilità degli atti di pianificazione sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, per i profili di discrezionalità amministrativa, nonché sotto il profilo della correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, per i profili di discrezionalità tecnica.

L’Autorità distrettuale adotta il Piano distrettuale di bacino e relativi piani di stralcio per aree ad elevato rischio idrogeologico, i quali perseguono ai sensi dell’art. 56 del T.U. Ambiente;

-finalità di sistemazione, conservazione e recupero del suolo,

-di difesa, sistemazione e regolazione dei corsi d’acqua, dei rami terminali dei fiumi e delle loro foci;

-di moderazione delle piene, mediante opere infrastrutturali di contenimento.

Tali finalità sono perseguite mediante un piano territoriale e settoriale che costituisce lo strumento conoscitivo, normativo e tecnico-operativo mediante il quale sono pianificate e programmate le azioni e norme d’uso finalizzate alla conservazione, difesa e valorizzazione del suolo e alla corretta utilizzazione delle acque. Alla programmazione delle azioni segue l’esecuzione degli interventi secondo un ordine di priorità degli interventi in relazione alla gravità delle situazioni di dissesto.

Inoltre, il piano dispone quali zone debbano essere assoggettate a vincoli o prescrizioni in rapporto alle specifiche condizioni idrogeologiche.

Il piano dopo l’adozione da parte della conferenza permanente è sottoposto a Valutazione d’impatto ambientale e successivamente approvato dal Presidente del Consiglio. Inoltre, il Presidente del Consiglio può esercitare poteri sostitutivi in caso di ritardi delle regioni nell’attuazione del Piano.

Infine, si consideri il rilevante problema del rapporto tra piano di bacino e altri piani territoriali comunali, provinciali e regionali. Ai sensi dell’art. 65 c.4 del T.U. Ambiente, il Piano distrettuale ha carattere immediatamente vincolante per amministrazioni ed enti pubblici. In conformità ad una consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato, gli altri atti di pianificazione, tra cui gli atti di pianificazione urbanistica, devono essere coordinati con il Piano distrettuale, ovvero adeguati ad esso entro 12 mesi dall’approvazione. Si è dunque affermata la prevalenza dei piani di bacino sulle altre figure della pianificazione territoriale: anche la Corte costituzionale nella Sent. 85/1990 ha qualificato i piani di bacino come pregiudiziali e condizionanti rispetto agli usi urbanistici e civili del territorio. Resta controversa la questione del rapporto tra pianificazione idrologica e pianificazione paesaggistica, dacché l’art. 145 del d.lgs. 42/2004 afferma la prevalenza dei piani paesaggistici sugli altri piani settoriali (e dunque, anche sui piani di bacino).

Infine, i piani di bacino sono attuati dai piani di tutela delle acque di competenza regionale. I piani di tutela delle acque sono volti al miglioramento dello stato quanto-qualitativo dei singoli corpi idrici per conseguire gli obiettivi di qualità delle acque dettati dalla normativa europea, conseguendo per tutti i corpi idrici lo stato di qualità “buono” e mantenendo lo stato di qualità “elevato” ove già sussistente -ove gli stati di qualità sono definiti con rinvio alle tabelle di cui agli Allegati 1 e 2 al T.U. Ambiente le quali prevedono le soglie di accettabilità delle sostanze chimiche presenti nei corpi idrici-. Le regioni nei piani di tutela operano dunque una classificazione dei vari corpi idrici nelle classi di qualità e stabiliscono le misure necessarie al raggiungimento o mantenimento degli obiettivi di qualità ambientale, con contestuale programmazione degli interventi di bonifica. Il piano di tutela costituisce attuazione del piano di bacino, in quanto è trasmesso alle autorità distrettuali le quali adottano un parere obbligatorio e vincolante in merito alla conformità del piano di tutela al piano distrettuale.

Infine, l’Autorità distrettuale è competente all’esercizio dei poteri pianificatori volti alla definizione del bilancio idrico: le Autorità provvedono ad adottar un piano volto ad identificare i livelli quantitativi ottimali dei corpi idrici definendo le condizioni di equlibrio del bacino idrico, nella considerazione delle disponibilità idriche -con riferimento alla capacità di rigenerazione delle acque-, dei fabbisogni che insistono sul corpo idrico -ovvero delle destinazioni d’uso delle acque-, e del criterio del minimo deflusso vitale. Tale piano a carattere ricognitivo e programmatorio è dunque volto ad assicurare l’equilibrio tra le disponibilità di risorse reperibili o attivabili nell’area di riferimento e i fabbisogni per i diversi usi. Il rilascio di concessioni di derivazione è subordinato ad un giudizio di compatibilità espresso dall’Autorità di bacino mediante un parere obbligatorio e vincolante in merito alla conformità della domanda di concessione al piano di bilancio idrico. Le derivazioni sono dunque disciplinate in modo tale da garantire l’equlibrio del bilancio idrico ed il minimo deflusso vitale.

La seconda parte della tesi ha ad oggetto l’analisi del servizio idrico. Il servizio idrico è ascrivibile alla categoria dei SIEG ai sensi dell’art. 106 c.2 del TFUE, in quanto servizi a rilevanza economica che potrebbero essere potenzialmente erogati in modo tale da attribuire astrattamente al gestore un utile di gestione. Ciò implica che alle imprese operanti come soggetti gestori del servizio idrico dovranno ritenersi applicabili le regole di concorrenza solo nella misura in cui l’applicazione di tali norme non costituisca un ostacolo al conseguimento della specifica missione di pubblico servizio loro affidata. Dal che discende una deroga al divieto di monopolio e la possibilità di attribuire la riserva di attività ad un’impresa in caso di fallimento del mercato, ovvero allorché l’erogazione del servizio in regime di libero mercato non consenta il conseguimento della specifica missione di pubblico servizio. La riserva di attività può essere attribuita mediante il meccanismo della concorrenza per il mercato (c.d. esternalizzazione), trattandosi di un monopolio naturale connotato da economie di scala, o anche mediante attribuzione di un diritto di esclusiva ad un’impresa pubblica o mista (c.d. affidamento diretto).

Il principio di neutralità vigente in materia di SIEG implica che il singolo Stato membro possa liberamente individuare il modello di gestione del servizio idrico ricorrendo all’esternalizzazione o all’affidamento diretto nel perseguimento della specifica missione di pubblico servizio. L’esternalizzazione del servizio non è dunque imposta dal diritto dell’UE, ma è una delle vie percorribili per il perseguimento della specifica missione. Tale conclusione è stata avvalorata dalla Corte costituzionale (Sent. 24/2011) nel giudizio sull’ammissibilità del quesito referendario volto all’abrogazione dell’art. 23 bis del d.lgs. 112/2008, il quale con riferimento ai servizi pubblici locali introduceva un onere motivazionale per il ricorso all’in house, introducendo un favor per l’esternalizzazione. La Corte ha statuito circa l’ammissibilità del quesito referendario in quanto l’obbligo di esternalizzazione dei servizi pubblici locali non costituirebbe una disposizione a contenuto comunitariamente vincolato, e dunque costituzionalmente vincolato ai sensi dell’art. 11 e 117 Cost. Il diritto UE si connota infatti per la vigenza del principio di neutralità rispetto ai modelli di gestione per cui optino gli Stati Membri.

Il legislatore interno ha peraltro dato luogo a numerose oscillazioni. Con la l. 142/1990 si è disposta la riforma dell’ordinamento degli enti locali. La legge ha affiancato alla tradizionale gestione in economia la gestione mediante società in house. Con il TUEL (d.lgs. 267/2000) si è disposta la distinzione tra servizi a rilevanza economica e servizi privi di tale rilevanza, in attuazione dei principi europei in materia di SIEG. Con riferimento ai servizi a rilevanza economica si afferma il principio della c.d. “concorrenza tra i modelli”, lasciando la possibilità all’ente di governo del servizio di optare tra tre modelli: affidamento diretto a società in house (alla ricorrenza dei presupposti previsti dalla sentenza Teckal), società mista (mediante gara a doppio oggetto), esternalizzazione mediante concessione del servizio a terzi.

Con l’art. 23 bis d.l. 112/2008 si è assecondato il processo di esternalizzazione del servizio idrico, prevedendosi un rapporto di regola-eccezione tra esternalizzazione e gestione in house, qualificata come “modalità in deroga”, a cui ricorrere previo espletamento di un onere motivazionale “**nei casi in cui in situazioni eccezionali, a causa di peculiari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto territoriale di riferimento, non fosse permesso un efficace e utile ricorso al mercato**”; la normativa di attuazione integrava tale onere motivazionale imponendo di provare che la gestione in house fosse connotata da **“specifiche condizioni di efficienza che rendono la gestione in house non distorsiva della concorrenza**”, quali la chiusura dei bilanci in utile, l’assenza di trasferimenti diretti, il reinvestimento nel servizio dell’80% degli utili, l’applicazione di una tariffa media inferiore alla media di settore”. Inoltre, la delibera era assoggettata a parere obbligatorio e non vincolante dell’AGCM entro 90 giorni. Si prevedeva, dunque, una probatio diabolica ai fini del ricorso all’affidamento diretto.

Tale disposizione, che approntava livelli di garanzia dei principi concorrenziali eccedenti rispetto a quanto richiesto dai principi eurounitari, fu abrogata nel 2011 mediante referendum. Nonostante l’esito referendario, il legislatore con una forzatura decise di reintrodurre il rapporto regola-eccezione tra esternalizzazione e affidamento diretto (d.l. 138/2011). La Corte costituzionale, con Sent. 199/2012, dichiarò l’incostituzionalità del decreto per illegittima reintroduzione della normativa abrogata mediante referendum, in palese contrasto con la volontà espressa dal corpo elettorale mediante referendum. La Corte statuì circa la sussistenza di un vincolo di conformità dell’attività legislativa all’esito referendario, in assenza di mutamenti del quadro politico e delle circostanze di fatto tali da giustificare il venir meno del vincolo referendario. A seguito della pronuncia della Corte si è determinata la diretta applicazione dei principi eurounitari in materia di SIEG, i quali lasciano spazio ad una concorrenza tra modelli alternativi di gestione.

Tale pronuncia torna ad essere attuale con l’adozione del d.lgs. 201/2022, il quale, nel disporre il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali, reintroduce un favor ordinamentale per l’esternalizzazione, vietando le gestioni in economia per i servizi idrici a rete -ivi incluso il servizio idrico- e reintroducendo un onere motivazionale per l’affidamento diretto del servizio idrico a società in house, ai sensi dell’art. 17 c.2 del d.lgs. 201. In caso di affidamento d’importo superiore alle soglie di rilevanza economica europea gli enti di governo dispongono la gestione in house “**sulla base di una qualificata motivazione che dia espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un’efficiente gestione del servizio, illustrando i benefici per la collettività del modello di gestione prescelto con riferimento agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all’impatto sulla finanza pubblica nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell’ambiente e accessibilità dei servizi**”. Viene dunque ripristinato un favor per l’esternalizzazione sulla base di una presunzione legislativa di maggiore efficienza delle gestioni mediante concessione. (36)

La legislazione di riordino presenta le seguenti criticità:

1. In primo luogo, occorre domandarsi se il decreto si ponga in contrasto con l’esito referendario nel 2011; a tal proposito, occorre rilevare che la Corte con la Sent. 199/2012 ha ritenuto che la vigenza del vincolo referendario fosse subordinata all’assenza di mutamenti del quadro politico e alla permanenza delle condizioni di fatto di cui alla celebrazione referendaria. Probabilmente il passaggio di un significativo lasso di tempo (pari a dodici anni) e di un numero rilevante di legislature (pari a tre), potrebbero costituire indici idonei a ritenere non più sussistente un vincolo per il legislatore. In ogni caso sulla questione dovrà prima o poi pronunciarsi la Corte costituzionale.

2.Un’altra criticità della legislazione di riordino consiste nell’eccessiva compressione della discrezionalità degli enti di governo del servizio idrico nella scelta del modello di gestione ottimale. Imporre un onere motivazionale per il ricorso alla gestione in house implica la compressione dell’autonomia decisionale dell’ente di governo, sulla base di una presunzione di maggiore efficienza economica dell’esternalizzazione. Tale impostazione implica peraltro il sacrificio del principio di sussidiarietà, dacché gli enti di prossimità, titolari del governo del servizio, non sono posti nelle condizioni di identificare il modello ottimale nelle considerazioni delle specifiche esigenze e buone prassi territoriali.

3.Infine, la presunzione di ottimalità dell’esternalizzazione non trova riscontro nei dati inerenti alla sostenibilità economica e ambientale dei modelli di gestione. Tali dati (della fondazione Utilitatis e Invitalia) mostrano infatti che i tre modelli industriali dell’in house, della società mista e della concessione a terzi sono connotati dalla medesima propensione agli investimenti nell’ammodernamento della rete idrica per il contrasto della dispersione idrica, pari circa a 50€ pro capite all’anno (a fronte degli 8€ pro capite all’anno delle gestioni in economia). Non vi sono ragioni, dunque, per rendere residuale il ricorso all’in house: di tal che si conclude per la preferibilità di un quadro regolatorio conforme al principio europeo di neutralità e conforme alla c.d. “concorrenza tra i modelli” nel perseguimento della specifica missione di pubblico servizio.

In conclusione, non è mediante la limitazione dell’affidamento diretto che s’innalzeranno i livelli di efficienza del servizio idrico e cresceranno gli investimenti nella rete idrica per contrastare la dispersione, nella prospettiva dello sviluppo sostenibile: ma è mediante l’attuazione del quadro regolatorio previsto dalla normativa di settore, vale a dire la realizzazione di ambiti territoriali ottimali del servizio nel rispetto del principio di unità della gestione per lo sfruttamento di economie di scala, la determinazione della tariffa sulla base del principio del recupero dei costi di servizio, per evitare trasferimenti diretti dalla fiscalità generale, la determinazione della tariffa sulla base del meccanismo dei costi efficienti (ovvero non dei costi effettivamente sostenuti dal gestore ma dai costi che in astratto un gestore efficiente sosterrebbe), la remunerazione adeguata e proporzionata del capitale investito in tariffa, l’integrazione dei costi ambientali tra le componenti assorbite dalla tariffa (metodo tariffario ARERA) per finanziare opere di bonifica e di ripristino dell’integrità dei corpi idrici.