

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

ORDINARIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
NELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

ORDINARIO DI DIRITTO AMMINISTRATIVO
NELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

INCARICATO DI DIRITTO DELL'AMBIENTE
NELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA

Bologna, 14 aprile 2012

Regime giuridico dei beni del servizio idrico integrato e patrimonio delle società a capitale interamente pubblico.

Parere.

1. Ci è stato chiesto un parere su alcune operazioni societarie, concernenti i beni in oggetto, che dovrebbero essere messe in atto relativamente alla società UNIACQUE s.p.a., a capitale interamente pubblico, costituita ed operante per la gestione del servizio idrico integrato.

Si deve premettere che gli atti degli enti locali soci (Comuni e Provincia di Bergamo) e della competente Autorità di ambito, con i quali è stata decisa la partecipazione alla società UNIACQUE e l'affidamento ad essa del servizio idrico integrato (sulla base di apposito contratto di servizio), configurano la società come *in house*, secondo il noto modello coniato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

È anche importante ricordare che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici - AVCP, nell'ambito di una indagine condotta sul territorio nazionale relativamente alle forme prescelte dagli enti locali per organizzare il servizio idrico integrato, ha dichiarato che l'affidamento ad UNIACQUE corrisponde al diritto comunitario e nazionale.

Come è noto, una società *in house* è ad intero capitale pubblico (e deve conservare tale caratteristica) e su di essa

ASSOCIAZIONI PROFESSIONALI

40124 BOLOGNA - GALLERIA CAVOUR, 6 - II PIANO

TEL. 051 - 25 45 65 FAX 051 - 24 84 92

E-MAIL diramm.co@gmail.com

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitano un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi (uffici) ed inoltre la società realizza la parte più importante della propria attività con gli enti pubblici che la controllano. Al riguardo, si nota - perché ciò è rilevante a proposito della questione che deve essere qui esaminata - che una società *in house* è un «modulo organizzativo ... che rientra nell'autonomia organizzativa dell'ente» pubblico (così, da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 3 giugno 2011, n. 10) e cioè della Pubblica amministrazione che (eventualmente assieme ad altre) ha deciso la costituzione della società, vi partecipa e svolge a mezzo della stessa propri compiti di interesse collettivo, come sono appunto i servizi pubblici.

Quanto ricordato comporta che una società *in house*, pur essendo soggettivamente distinta, «presenta caratteristiche tali da poterla qualificare come una "derivazione" o *longa manus* dell'ente [pubblico]. Da qui l'espressione *in house* che richiama, appunto, una gestione in qualche modo riconducibile allo stesso ente affidante o a sue articolazioni. // Si è in presenza di un modello di organizzazione meramente interno, qualificabile in termini di delegazione interorganica» (così Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1). Così, è stato ulteriormente sottolineato che l'*in house providing* «esclude la terzietà, poiché l'affidamento avviene a favore di un soggetto il quale, pur dotato di autonoma personalità giuridica, si trova in condizioni di soggezione nei confronti dell'ente affidante che è in grado di determinarne le scelte, e l'impresa

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

è anche sotto l'*influenza dominante dell'ente*» o dagli enti che la compongono (cfr. ancora la sent. ult. cit.)⁽¹⁾.

È dunque evidente che una società *in house* non può essere considerata alla stregua di un normale soggetto privato distinto dall'Amministrazione pubblica e questo non può essere irrilevante quando si deve affrontare il tema dei beni utilizzati per il servizio idrico integrato e la loro possibile collocazione nel patrimonio di una siffatta società. Sul punto, per quanto rileva in questa sede, si tornerà più avanti.

1.1. Il tema oggetto di questo parere si pone perché l'affidamento di cui è titolare UNIACQUE in forza dei richiamati atti è destinato a proseguire nel tempo, considerando due circostanze: la disciplina italiana oggi applicabile al servizio idrico integrato non prevede più limitazioni per l'utilizzo del modello *in house providing* ⁽²⁾ ed altresì non è più stabilito, sempre relativamente a tale servizio pubblico, alcun

⁽¹⁾ Questa configurazione di un soggetto *in house* viene svolta dalla giurisprudenza amministrativa italiana riprendendo ed esplicitando la concezione del modello *in house* formulata dalla Corte di Giustizia UE, secondo la quale l'Autorità pubblica che affida i servizi alla società e che vi partecipa ha (deve avere) il potere di «*influenzarne le decisioni*» con un carattere di «*influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti*» (Corte di Giustizia, 13 ottobre 2005, in causa C-458/03, *Parking Brixen*; 11 maggio 2006, in causa C-340/04, *Carbotermo*; 17 luglio 2008, in causa C-371/05, *Comune di Mantova*; 13 novembre 2008, in causa C-324/07, *Coditel Brabant*; 10 settembre 2009, in causa C-573/07, *Sea*).

⁽²⁾ Si ricorda che tutte le possibili forme di gestione del servizio idrico integrato ammesse dal diritto comunitario sono oggi praticabili da parte degli enti locali e ciò a seguito del referendum abrogativo (celebrato il 12-13 giugno 2011) avente per oggetto l'art. 23-bis del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133 e successive modifiche ed integrazioni; esito che ha poi condotto all'art. 4 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148 e successive modifiche ed integrazioni, il quale articolo non si applica al servizio idrico integrato (se non per quanto riguarda le incompatibilità degli amministratori e delle commissioni di affidamento del servizio pubblico).

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

obbligo di privatizzazione ancorché parziale della società di gestione ⁽³⁾ e alcuna scadenza anticipata dell'affidamento in corso, purché relativo ad un intero ambito territoriale ottimale definito in attuazione della disciplina di settore e di quella regionale ⁽⁴⁾.

2. Richiamata come sopra la posizione giuridica di UNIACQUE relativamente alla gestione del servizio pubblico di cui è incaricata, si può esaminare la questione oggetto di questo parere e cioè la fattibilità delle operazioni societarie cui si è sopra accennato: gli amministratori locali e quelli della società intenderebbero far confluire in UNIACQUE le reti e gli impianti idrici che, nel territorio dell'affidamento, fanno attualmente capo a società patrimoniali, partecipate interamente da enti locali, nonché ad altre società operanti sul territorio ⁽⁵⁾.

⁽³⁾ Nel caso del servizio idrico integrato, ove sono ancora possibili gli affidamenti diretti del servizio pubblico senza limiti di valore economico del servizio oggetto dell'affidamento non è neppure prescritta una privatizzazione parziale della società di gestione, del tipo di quella che era stabilita nel testo dell'abrogato art. 23-bis, comma 8°, lett. a) del d.l. n. 112 del 2008: «*le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 affidate conformemente ai principi comunitari in materia di cosiddetta "in house" cessano, irrogabilmente e senza necessità di deliberazione da parte dell'ente affidante, alla data del 31 dicembre 2011. Esse cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio a condizione che entro il 31 dicembre 2011 le amministrazioni cedano almeno il 40 per cento del capitale attraverso le modalità di cui alla lettera b) del comma 2*».

⁽⁴⁾ La necessità che, nel caso di tutti i servizi pubblici locali a rete, il gestore sia affidatario ed espleti il servizio in un intero ambito territoriale ottimale deriva dall'art. 3-bis, comma 1° del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148 e successive modifiche ed integrazioni.

⁽⁵⁾ La circostanza che UNIACQUE non sia proprietaria di tutte le reti ed impianti attraverso le quali gestisce il servizio idrico integrato deriva da alcune soluzioni che, nel passato, erano imposte da norme di legge della Regione Lombardia.

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMARI

Non si verificherebbero e non sarebbero invece necessari conferimenti in UNIACQUE di reti ed impianti idrici ancora di proprietà diretta degli enti locali.

I beni di cui si tratta in questa sede sono le opere di ingegneria destinate a convogliare le acque ed alla loro gestione e dunque gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche fino al punto di consegna e/o misurazione; cioè i beni per la produzione ed erogazione del servizio idrico integrato (se si vuole, "demanio acquedottistico"). Non vengono invece, ovviamente, in questione le acque superficiali e sotterranee e cioè il "demanio idrico".

3. Il problema che deve essere esaminato riguarda, pertanto, la possibilità che reti ed impianti idrici, che siano attualmente nel patrimonio di società costituite ai sensi dell'art. 113, comma 13° del d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267

Vi si prevedeva che l'attività di gestione delle reti idriche dovesse essere separata da quella di erogazione del servizio pubblico (così fino all'art. 6 della legge reg. 29 gennaio 2009, n. 1) o comunque, successivamente, si incentivava la presenza di società detentrici della proprietà di reti ed impianti idrici con posizione distinta da quella delle società di gestione del servizio idrico integrato (così nel testo dell'art. 1 della legge reg. 27 dicembre 2010, n. 21).

Tali appena richiamate disposizioni di legge reg. sono state dichiarate incostituzionali, rispettivamente, con le sentenze Corte cost. 20 dicembre 2009, n. 307 e 25 novembre 2011, n. 320.

Non sussistono dunque più prescrizioni o condizionamenti di tale tipo, che impongano od indirizzino a mantenere la proprietà delle reti ed impianti idrici in separate società senza farle cioè confluire, invece, nel patrimonio della società *in house*, incaricata della gestione del servizio idrico integrato dall'Autorità di ambito formata dagli enti locali azionisti della società stessa. Non sussistendo più una siffatta limitazione nella legge regionale, si deve ora verificare se qualche altra limitazione sussista o meno nella legge statale.

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

(t.u.e.l.) e successive modifiche ed integrazioni (6) o di altre società sempre a capitale interamente pubblico (7) che attualmente gestiscono il servizio idrico integrato o segmenti di esso (ma che sono destinate a non occuparsene in futuro), vengano a confluire nel patrimonio della società UNIACQUE, della quale si sono già descritte le caratteristiche.

Come si è anticipato, tale possibilità sussiste, per le ragioni che vengono qui di seguito illustrate.

3.1. Si deve premettere che, nella legislazione vigente, ivi compresa quella emanata dopo il noto referendum del 12-13

(6) La norma citata recita: «*Gli enti locali, anche in forma associata, nei casi in cui non sia vietato dalle normative di settore, possono conferire la proprietà delle reti, degli impianti, e delle altre dotazioni patrimoniali a società a capitale interamente pubblico, che è incredibile. Tali società pongono le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali a disposizione dei gestori incaricati della gestione del servizio o, ove prevista la gestione separata della rete, dei gestori di quest'ultima, a fronte di un canone stabilito dalla competente Autorità di settore, ove prevista, o dagli enti locali. Alla società suddetta gli enti locali possono anche assegnare, ai sensi della lettera a) del comma 4, la gestione delle reti, nonché il compito di espletare le gare di cui al comma 5.*

Si tratta di quelle società che vengono comunemente denominate come "società patrimoniali".

(7) Ai fini che qui interessano, possono essere equiparate a queste società a capitale interamente pubblico, quelle a capitale misto pubblico-privato nelle quali il socio privato sia destinato a cessare al termine dell'affidamento per essere sostituito con un nuovo socio all'esito della procedura di gara per la riassegnazione del servizio pubblico (secondo lo schema di cui all'art. 113, comma 12° del cit. d.lgs. n. 267 del 2000).

Differentemente, si debbono ritenere del tutto equiparate alle normali società commerciali quelle che seppure partecipate anche da soci pubblici non siano state costituite secondo il modello della società mista qui sopra menzionato. In queste seconde società il socio privato è socio stabile e la sua eventuale sostituzione non è regolata dalle procedure amministrative di affidamento ma della normali vicende disciplinate ai sensi del Codice civile. Rispetto a queste società non si pone alcun problema di alienazione di reti e di impianti idrici ad UNIACQUE, perché - in tal caso - si tratta senz'altro di normali beni di diritto comune soggetti al regime della proprietà privata.

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

giugno 2011, non esiste alcun precetto che imponga la devoluzione al patrimonio pubblico dei beni relativi al servizio idrico integrato. Non esiste cioè alcuna previsione che comporti direttamente o indirettamente, per quello che qui interessa, la retrocessione al patrimonio degli enti territoriali delle reti ed impianti idrici attualmente collocati in capo alle società patrimoniali o alle altre società a capitale interamente pubblico.

Del resto, una siffatta previsione, che comunque non sussiste, sarebbe del tutto inutile perché la legislazione già prevede in generale il vincolo a che i beni destinati a servizio pubblico mantengano tale finalizzazione. Ciò si verifica anche nel caso in cui il gestore sia un soggetto del tutto privato; infatti, al termine dell'affidamento, il gestore uscente ha comunque l'obbligo di trasferire al gestore subentrante o di consegnare all'Amministrazione concedente i beni utilizzati per esercitare il servizio pubblico ⁽⁸⁾.

3.2. Nonostante l'assenza di una norma che stabilisca la devoluzione o retrocessione al patrimonio agli enti locali dei beni relativi al servizio idrico integrato, oggi di proprietà di società a partecipazione pubblica, si deve verificare se per qualche altra ragione i beni in discorso siano esclusi dalla possibilità di essere oggetto di negozi giuridici con effetto traslativo o costitutivo.

Si deve cioè verificare se esista qualche regola o principio che impedisca la confluenza nel patrimonio di una società *in house* di reti ed impianti idrici che sono attualmente nel

⁽⁸⁾ Ciò è stabilito in generale dall'art. 4, commi 29°-31° del d.l. n. 138 del 2011 ed in specifico, per il servizio idrico integrato dagli artt. 151, comma 2°, lett. m) e 172, comma 5° del d.lgs. n. 152 del 2006.

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

patrimonio di una altra società partecipata dagli enti locali. Questa verifica sarà condotta, qui di seguito, sia sotto i profili soggettivo ed oggettivo.

3.3. Confrontando il carattere delle società *in house* (quale è UNIACQUE) con quello delle società patrimoniali di cui all'art. 113, comma 13° del t.u.e.l. nonché delle altre società a capitale interamente pubblico, si può dire che il dubbio sul passaggio di reti ed impianti idrici (anche a seguito di fusioni e scissioni) nel patrimonio di una società *in house* dovrebbe dirsi insussistente in radice, perché quest'ultimo tipo specifico di società è garantito da vincoli amministrativi certamente più forti di quelli che derivano dalla sola circostanza dell'essere a capitale interamente pubblico ⁽⁹⁾.

Cosicché, ammesso che i beni della società patrimoniale e quelli delle società a capitale interamente pubblico non abbiano il regime dei beni privati, ma quello dei beni pubblici, non vi sarebbero ostacoli al trasferimento di detti beni nel patrimonio di una società *in house* che presenta i medesimi (anzi rafforzati) caratteri delle altre. Infatti, non è stato mai posto seriamente in dubbio che un bene che appartiene ad un determinato soggetto pubblico possa transitare ad altro soggetto pubblico appartenente alla medesima categoria che può essere titolare di beni pubblici della specie di volta in volta in questione ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Si tratta di un profilo sul quale ci si è già soffermati nel precedente paragrafo 1.

⁽¹⁰⁾ In dottrina, si è da tempo evidenziato che la stessa regola della inalienabilità dei beni demaniali ex art. 823 Cod. civ. non osta al trasferimento da un ente ad un altro se entrambi appartengono alla medesima categoria o tipo giuridico; cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV ed., Napoli, 1989, pag. 798; F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, ottava ed., Milano, 2008, pag. 286;

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

Così come un bene demaniale può transitare da un ente territoriale ad altro, purché non si tratti di demanio necessario specifico (nel qual caso vi è una previsione di legge che lo impedisce), anche un bene enfaticamente considerato demaniale perché in capo ad una società con capitale interamente pubblico può transitare ad altra società con la stessa caratteristica, qualificata altresì dall'essere rispondente al modello *in house providing*.

Se, invece, le società patrimoniali e le altre società a capitale interamente pubblico vengono considerate quali soggetti del tutto di diritto privato, allora il problema del trasferimento ad una società *in house* neppure sussiste, perché i beni ricompresi nel patrimonio di tali società sarebbero - in tale prospettiva - di regime del tutto identico a quello dei beni privati.

3.4. Del resto, si deve notare che le reti e gli impianti per il servizio idrico integrato non sono beni del demanio necessario ovvero beni riservati. Ciò si evince chiaramente dal confronto tra gli artt. 822, comma 1° e 824 Cod. civ., da un lato, e l'art. 822, comma 2°, dall'altro; e così pure dal confronto tra l'art. 144 e l'art. 143 del d.lgs. n. 152 del 2006. In tali norme si menzionano beni che, rispettivamente, possono appartenere solo ad enti pubblici ed altri che possono appartenere sia ad enti pubblici che a privati.

Questa distinzione rendo conto del perché l'operazione considerata in questo parere non è in contrasto con la recente giurisprudenza della Corte costituzionale, che si è pronuncia-

A. POLICE, *I beni di proprietà pubblica*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, seconda ed., Torino, 2011, pag. 624.

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

ta su alcune norme di legge della Regione Lombardia relative al servizio idrico integrato.

3.5. Dopo la sentenza Corte cost., 25 novembre 2011, n. 320, con la quale è stata dichiarata l'incostituzionalità di alcune norme di legge della Regione Lombardia, nelle quali si prevedeva l'ipotesi del conferimento della proprietà di reti ed impianti idrici dagli enti locali a società da costituire ai sensi dell'art. 113, comma 13° del t.u.e.l., sono infatti sorte alcune perplessità, circa la confluenza in UNIACQUE delle reti e degli impianti idrici che oggi fanno capo alle altre società sopradescritte.

L'incostituzionalità delle disposizioni regionali è stata dichiarata per ritenuto contrasto con le norme dello Stato, ritenute ascrivibili alla materia "ordinamento civile", aventi per oggetto i beni necessari per l'esercizio dei servizi pubblici locali.

Le norme cui si riferisce la Corte costituzionale sono rappresentate anzitutto dall'art. 23-bis, comma 5° del d.l. 25 giugno 2008, n. 112 conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133 e successive modificazioni, nel quale si stabiliva che: *«Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati»*. Secondo la Corte costituzionale questa norma determinava il regime demaniale dei beni ivi menzionati, considerando altresì che - sempre ad avviso della Corte - le «reti» devono essere *«intese in senso ampio»*. La natura demaniale dei menzionati beni viene rimarcata anche ai sensi della normativa di settore e cioè dell'art. 143, comma 1° del d.lgs. n. 152 del 2006: *«Gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al punto di consegna e/o*

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli articoli 822 e seguenti del codice civile e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge».

A questo ultimo riguardo, la Corte costituzionale ritiene che la norma facoltizzante il trasferimento delle reti ed impianti idrici ("inalienabilità se non nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi") non può oggi essere rappresentata dall'art. 113, comma 13° del t.u.e.l. Ciò in quanto, il ricordato art. 23-bis, comma 5° del d.l. n. 112 del 2008, pur abrogato con il *referendum* popolare del 12-13 giugno 2011, durante il periodo di sua vigenza, avrebbe determinato l'abrogazione tacita per incompatibilità dell'art. 113, comma 13° del t.u.e.l., abrogazione ormai irreversibile perché sempre secondo la giurisprudenza della Corte l'abrogazione referendaria di una norma abrogatrice non determina la reviviscenza della norma da essa abrogata (cfr. Corte cost., 26 gennaio 2011, n. 24).

Sempre ad avviso della Corte costituzionale, nonostante l'odierno art. 4, comma 28° del d.l. 13 agosto 2011, n. 138 conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148 e successive modifiche ed integrazioni («*Ferma restando la proprietà pubblica delle reti, la loro gestione può essere affidata a soggetti privati*») non si applichi al servizio idrico integrato (posta l'esclusione stabilita dal successivo comma 34°), l'art. 143, comma 1° del d.lgs. n. 152 del 2006, sopra riportato, determina comunque che le «*reti idriche*», «*in quanto appartenenti ad enti pubblici territoriali*», assoggettate «*al regime giuridico del demanio accidentale pubblico*», incontrano il «*divieto di cessione e di mutamento della destinazione pubblica*» (perché non sussiste alcuna norma derogatoria a detto regime di ina-

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

lienabilità discendente dall'appartenenza ad un ente territoriale).

Non è questa la sede per discutere dell'esattezza della lettura dell'art. 23-bis, comma 5° del d.l. n. 112 del 2008 e dell'identico odierno art. 4, comma 28° del d.l. n. 138 del 2011, come norme che identificano una categoria di beni demaniali ⁽¹¹⁾; così come non è necessario porsi il problema del fondamento o meno della ritenuta abrogazione tacita dell'art. 113, comma 13° del t.u.e.l. (che, invece, recenti norme considerano tuttora vigente: cfr. il d.m. del Ministero dello sviluppo economico 12 novembre 2011, n. 226 agli artt. 2 e 7-9).

Quello che importa, ai fini del presente approfondimento, è il fatto che per i beni necessari all'esercizio dei servizi pubblici locali e per le reti e gli impianti relativi al servizio idrico integrato la Corte abbia parlato in più di un passo della decisione (cfr. al p.to 2.1.2 nonché 2.2. delle considerazioni in diritto) di "demanio accidentale".

Come è noto e come si è anticipato, questa categoria si pone di contro a quella di "demanio necessario": nel caso dei beni del demanio accidentale, non si tratta di beni che, per la loro intrinseca natura, sono demaniali e non possono non esserlo, talché non si tratta di beni pubblici "riservati" (cfr. V. CERULLI IRELLI, voce *Beni pubblici*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol II, Torino, 1987, pag. 1280 e segg.; A. PAJNO, *Art. 822*, in C. RUPERTO, *La giurisprudenza sul codice civile annotata con la dottrina*, libro III, artt. 820-951, Milano, 2011, pagg. 58 e 93-94).

⁽¹¹⁾ Invero, tali norme sembrano piuttosto da interpretare come di mera conferma di quanto e solo di ciò che discende dal Cod. civ. o dalle leggi speciali che riguardano singoli beni pubblici. In altre parole, tali norme non determinano la qualificazione come beni demaniali di un certo tipo di reti ed impianti se tale natura non deriva già da altre norme.

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

I beni del "demanio accidentale" possono essere anche di proprietà privata ed essi appartengono al demanio solo se sono di proprietà pubblica. Ciò si ricava, secondo quanto già anticipato, dall'art. 822, comma 2° Cod. civ. («se appartengono allo Stato» o agli enti territoriali: art. 824) e dallo stesso art. 143, comma 1° del d.lgs. n. 152 del 2006 («di proprietà pubblica»).

Pertanto, se reti ed impianti idrici non appartengono direttamente ad enti territoriali o a consorzi di diritto pubblico tra essi, non ci si trova di fronte a beni facenti parte del demanio accidentale.

Ed infatti, si ricorda come la giurisprudenza abbia sottolineato che «la nozione di proprietà pubblica di cui all'art. 143 [del d.lgs. n. 152 del 2006] deve essere interpretata in senso letterale, non potendosi ricomprendere nel suo significato anche quei beni appartenenti a soggetti privati, affidatari di un servizio pubblico oppure partecipati in misura anche totalitaria da un soggetto pubblico» (così TAR Lombardia, Milano, sez. IV, 26 ottobre 2009, n. 4896).

3.6. Del resto, la Corte costituzionale non ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 113, comma 13° del t.u.e.l., ma ne ha semplicemente rilevato, in via interpretativa, l'avvenuta abrogazione implicita a decorrere dall'entrata in vigore delle norme dianzi citate.

Dunque, l'art. 113, comma 13° del t.u.e.l. non è stato privato di effetti *ab origine* - come avviene in caso di declaratoria di incostituzionalità - ma ha semplicemente cessato di produrre ulteriori effetti dal momento della sua abrogazione.

L'abrogazione infatti - per principio pacifico, dottrinale e giurisprudenziale - non ha effetto retroattivo e quindi non

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

determina l'estinzione della norma abrogata, ma ne circoscrive nel tempo l'efficacia precettiva, limitandola ai soli fatti verificatisi e ai soli rapporti e situazioni giuridiche sorti sotto il suo impero (ossia nel periodo anteriore all'entrata in vigore della norma abrogatrice).

Su questo principio si è chiaramente espressa, in più occasioni, la stessa Corte costituzionale: *«l'abrogazione non tanto estingue le norme, quanto piuttosto ne delimita la sfera materiale di efficacia e quindi l'applicabilità ai fatti verificatisi sino ad un certo momento del tempo, che coincide, per solito e salvo sia diversamente disposto dalla nuova legge, con l'entrata in vigore di quest'ultima»* (così Corte cost., 2 aprile 1970, n. 49); *«l'abrogazione, limitando ai fatti verificatisi fino ad un certo momento la sfera di operatività della legge abrogata, incide su questa nel senso che, originariamente fonte di una norma riferibile ad una serie indefinita di fatti futuri, essa è oramai fonte di una norma riferibile solo ad una serie definita di fatti passati»* (così Corte cost., 28 aprile 1970, n. 63).

A ciò consegue che gli atti compiuti e le situazioni sorte sotto l'impero dell'art. 113, comma 13° del t.u.e.l., prima della sua abrogazione implicita, conservano comunque intatta la loro validità ed efficacia ⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Peraltro, lo stesso art. 4 del d.l. n. 138 del 2011 (che contiene il sopra riportato comma 28°) contempla ancora esplicitamente le società che possono essere proprietarie di reti e che possono gestirle (così il comma 33° del medesimo articolo). Può pertanto ancora esistere la categoria delle società proprietarie di reti, perché né la Corte costituzionale né il d.P.R. 7 settembre 2010, n. 168 hanno determinato l'abrogazione dell'art. 113, comma 4°, lett. a) del t.u.e.l. La norma così recita: *«Qualora sia separata dall'attività di erogazione dei servizi, per la gestione delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali gli enti locali, anche in forma associata, si avvalgono: // a) di soggetti allo scopo co-*

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

Nella fattispecie, quindi, i conferimenti in proprietà dei beni inerenti il servizio idrico integrato, che furono disposti dai Comuni in favore delle società patrimoniali, prima dell'entrata in vigore delle citate norme di cui al d.lgs. n. 152 del 2006 e di cui al d.l. n. 112 del 2008, sono da considerare validamente avvenuti e sono perciò da reputare tuttora pienamente produttivi di effetti.

I beni di cui trattasi, a far data dal loro conferimento nelle società patrimoniali, sono dunque beni appartenenti al patrimonio di queste società e non sono più beni di proprietà (pubblica) dei Comuni.

A questi beni, non si applica pertanto il sopravvenuto principio di incedibilità della proprietà pubblica delle reti, perché questo principio - non retroattivo - può trovare applicazione solo per le reti di proprietà pubblica al momento della sua introduzione o divenute di proprietà pubblica successivamente a tale introduzione.

Neppure si potrebbe obiettare che, per effetto dell'entrata in vigore delle norme che hanno provocato l'abrogazione implicita dell'art. 113, comma 13° del t.u.e.l., l'oggetto delle c.d. società patrimoniali - validamente costituite in base a questa norma - sia divenuto illecito o, comunque, non più perseguibile, con conseguente obbligo, per tali società, di sciogliersi per impossibilità sopravvenuta di raggiungimento dello scopo sociale.

stituiti, nella forma di società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico cui può essere affidata direttamente tale attività, a condizione che gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano;».

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

Una siffatta evenienza si verificherebbe nel caso in cui fosse stata costituita una società patrimoniale e non fossero ancora stati perfezionati i conferimenti dei beni di proprietà pubblica (diretta), che sono divenuti non più conferibili dopo le citate norme del 2006 e del 2008. O ancora nel caso in cui la società avesse per oggetto la proprietà di beni naturali (acque, miniere) che vengano da una legge dichiarati come beni pubblici necessari, che mai possono appartenere a privati.

4. In conclusione, con riferimento alle ipotesi che sono state sottoposte al nostro parere, non si frappongono ostacoli alla confluenza nel patrimonio di UNIACQUE delle reti ed impianti idrici oggi di proprietà delle società patrimoniali e di altre società a capitale interamente pubblico partecipate dagli stessi enti locali soci nella prima.

Le operazioni societarie consisterebbero in fusioni o scissioni di società (purché siano tutte a capitale interamente pubblico in quanto UNIACQUE deve conservare il carattere *in house*).

Non potrebbero, invece, aversi conferimenti in UNIACQUE da parte delle società proprietarie dei beni idrici perché tali conferimenti avrebbero come conseguenza l'acquisizione della posizione di azionista da parte di soggetti che - pur a controllo pubblico indiretto - non sono enti locali, che sono invece gli unici possibili soci in UNIACQUE (se si vuole, lo si ripete, conservare ad essa il carattere *in house*).

Qualora poi le società attualmente proprietarie dei beni idrici, che dovrebbero essere fatti confluire in UNIACQUE, non abbiano la natura di società *in house* o di società patrimoniali (che sono a capitale interamente pubblico) ma siano invece

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

normali società di capitali, sarà possibile che i beni idrici vengano alienati ad UNIACQUE, perché non trattandosi di beni pubblici non si pongono questioni particolari.

4.1. La confluenza delle reti e degli impianti relativi al servizio idrico integrato nel patrimonio di UNIACQUE non rappresenterebbe neppure un'operazione destinata ad entrare in crisi per effetto di futuri (eventuali) processi di liberalizzazione o privatizzazione del gestore del servizio pubblico.

Anzitutto, si deve ricordare come le norme che trattano della possibile liberalizzazione così come quelle che prescrivono comunque la messa in concorrenza (attraverso procedure di affidamento del servizio con gara) non si applicano al servizio idrico integrato, per il quale - lo si ripete - gli enti locali e le competenti Autorità di ambito ben possono mantenere il modello *in house providing*.

Inoltre, le società *in house* e le aziende speciali (ammesso che queste ultime possano essere utilizzate per il servizio idrico integrato) sono del tutto sullo stesso piano e sostanzialmente equiparate nel regime amministrativo (si v. il testo dell'art. 114, commi 5-bis del t.u.e.l. come introdotto dall'art. 3-bis del d.l. n. 138 del 2011); cosicché la confluenza delle reti e degli impianti nel patrimonio di UNIACQUE non rappresenterebbe di certo un'operazione più conforme all'ordinamento se effettuata nei confronti di un soggetto come l'azienda speciale non avente carattere di società.

Infine, se la normativa dovesse impensabilmente evolvere ed imporre - anche per il servizio idrico integrato - una messa in gara dell'affidamento ovvero una privatizzazione del soggetto gestore, a garanzia del mantenimento al servizio pubblico delle reti ed impianti di cui si discute, vi sarebbero

STUDIO LEGALE CAIA

PROF. AVV. NICOLA AICARDI

PROF. AVV. GIUSEPPE CAIA

PROF. AVV. STEFANO COLOMBARI

comunque le norme di cui all'art. 35, comma 9° e 10° della l. 28 dicembre 23001, n. 448, che è tuttora vigente: «9. In attuazione delle disposizioni di cui ai commi 2 e 13 dell'articolo 113 del citato testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, gli enti locali che alla data di entrata in vigore della presente legge detengano la maggioranza del capitale sociale delle società per la gestione di servizi pubblici locali, che siano proprietarie anche delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni per l'esercizio di servizi pubblici locali, provvedono ad effettuare, entro un anno dalla data di entrata in vigore della presente legge, anche in deroga alle disposizioni delle discipline settoriali, lo scorporo delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni. Contestualmente la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali, oppure dell'intero ramo d'azienda è conferita ad una società avente le caratteristiche definite dal citato comma 13 dell'articolo 113 del medesimo testo unico. // 10. La facoltà di cui al comma 12 dell'articolo 113 del citato testo unico, come sostituito dal comma 1 del presente articolo, riguarda esclusivamente le società per la gestione dei servizi ed opera solo a partire dalla conclusione delle operazioni di separazione di cui al comma 9 del presente articolo».

* * *

Restiamo a disposizione per i necessari approfondimenti.

(prof. avv. Giuseppe Caia)



(prof. avv. Nicola Aicardi)

