

**ARTICOLI E NOTE**

**© copyright**

|  |
| --- |
| **ANTONIO BARTOLINI** |
|  |
| Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi

|  |
| --- |
| **SOMMARIO:** 1. Premessa: l'acqua come risorsa – 2. L'evoluzione normativa in materia di demanio idrico – 3. Il demanio idrico oggi – 4 Dal demanio acquedottistico alle infrastrutture idriche demaniali – 5 La ripubblicizzazione del servizio idrico integrato tra realtà fattuale e prospettive *de iure condendo* – 6 L'acqua come diritto fondamentale: una proprietà integrata. |
|   |
| **1.** La vastità del tema assegnatomi e la naturale limitatezza dello spazio a disposizione impongono una serie di precisazioni preliminari in modo da perimetrare il terreno d'indagine. A tal fine va, innanzitutto, precisato che vi sono una pluralità di beni pubblici e correlativamente di servizi pubblici riferiti al campo delle acque. Nell'ambito dei beni pubblici troviamo le acque come demanio idrico, come demanio marittimo, come acque minerali e termali; tra i servizi pubblici abbiamo quello idrico integrato, quello di navigazione marittima, fluviale e lacuale, quello idroelettrico, irriguo, etc. La presente disamina non avrà ad oggetto tutte queste varie fenomenologie, concentrandosi, invece, sull'acqua come risorsa sempre più scarsa, ma anche come diritto fondamentale dell'uomo, per cui è necessario collegare il bene al suo utilizzo razionale ed aperto alla fruizione di tutti. In altre parole, si tratta di vedere l'acqua come risorsa idrica erogata mediante la moderna figura del servizio idrico integrato, oggetto tra l'altro di un'apposita disciplina contenuta nel codice ambientale 1. Anche in quest'ambito non si tratteranno le numerose problematiche attinenti al servizio idrico integrato, quali il contenuto della convenzione e della carta dei servizi, i problemi tariffari, etc. Ci si limiterà, invece, per rimanere ancorati al tema del convegno alle questioni più propriamente dominicali e, quindi in particolare, alle figure del demanio idrico e di quello acquedottistico, cercando di coglierne i relativi collegamenti, in modo da scorgerne i tratti unificanti, che, è il caso già di precisare, a mio modo di vedere sono da cogliere all'interno della dicotomia pubblico-privato. **2.**Va subito evidenziato che il demanio idrico, da intendersi modernamente come il compendio di “tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorchè non estratte dal sottosuolo” 2, ha seguito un *trend* evolutivo in chiara antitesi a quello riguardante, in genere, la proprietà pubblica: difatti, mentre quest'ultima è stata oggetto di un progressivo e largo processo di privatizzazione, il demanio idrico, al contrario, ha vissuto un'opera di graduale ed insistente pubblicizzazione, sino ad un completo assorbimento nella sfera pubblica 3. A tal fine sembra utile fornire, brevemente, una ricostruzione storica di tali profili evolutivi 4. In origine, in base al codice civile del 1865, le acque venivano distinte tra pubbliche e private, rientrando tra le prime i fiumi e i torrenti, mentre le altre acque appartenevano ai privati. La limitata pubblicizzazione trovava come giustificazione lo scarso interesse, in quel periodo, per l'acqua come bene pubblico, non ancora oggetto delle problematiche odierne, prime fra tutte l'inquinamento: l'interesse alla fruizione collettiva era limitato solamente ai trasporti fluviali ed alla fluitazione 5. Un passo in avanti si ha durante il fascismo, quando, dapprima, con il t.u. sulle acque 6 e, poi, con il nuovo codice civile, viene stabilito che appartengono al demanio dello stato “i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia” 7. In questo contesto, al di là dell'elenco normativo, venne posto alla base della distinzione tra acque pubbliche e private il criterio fondato sull'attinenza del bene al “pubblico generale interesse” 8. L'ampio uso (in senso estensivo) di questa clausola, fattone dalla giurisprudenza, ha portato nei fatti ad un ampliamento delle acque pubbliche, riducendo le private a quelle con scarsa portata o di minima importanza idrografica (essendo suscettibili di utilizzazione ai fini del pubblico generale interesse) 9, rientrando in tali fattispecie, ad es., un lago non pescoso o l'acqua di un pozzo. Nella prima metà degli anni '90 del secolo scorso la parabola ha iniziato a chiudersi attraverso la pubblicizzazione della acque da parte della cd. legge Galli, disponendo che “tutte le acque superficiali e sotterranee, anche non estratte dal sottosuolo, sono pubbliche e costituiscono una risorsa che è salvaguardata ed utilizzata secondo criteri di solidarietà” 10.Anche se in dottrina la portata innovativa della legge Galli è stata ridimensionata 11, non va nascosto che la previsione è molto importante, poiché la distinzione tra acque pubbliche e private viene meno, con la definitiva acquisizione del patrimonio idrico alla sfera pubblica, evitando speciose questioni sulla linea di confine con la proprietà privata. Ed in quest'ambito, dalla lettura congiunta della l. n. 36/94 e dell'art. 822 del codice civile, secondo cui appartengono allo stato e fanno parte del demanio pubblico ... le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia, è derivato che tutte le acque del suolo e sottosuolo facciano parte del demanio idrico.Da ultimo, con il codice ambientale si è proceduto ad includere le acque nel demanio idrico statale, stabilendo che “tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorchè non estratte dal sottosuolo, appartengono al demanio dello stato” 12. Si è compiuto, pertanto, l'ultimo passaggio della parabola pubblicizzante per cui il legislatore ha espressamente incluso tutte le acque nel demanio idrico statale.Si tratta di una precisazione (il riferimento alla demanialità) che, seppur non innovativa dal punto di vista sostanziale, è molto importante sul piano semantico, volendosi segnalare la centralità dell'acqua nell'ambito delle proprietà pubbliche.Il legislatore, pur avendo riservato allo stato l'appartenenza del bene, ha, tuttavia lasciato uno spazio di libertà ai privati, consentendo ai medesimi la libera fruizione, da un lato, delle acque piovane raccolte in invasi o cisterne al servizio di fondi agricoli o di singoli edifici 13, e, dall'altro, l'utilizzazione delle acque sotterranee per usi domestici, purchè non comprometta l'equilibrio del bilancio idrico 14. Né va dimenticato che sono sottratte dal regime di riserva le acque piovane non ancora convogliate in un corso d'acqua o non ancora raccolte in un invaso o cisterne 15. In tutte le altre ipotesi l'utilizzazione delle acque da parte dei privati deve essere previamente autorizzata o concessa.Va, da ultimo evidenziato che la pubblicizzazione delle acque è stata oggetto (durante il periodo di vigenza della legge Galli) di un incidente di costituzionalità, che, tuttavia è stato rigettato dalla Corte, essendo stato rilevato che la norma, nell'estinguere la proprietà privata, risulta essere ragionevole, mostrandosi come “un modo di attuazione e salvaguardia di uno dei valori fondamentali dell'uomo ... e nello stesso tempo principio generale per una disciplina omogenea dell'uso delle risorse idriche” 16.**3.**Accertato che le acque sono compendiate nel demanio idrico statale 17, s'intende approfondire la natura di questa tipologia di proprietà pubblica. Bisogna, difatti, evidenziare che l'imputazione al demanio statale va coordinata con le disposizioni in materia di trasferimento delle funzioni alle autonomie territoriali, dove si dispone che “alla gestione dei beni del demanio idrico provvedono le regioni e gli enti locali competenti per territorio” 18. Il conferimento del potere di gestione alle autonomie territoriali pone problemi sia di ordine esegetico, che sistematico, dovendosi, vedere, da un lato, quale sia l'ambito delle funzioni gestorie conferite e, dall'altro, i caratteri di questa peculiare forma 'federalistica' di proprietà 19.Innanzitutto occorre individuare quale sia l'ambito delle funzioni gestite: sotto questo profilo si può ritenere che, *grosso modo*, siano conferite tutte le funzioni di gestione economica e finanziaria (usi delle acque pubbliche), di tutela idraulica e difesa del suolo e di polizia 20, ad eccezione di limitati casi, in cui per la dimensione dell'interesse la gestione viene attratta nelle competenze statali 21. Ci si è, peraltro, chiesti se tra le funzioni di gestione rientri la sdemanializzazione 22: in letteratura si è correttamente rilevato che tale attività non attiene alla gestione del bene, ma alla sua stessa esistenza, per cui il relativo potere rimane attribuito allo stato 23. Opzione interpretativa, invero, recentemente seguita pure in giurisprudenza, dove si è precisato che detto potere è esercitato dall'organo statale competente, ovvero il ministero dell'ambiente 24.Quindi l'area delle facoltà dominicali degli enti territoriali riguarda la gestione amministrativa del bene, ma non la disposizione del medesimo, che rimane attribuita allo stato.L'evidenziata ripartizione dei poteri dominicali pone problemi sistematici di non poco momento e sicuramente innovativi 25.Sotto questo profilo occorre, innanzitutto chiedersi quale sia la *ratio* sottostante a questa tipologia di regime giuridico.La spiegazione dovrebbe essere ricercata nel peculiare rapporto che intercorre tra il demanio idrico e gli interessi territoriali differenziati, in quanto, per le caratteristiche geomorfologiche e i bisogni delle varie collettività, l'acqua non può essere imputata ad un unitario centro di riferimento. L'acqua a seconda dei casi può essere collegata ad interessi comunali, locali, regionali e statali, per cui la medesima viene allocata di volta in volta sui differenti livelli di governo, mediante il ricorso al principio della sussidiarietà verticale. La scelta, pertanto, di ripartire in maniera elastica le varie potestà dominicali tra stato ed autonomie territoriali corrisponde, dunque, alla necessità di dare attuazione al modello del cd. federalismo amministrativo.Ciò, peraltro, comporta una peculiare allocazione delle facoltà dominicali, che ha indotto la letteratura a riflettere sulla natura di tale proprietà. A tal fine si è notato che il conferimento a regione ed enti locali della gestione del demanio idrico realizza una separazione “tra titolarità del bene e titolarità della sua gestione, la quale per usare un'espressione suggestiva, si presenta come una sorta di proprietà usufruttuaria (l'usufruttuario ha diritto di godere della cosa, ma deve rispettare la destinazione economica art. 891)” 26. Le autonomie territoriali si troverebbero, dunque, ad essere una sorta di usufruttuari, a titolarità propria, in quanto la funzione gestoria non è stata conferita in via di delega, ma trasferita, letteralmente, come loro competenza propria 27: che non si tratti di un conferimento, ma di trasferimento della titolarità della competenza emerge, difatti, chiaramente, dalla lettura dell'art. 89, d.lgs. n. 122/98 28. La tesi esaminata, sicuramente suggestiva, merita, peraltro, di essere ulteriormente precisata. Se, infatti, è vero che le autonomie territoriali sono centri d'imputazione di funzioni gestorie proprie, poichè tanto il tenore sistematico della norma, quanto lo stesso principio di sussidiarietà, depongono a favore di tale soluzione e che, quindi, ci troviamo di fronte ad una proprietà separata (essendovi un titolare del bene ed un titolare della gestione amministrativa) è, però, difficile sostenere di essere innanzi ad una proprietà usufruttuaria. Basti a tal fine rammentare che l'usufrutto è un diritto reale di godimento a durata limitata, *usque ad mortem* 29, mentre nella fattispecie in esame la previsione della titolarità gestoria non ha limiti temporali, ma soggiace solamente alle regole dinamiche della sussidiarietà verticale.In realtà la direzione su cui svolgere l'indagine, se si vuole fare riferimento ad istituti di diritto privato, è quella che muove dagli studi di analisi economica del diritto, inaugurati in ambiente nord-americano, sulla cd. scissione tra proprietà e controllo: si tratta, in particolare, della cd. 'teoria dell'agenzia', per cui un soggetto viene investito di un potere decisionale, esercitato nell'interesse di una collettività o di altri soggetti, i quali, pur conservando l'interesse proprietario, sono sostanzialmente privi di un potere decisionale in merito 30. Si pensi, a tal fine, ai problemi che si pongono nel diritto societario ed in particolare nelle *public company*, ma anche ad altre forme come le amministrazioni fiduciarie od il *trust*. Queste sono, tuttavia, fattispecie non estendibili al caso del demanio idrico, poiché si fondano su atti di autonomia privata, in cui il proprietario volontariamente abdica, con proprio atto di volontà, le funzioni amministrative e gestorie.Si tratta, semmai, di ricercare il fondamento giuridico all'interno del diritto pubblico.A tal proposito l'idea della separazione tra titolarità del bene e titolarità gestoria richiama, per assonanza, la figura gianniniana della 'proprietà divisa', consistente “nella biappartenenza della cosa in ragione di due diversi interessi che la norma vuole tutelare, ...mediante l'attribuzione a due soggetti di due distinte appartenenze di utilità della cosa” 31. La proprietà divisa riguarda una distinzione nella possibilità di utilizzo, che viene bipartita. Peraltro, nell'ipotesi del demani idrico, la bipartizione non riguarda la possibilità delle diverse forme di utilizzo, ma l'attribuzione a soggetti diversi di differenti facoltà dominicali, aventi ad oggetto, da un lato, direttamente la disposizione del bene e, dall'altro, la sua gestione amministrativa.A ben vedere, gli studi sulla separazione tra proprietà e controllo, dove viene valorizzato l'aspetto organizzativo, inducono a ritenere che il campo d'indagine dovrebbe essere spostato alla teoria dell'organizzazione.Nel caso del demanio idrico (ma il discorso vale anche per il demanio marittimo) abbiamo una situazione che è sostanzialmente riconducibile al seguente schema: *un soggetto* (ad autonomia territoriale) *ha l'incarico*(art. 86, dlgs., n. 112/98) *di curare* (gestione amministrativa) *come interesse proprio* (trasferimento della competenza) *un interesse* (demanio idrico) *altrui*(lo stato).Si tratta, in altre parole, di un fenomeno largamente conosciuto, dibattuto e studiato o nell'ambito della teoria della 'sostituzione' 32 o di quella del 'munus pubblico' 33.Con la 'teoria della sostituzione' viene spiegato quel rapporto organizzativo per cui un'attività di pertinenza dello stato viene affidata ad altro soggetto, dove il primo è titolare della funzione, mentre il secondo ne ha in cura l'esercizio. Con il *munus*pubblico, invece, la cura di un interesse pubblico viene affidata ad altro soggetto.Le due tesi in sostanza non sono tra loro molto distanti, se non forse per il fatto che la seconda tende a riferirsi a fenomeni (modernamente intesi) di esternalizzazione, tramite il conferimento di funzioni o servizi a soggetti privati 34.Considerato che nel caso in esame siamo di fronte ad un rapporto organizzativo tra due soggetti pubblici, sembra preferibile l'impiego della formula della sostituzione, che ha sicuramente un più ampio spettro rispetto a quello del *munus*.Quindi con il trasferimento delle competenze gestorie del demanio idrico alle autonomie territoriali si verifica un fenomeno di sostituzione amministrativa, in cui le fattispecie (concessioni, opere, atti di autotutela, etc.) sono imputate, in genere, al sostituto (cioè l'ente territoriale competente), mentre al sostituito (lo stato) i risultati gestionali.Il rapporto di sostituzione, anche alla luce della sussidiarietà, giustifica un'ingerenza dello stato sul proprio sostituto con la predisposizione di una serie di atti programmatori e d'indirizzo che diano un'uniformità di gestione su tutto il territorio nazionale, quali le direttive in ordine alla gestione del demanio idrico relativamente al rilascio delle concessioni di derivazione e la programmazione ed il finanziamento degli interventi di difesa del suolo 35. Lo stato è, dunque, tenuto a valutare tali risultati ed in caso negativo, in senso globale, è tenuto a rideterminare i propri criteri e programmi generali, nonché nel caso d'inadempienza esercitare i poteri sostitutivi riconosciutigli 36.**4.**La proprietà demaniale dell'acqua è chiaramente funzionalizzata alla massimizzazione del suo utilizzo collettivo. Per comprendere l'istituto è, dunque, essenziale analizzare la disciplina sull'uso delle acque.Sotto questo profilo, per le ragioni già specificate in premessa, risulta essenziale far riferimento alle problematiche relative al servizio idrico integrato, da intendersi come “l'insieme dei servizi pubblici di captazione, adduzione e distribuzione di acqua ad usi civili, di fognatura e di depurazione delle acque reflue” 37. Come noto la figura del servizio idrico integrato è stata introdotta con la legge Galli per procedere ad uno sfruttamento razionale delle risorse idriche, atteso che l'organizzazione dei vari servizi attinenti l'utilizzo dell'acqua era estremamente parcellizzata, non integrata e non idonea a garantire un'ottimale e razionale distribuzione ed impiego dell'acqua.Peraltro, la medesima legge, sotto il profilo del regime dominicale della rete, non si era preoccupata di accompagnare il processo evolutivo in atto con una disciplina *ad hoc*, che superasse il pregresso modello.Difatti, la normazione sulle proprietà delle reti rientranti nel servizio idrico integrato risultava composita e differenziata, a seconda che si trattasse degli acquedotti o delle altre infrastrutture, quali le fognature ed i servizi di depurazione 38.Per quanto riguarda gli acquedotti era rimasta in piedi la disciplina codicistica che riconduceva al demanio pubblico le reti di proprietà dello stato, dei comuni e delle province 39; come pure demaniali erano quelle di appartenenza regionale 40. Gli acquedotti appartenenti invece ad altre amministrazioni pubbliche e le altre reti (fognature, servizi di depurazione, etc.) di proprietà pubblica facevano, invece, parte del patrimonio indisponibile, essendo beni destinati al pubblico servizio 41. Il codice ambientale, di recente approvazione, nell'ottica della predetta integrazione, ha provveduto ad unificare tali regimi, disponendo che “gli acquedotti, le fognature, gli impianti di depurazione e le altre infrastrutture idriche di proprietà pubblica, fino al puno di consegna e/o misurazione, fanno parte del demanio ai sensi degli artt. 822 ss. e sono inalienabili se non nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge” 42.Quindi non solo gli acquedotti, ma tutte le infrastrutture idriche, se di proprietà (di amministrazioni) pubblica, sono beni demaniali. Si tratta, tra l'altro, di una previsione che tende a confermare il superamento del demanio come compendio di beni imputabili esclusivamente allo stato ed agli enti territoriali, in quanto tale natura, per quanto concerne le infrastrutture pubbliche, viene attribuita anche nell'ipotesi in cui l'appartenenza sia riferibile ad altre pubbliche amministrazioni.La norma nell'estendere la demanialità anche ai beni di altre pubbliche amministrazioni, tende probabilmente a prendere in considerazione l'eventualità, non improbabile, che nel futuro una buona parte delle infrastrutture pubbliche non sia più realizzata per conto degli enti locali, ma direttamente dalle Autorità d'ambito ottimale (Ato), che sono il soggetto regolatore del servizio idrico integrato: da ciò la necessità di estendere il regime demaniale oltre gli enti a fini generali.E sempre in quest'ottica, per l'eventualità in cui gli Ato non abbiano la proprietà dell'infrastruttura, è previsto che i medesimi esercitino i poteri di polizia demaniale previsti dal codice civile 43, prevedendo, quindi, una tutela concorrente con le amministrazioni proprietarie.Tali previsioni appaiono, peraltro, poco avanzate, poiché a mio modo di vedere la scelta coraggiosa sarebbe stata quella di attribuire la proprietà delle infrastrutture idriche direttamente agli Ato, quali regolatori del servizio idrico integrato: questa mancata previsione, tra l'altro e per le ragioni che verranno evidenziate, complica la possibilità di conferire e mantenere la titolarità del servizio alle cd. società *in house providing*. La soluzione di affidare agli Ato la proprietà delle infrastrutture, avrebbe, pure, evitato quanto denunciato dall'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche, e cioè che in ben 29 Ato le infrastrutture sono state cedute dagli enti locali a società ad intera partecipazione pubblica 44, sulla scorta di quanto previsto dal Tuel 45. Si tratta di una possibilità che, *prima facie*, non parrebbe potersi escludere, ma che pone dei seri problemi interpretativi 46. Per esempio il conferimento del demanio idrico infrastrutturale a dette società, comporterebbe la perdita della demanialità per i medesimi, e l'acquisizione della natura di beni a destinazione pubblica, comportante, da un lato, l'incedibilità dei beni della rete e, dall'altro, il divieto di partecipazione per i privati alla società. Con la perdita della demanialità, peraltro, verrebbero meno i poteri a tutela della proprietà, di natura demaniale, riconosciuti dal codice ambientale anche agli Ato 47. Tale disparità di trattamento, a secondo che i beni siano demaniali o a destinazione pubblica, appare, per la verità, poco ragionevole. Va, peraltro, evidenziato che la medesima Autorità di vigilanza sulle risorse idriche ha espresso dei dubbi sulla legittimità di siffatti conferimenti48, perplessità che vanno condivise per le ragioni che si esporranno nelle considerazioni conclusive. **5.** Ben più rilevante, è, peraltro, la questione dell'affidamento, non della rete, ma della gestione del servizio idrico integrato a società di diritto privato: difatti, a partire dalla legge Galli, ed in coerenza con un indirizzo coinvolgente tutti i servizi pubblici locali a carattere imprenditoriale (o industriale) 49, l'ordinamento, grazie anche alle spinte dell'ordinamento comunitario, si è spinto verso l'affidamento della gestione del servizio a soggetti di diritto privato.In particolare la spinta definitiva verso la privatizzazione è avvenuta tramite le modifiche apportate al Tuel, con l'introduzione dell'art. 113, dove per i servizi di rilevanza economica è stato previsto l'affidamento a: a) società di capitali private scelte mediante procedura di evidenza pubblica; b) società a capitale misto, dove il socio privato viene scelto sempre mediante procedure di evidenza pubblica; c) società controllate interamente dagli enti locali, mediante affidamento diretto (cd. *in house providing*). Con la precisazione, peraltro, che le concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro e non oltre la data del 31 dicembre 2007, facendo, tuttavia, salvi, da un lato, gli affidamenti *in house* effettuati in conformità ai principi della giurisprudenza comunitaria in materia di cd. controllo analogo e, dall'altro, l'affidamento a società miste il cui socio sia stato scelto mediante procedura di evidenza pubblica rispettose del diritto comunitario 50.In questo modo vengono garantiti, nella scelta dei soggetti gestori, i principi comunitari di parità di trattamento, trasparenza e libertà di concorrenza, che, peraltro, tendono a rafforzare l'economia di mercato a scapito dell'intervento pubblico nell'economia.Se si svolge, però, lo sguardo ai dati forniti dall'Autorità di vigilanza sulle risorse idriche emerge, nei fatti, una situazione diametralmente opposta, in cui la tendenza è stata quella di affidare i servizi (prevalentemente) senza gara a società pubbliche o prevalentemente pubbliche 51.Quindi, mentre il dato normativo sembra essere favorevole ad incentivare il ricorso all'affidamento a terzi mediante gara europea 52, la realtà pratica è orientata nella direzione contraria, mantenendo una forte impronta pubblicistica.Del resto si tratta di un orientamento che non riguarda il settore idrico, ma in generale tutti i servizi pubblici locali, tanto che di recente il governo ha sentito la necessità di presentare un ddl governativo (cd. Bersani-Lanzillotta) per innestare meccanismi di concorrenzialità e limitare l'impiego della società *in house****53***. Peraltro quello che balza subito all'occhio nella lettura del predetto ddl è la riconsiderazione proprio delle finalità del servizio idrico integrato, che al contrario degli altri servizi pubblici locali, vorrebbe essere sottratto alla disciplina della concorrenza ed in generale al processo di privatizzazione, stabilendo che dal campo di applicazione del medesimo ddl è fatta salva “la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici” 54.Far salva la gestione pubblica delle risorse e dei servizi idrici non è, peraltro, un'operazione di facile praticabilità.Giova, a tal fine, rammentare che la gestione pubblica può essere assicurata mediante tre forme (astrattamente) possibili di organizzazione: a) la società a prevalente partecipazione pubblica; b) la società in *house*; c) l'azienda speciale.Quest'ultima, come noto, è stata espunta dall'ordinamento degli enti locali, per cui allo stato occorrerebbe un intervento normativo *ad hoc* per 'resuscitarla': risulta, dunque, di difficile praticabilità, se non tramite un intervento *de iure condendo*.La società a prevalente partecipazione pubblica nella realtà fattuale risulta essere poco appettibile al mercato, in quanto più di una gara per la scelta del socio privato risulta essere andata deserta 55.La formula, pertanto, che in apparenza risulta da preferire è la società *in house*, la quale, peraltro, per i vincoli derivanti dalla Corte di giustizia risulta di difficile praticabilità.Il giudice comunitario, per garantire la libertà di concorrenza, ha limitato l'affidamento diretto di servizi a società *in house*, solo laddove l'ente o gli enti locali affidanti esercitino un controllo analogo a quello sui propri servizi 56. L'estrema vaghezza del concetto di 'controllo analogo' ha comportato un'ulteriore serie di rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia, che così ha avuto modo di poter meglio delimitare la questione. In estrema sintesi il giudice del Lussemburgo ha stabilito che per avere il controllo analogo occorre che : a) la società sia a totale controllo pubblico 57; b) non vi siano soci pubblici con partecipazioni assolutamente minoritarie (ad es. 1% del capitale azionario) 58; c) lo statuto della società non deve aprirsi ai privati 59; d) lo statuto non deve attribuire poteri rilevanti al consiglio d'amministrazione 60; e) l'ente affidante deve controllare direttamente la società e non tramite una *holding* 61; f) l'attività dalla società deve essere svolta prevalentemente nei confronti dell'ente o degli enti affidanti, mentre le altre attività devono avere un ruolo marginale 62.Alcuni di questi vincoli sono, dal punto di vista giuridico, facilmente superabili (divieto di apertura ai privati, divieto dell'interposizione tramite *holding*, limiti allo svolgimento dell'attività), mentre di più difficile soluzione sono le questioni riguardanti, da un lato, l'imputazione dei poteri amministrativi e, dall'altro, il divieto di partecipazione di enti affidanti con quote o percentuali azionarie limitate. Per quanto riguarda la prima questione, senza addentrarci nel complesso dibattito formatosi in letteratura, sembra che tra le varie ipotesi adombrate, quella preferibile sia quella di gestire le società *in house*mediante s.r.l.,in quanto con tale formula si consente di attribuire i poteri amministrativi ai soci (in assemblea), garantendo in tal modo un controllo analogo 63.Ma la questione più delicata, per quanto concerne il sevizio idrico integrato, è proprio quella delle partecipazioni assolutamente minoritarie da parte degli enti affidanti (in questo caso gli enti locali). Difatti, l'integrazione del servizio, mediante il conferimento della gestione del medesimo ad un unico gestore, comporta la riunificazione, nell'ambito territoriale ottimale, di tutte le reti esistenti e, quindi, anche di quelle di modeste dimensioni, dei piccoli comuni. Una volta che si decida di affidare il servizio ad una società *in house*, necessariamente in quest'ultima partecipano anche i piccoli comuni (affidando 'in casa' la gestione della propria rete) con quote minime, proporzionate alla modesta entità dell'infrastruttura gestita. Per cui in tutte le compagini societarie sono (necessariamente) presenti piccoli comuni con quote o percentuali azionarie modeste. Questi piccoli enti, tuttavia, non possono avere un controllo analogo a quello sui propri servizi, in quanto la propria voce, all'interno della società, è flebile e condizionata dai comuni con le quote o pacchetti azionari più rilevanti. E ciò costituisce un evidente limite alla costituzione di società*in house*, in quanto la giurisprudenza comunitaria non consente l'affidamento diretto da parte di enti che abbiano partecipazioni irrilevanti nella compagine sociale.Nella giurisprudenza, interna, per la verità si sono cercate delle soluzioni dirette a superare quest'ostacolo: ad es., il Tar Friuli ha ritenuto legittima la costituzione di un'assemblea di coordinamento intercomunale che, in base al criterio dell'unanimità, provveda ad indirizzare la vita della società, in modo da garantire il requisito del controllo analogo 64. L'indirizzo, in verità, sembra prendere in considerazione solamente le problematiche pubblicistiche, dimenticandosi quelle di diritto societario: difatti, l'assemblea intercomunale, sopra rappresentata, non è un organo propriamente societario, per cui le proprie direttive sono giuridicamente (dal punto di vista del diritto privato) irrilevanti rispetto alla società. Del resto, la giurisprudenza più recente ha proprio rilevato che tale assemblea opera come “organo esterno alla società stessa, senza poter interagire con quelle che poi saranno le decisioni finali rimesse alla sola valutazione degli organi societari” 65. In definitiva, la soluzione proposta non appare praticabile *de iure condito*, non garantendo il requisito del controllo analogo.Tuttavia, una diversa soluzione, compatibile con lo *standard* richiesto dal giudice comunitario, potrebbe essere quello d'imputare la proprietà della rete a colui che ha il potere di affidare la gestione del servizio, ovvero l'Ato (ente dotato di personalità giuridica, a partecipazione locale necessaria) 66. In questo modo l'Autorità, avendo la proprietà su tutta la rete, potrebbe creare, in quanto *dominus*, la società per la gestione della medesima e del relativo servizio, con il modello dell'*in house*unipersonale (cioè a socio unico), superando le problematiche derivanti dalla parcellizzazione della proprietà della rete 67.Quest'opzione, peraltro, potrebbe essere oggetto di varie obiezioni.In primo luogo, si potrebbe sostenere che gli enti locali non possono cedere le proprie infrastrutture idriche a chicchessia, se non nei casi espressamente previsti dalla legge, essendo beni demaniali e come tali incedibili. Tuttavia occorre rammentare che una delle novità del codice ambientale è proprio quella di aver esteso il carattere di demanialità a tutte le infrastrutture, a prescindere da chi sia il soggetto pubblico proprietario. In altre parole, mentre prima i beni demaniali erano solo gli acquedotti degli enti a fini generali (stato, regioni, comuni e province), oggi sono del demanio (allargato) tutte le infrastrutture idriche (non solo gli acquedotti) di proprietà pubblica. Ciò sta ad indicare che la demanialità non è un carattere riferibile ai soli enti a fini generali, ma a qualsiasi figura pubblicistica: il che, in altre parole, pare consentire la trasferibilità tra pubbliche amministrazioni di tali beni, poiché questi ultimi, comunque, non perdono il carattere demaniale. Quindi la demanialità comporta un limite d'incedibilità verso i privati, ma non tra pubbliche amministrazioni, fermo restando l'inerenza del bene agli interessi curati da queste ultime. Una seconda obiezione, potrebbe riguardare la commistione di ruoli che potrebbe ingenerare la cessione del demanio infrastrutturale all'Autorità ed il conseguente affidamento *in house* del relativo servizio di gestione. Difatti l'Ato sarebbe al medesimo tempo il controllore, ma anche il controllato. Va, tuttavia, precisato che al momento l'ordinamento non richiede una posizione d'indipendenza tra regolatore e regolato, limitandosi, invece, a richiedere una separazione tra le funzioni regolatorie (incluse quelle proprietarie) e quelle di gestione del servizio: richiesta soddisfatta anche mediante l'affidamento *in house.*In definitiva, la scelta che *de iure condendo* sta profilandosi, non appare assolutamente facile, attese le enormi problematiche esistenti sia sul fronte proprietario, che su quello della regolazione, stando sul campo valori confliggenti quali, da un lato, la concorrenza e l'efficienza gestionale e, dall'altro, la solidarietà e lo sviluppo sostenibile. **6.**Alla luce dell'analisi sin qui condotta, risulta che il pendolo volge, in un'ottica ormai plurisecolare, a favore delle esigenze di solidarietà, piuttosto che a quelle di carattere privatistico, in quanto l'acqua è ormai un patrimonio completamente demaniale sottratto alla disponibilità dei privati (ad eccezione dell'acqua piovana, dei pozzi, delle cisterne ed invasi agricoli, il cui utilizzo è liberalizzato). A tal fine, non bisogna nascondere che l'acqua è un bene essenziale per la vita umana, tanto che a partire dal diritto internazionale è definito come un diritto fondamentale dell'uomo 68. Del resto la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di precisare che l'acqua è “un bene primario della vita dell'uomo” e, quindi, un “diritto fondamentale dell'uomo e delle generazioni future”: di conseguenza la pubblicizzazione dell'acqua è posta a salvaguardia di uno dei valori fondamentali dell'uomo, in cui hanno un ruolo fondamentale le esigenze solidaristiche 69.La demanializzazione dell'acqua e delle relative infrastrutture è posta, pertanto, a presidio di un valore fondamentale dell'uomo.In questo contesto la tutela di questo diritto fondamentale, richiede di fronte alla progressiva scarsità della risorsa acqua, una tutela integrata, che prenda in considerazione il complessivo ciclo dell'acqua. Il diritto positivo, dunque, non considera come oggetto della proprietà pubblica solo l'acqua, ma anche i mezzi, le infrastrutture che consentono un uso razionale della medesima. Emerge, pertanto, una sorta di 'proprietà integrata', dove la demanializzazione non copre solamente il bene acqua, ma anche tutte le infrastrutture di proprietà pubblica preposte alla sua gestione, diventando flebile la distinzione tra demanio idrico ed acquedottistico, a favore di una nuova figura che in termini convenzionali potrebbe definirsi come “demanio idrico integrato”L'approdo ad una complessiva e totalizzante dimensione demaniale significa, tra l'altro, una precisa scelta di campo, in cui la logica del profitto e dell'interesse individuale è subordinata alle esigenze di solidarietà.Del resto, una volta che l'acqua venga considerata come un diritto fondamentale ed inviolabile dell'uomo, ne consegue che il medesimo risulta essere (come tutti i diritti inviolabili) assoluto, inalienabile, irrinunciabile, indisponibile, imprescrittibile 70.A parere di chi scrive, da questi caratteri ed in particolare dall'inalienabilità e l'indisponibilità dei diritti inviolabili, deriva che l'acqua, come proprietà pubblica, non può essere privatizzata, in quanto bene che non può essere suscettibile di appartenenza privata. L'acqua, come diritto fondamentale, sottintende, da un lato, il perseguimento di valori solidaristici e, dall'altro, l'esclusione della logica speculativa se non, addirittura di quella del profitto. In definitiva, l'acqua come bene fondamentale deve essere erogata a prezzi sostenibili, in modo da salvaguardare solidarietà ed efficienza: da ciò la sua necessaria pubblicizzazione 71.Del resto in dottrina da più parti è stata messa in discussione la possibilità di privatizzare l'acqua, evidenziando, da un lato, che i beni che per natura pubblici (*ndr*: come l'acqua) non possono essere privatizzati 72 e, dall'altro, che non pare ammissibile la cartolarizzazione di grandi fiumi o grandi laghi ed in genere delle *res communes omnium* 73.Nel caso delle acque è la fondamentalità del diritto a rafforzare la sua appartenenza necessaria e, quindi, l'esclusione della sua privatizzazione: al massimo, l'unica ipotesi ammissibile sarebbe una privatizzazione formale, mediante la possibilità del trasferimento di tale proprietà (nella sua forma integrata) a società a partecipazione interamente pubblica, di stretta derivazione dagli enti a fini generali, e con un vincolo di destinazione riassuntivo del regime demaniale. Conclusione, quest'ultima, che per le ragioni anzidette ci pare - per restare in tema - “chiara come l'acqua”. |
|   |
| \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_1) D.lgs. 3 aprile 2006, n. 152: artt. 141 ss.2) V. in tal senso l'art. 144, primo comma, d.lgs. n. 152/2006.3) Relativamente alla privatizzazione della proprietà pubblica v. per tutti M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, 109 ss. 4) Per i profili storici si è fatto soprattuto riferimento a N. LUGARESI, *Le acque pubbliche. Profili dominical , di tutela e di gestione*, Milano, 1995, 21 ss. 5) Su tali questioni v. le interessanti notazioni di Santi ROMANO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1912, III, 520 ss. 6) R.d. 11 dicembre 1933, n. 1775.7) Art. 822, primo comma, cod. civ.8) Art. 3, t.u. acque.9) V. Trib. sup. acque, 22 novembre 1990, n. 84, in *Cons. Stato,* 1990, I, 1711.10) Art. 1, primo comma, l. 5 gennaio 1994, n. 36.11) V. N. LUGARESI, *Le acque*, cit., 43 ss.12) Art. 144, primo comma, d.lgs., n. 152/2006.13) Art. 167, terzo comma, codice ambiente.14) Art. 167, quinto comma, codice ambiente.15) Art. 1, secondo comma, d.p.r. 18 febbraio 1999, n. 238.16) Così Corte cost., 19 luglio 1996, n. 259, in *Foro it*., 1997, I, 166417) Va, peraltro, precisato che esiste anche un demanio idrico regionale composto dai porti lacuali. 18) Art. 86, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 112.19) Devo a Mauro Renna il suggerimento di approfondire la tematica in esame. Su queste problematiche v. S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 86*, in G. FALCON (a cura di), *Lo stato autonomista*, Bologna, 1998, 293 ss.; M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazioni*, Padova, 2005, 134 ss. 20) V. a tal fine l'art. 89 del d.lgs. n. 112/98.21) Ad es. Corte cost., 6 aprile 2005, n. 133, in *Foro it.*, 2006, I, 2680, ribadisce che nel caso in cui il fabbisogno idrico imponga il trasferimento d'acqua in altre regioni, in mancanza d'intesa tra queste ultime, il relativo potere spetta allo stato. 22) Che ai sensi dell'art. 947, cod. civ., non può essere tacita.23) M. OLIVI, *Beni demaniali*, cit., 197 ss.24) Trib. sup. acque, 23 settembre 2004, n. 95, in *Foro it.*, 2005, III, 507.25) E' M. RENNA, *La regolazione*, cit., 264 s., ad evidenziare la novità del regime in esame.26) Così S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Art. 86*, cit., 295.27) S. CIVITARESE MATTEUCCI, *op. ult. cit.*28) Che di seguito s riporta: “Sono conferite alle regioni e agli enti locali, ai sensi dell'art. 4, comma 1, della legge 15 marzo 1997, n. 59, tutte le funzioni non espressamente indicate nell'articolo 88 e tra queste in particolare, sono trasferite le funzioni relative ...”. Inoltre si deve pensare che per il caso simile del demanio marittimo il legislatore impiega il termine conferimento (art. 105, d.lgs. n. 112/98), che come noto potrebbe indicare una devoluzione dell'esercizio del potere anche in via di delega: ciò non accade per quello idrico, dove, per l'appunto si parla, invece, di trasferimento (della titolarità della competenza). 29) Art. 979 cod. civ.:“La durata dell'usufrutto non può eccedere la vita dell'usufruttuario.L'usufrutto costituito a favore di una persona giuridica non può durare più di trent'anni”.30) Fondamentali sono A. BERLE, G. MEANS, *The modern corporation and private property*, New York, 1932. 31) M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, 82.32) Elaborata da G. MIELE, *La distinzione fra ente pubblico e privato*, in *Riv. dir. Comm.*, 1942, 10 ss. Ed in particolare 98 ss.33) Esposta a più riprese da M.S. Giannini: per l'ultima versione cfr. *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, 127 ss.34) Sull'utilizzo di tali categorie di fronte all'esternalizzazione di pubbliche funzioni v. A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati,* Torino, 2005, 424 ss. 35) Per un quadro più esaustivo di tali poteri v. art. 88, d.lgs. n. 112/98.36) A partire dall'art. 120, Cost.37) Art. 141, secondo comma, codice ambiente.38) Per un quadro esaustivo del sistema previgente in materia di acquedotti v. V. CERULLI IRELLI, S. PELILLO, *Acquedotti e canali pubblici*, in *Enc. giur*., I, Roma, 1988, 1 ss. 39) Rispettivamente artt. 822 e 824, cod. civ.40) Art. 11, primo comma, l. 16 maggio 1970, n. 28141) Cfr. artt. 828, secondo comma ed 830, secondo comma, cod. civ.42) Art. 143, primo comma, codice ambiente.43) Art. 143, secondo comma, codice ambiente.44) V. AUTORITA' DI VIGILANZA SULLE RISORSE IDRICHE E SUI RIFIUTI, *Relazione annuale al parlamento sullo stato dei servizi idrici - Anno 2005, luglio 2006, in www2.minambiente.it/sito/cvri/relazione\_2005.pdf ,*62.45) Cfr. art. 113, tredicesimo comma, tuel, che prevede un vincolo d'incedibilità delle proprietà conferite. 46) Su tali problematiche v. M. RENNA, *La regolazione*, cit., 142 ss.47) Art. 143, secondo comma, codice ambiente.48) V. sempre *Relazione del 2005*, cit.49) Sulla gestione dei servizi pubblici locali esiste un'ampia letteratura. Da ultimo per un quadro riassuntivo ed aggiornato delle relative problematiche: v. rispettivamente, in termini generali, G. PIPERATA, *Servizi pubblici locali,* in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, VI, Milano, 2006, 5527 ss. e, per il settore delle acque, J. BERCELLI, *Servizi idrici*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario*, cit., 5513. 50) In tal senso l'art. 113, co. 15-bis, così come modificato dall'art. 15, legge 4 agosto 2006, n. 248, dove sono fatte salve anche le società quotate in borsa.51) V. AUTORITA' DI VIGILANZA SULLE RISORSE IDRICHE E SUI RIFIUTI, *Relazione annuale al parlamento sullo stato dei servizi idrici - Anno 2005*, cit, 62 ss., dove risulta che solo in 4 ipotesi si è provveduto ad affidare la concessione del servizio a terzi ed in 5 casi si è proceduto a scegliere il socio privato con procedure di evidenza pubbliche. Nelle altre ipotesi risulta che: 9 affidamenti sono avvenuti secondo il comma cinque, dell'art. 35, l. n. 448/01; in 8 casi si è provveduto con l'affidamento diretto; in un caso con trattava privata; per l'Acea si è fatto riferimento all'art. 113, co. 15-bis tuel; in 14 casi con l'affidamento *in house,*che risulta la formula relativamente più seguita..52) Vedi a tal fine, pure, la circolare Ministero dell'ambiente 6 dicembre 2004, dove l'affidamento *in house*è visto come una soluzione residuale. 53) AS. n. 772, XV legislatura, *Delega al governo per il riordino dei servizi pubblici.*54) Art, 2, primo comma, lett. a), ddl cit.55) Sulle ragioni dell'insuccesso di questa formula v. sempre AUTORITA' DI VIGILANZA SULLE RISORSE IDRICHE E SUI RIFIUTI, *Relazione annuale al parlamento sullo stato dei servizi idrici - Anno 2005*, cit, 64. Si deve, inoltre, considerare che in giurisprudenza anche questa formula incontra notevoli limitazioni: v. Cons. giut. amm. reg. sic., 27 ottobre 2006. n. 589, in www.giustamm.it, n. 11-2006, secondo cui il ricorso alla società mista richiede due gare: una per la scelta del socio privato e l'altra per l'affidamento del servizio. 56) Corte giust. CE, 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, in *Raccolta*, 1999, I, 8121.57) Corte giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle,* (non ancora pubblicata).58) Corte giust. CE, 21 luglio 2005, C-231/03, *Coname* (non ancora pubblicata)59) Corte giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen,* (non ancora pubblicata); Corte giust. CE, 6 aprile 2006, C-410/04, (non ancora pubblicata). 60) Corte giust. CE, 13 ottobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen,* cit.61) Corte giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, *Carbotermo*, cit.62) Ancora Corte giust. CE, 11 maggio 2006, C-340/04, cit.63) Tale soluzione è stata suggerita per primo da R. URSI, *Le Società per la gestione dei servizi pubblici locali a rilevanza economica tra outsourcing e in house providing*, in *Dir. amm*., 2005, 179 ss.64) TAR Friuli – Venezia Giulia, 15 luglio 2005, n. 634, in www.dirittodeiservizipubblici.it, con nota di A. LOLLI, *Servizi pubblici locali e società in* house: *ovvero la collaborazione degli enti locali per la realizzazione di interessi omogenei.*65) TAR Campania, Napoli, Sez. I, 13 settembre 2006, n. 8055, in www.dirittodeiservizipubblici.it 66) L'attribuzione della personalità giuridica come forma organizzativa esclusiva degli Ato è una delle novità più rilevanti poste dal codice ambiente (art. 148); con la legge Galli, invece, era data la possibilità di ricorrere o alla figura del consorzio o alla convenzione.67) Non pare, invece, più percorribile la strada tracciata da M. DUGATO, *Proprietà e gestione delle reti nei servizi pubblici locali*, in *Riv. trim. appalti*, 2003, 535 ss., che intravedeva nelle società di gestione della rete di cui all'art. 113, tredicesimo comma, una figura alternativa agli Ato: con il codice dell'ambiente gli Ato-persona giuridica sono divenuti la forma necessaria di gestione del servizio idrico integrato.68) A tal fine si vedano: la Carta europea dell'acqua; la Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna; la Convenzione dei diritti del fanciullo; la Dichiarazione di Dublino sull'acqua; il Commentario generale n. 15 del Comitato dei Diritti economici, sociali, culturali dell'Onu. Su tali aspetti v. D. ZOLO, *Il diritto all'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo*, in *Dir. pubb*., 2005, 125 ss. 69) Corte cost., 19 luglio 1996, n. 259, cit.70) Sono questi i noti caratteri dei diritti inviolabili: v. ad es. F. COCOZZA, G. CORSO, *Le situazioni soggettive,* in G. AMATO, A. BARBERA, *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1991, 210.71) Sui profili relativi all'esigenza di mantenere ferma la pubblicizzazione delle acque, rispetto ad una sua privatizzazione, V. la *Dichiarazione europea per una nuova cultura delle acqu*e, inwww.gruppo183.org/firmadichiarazioneacqua/notizia.htm72) Così F. FRANCARIO, *Privatizzazioni, dismissioni e destinazione “naturale” dei beni pubblici,* in *Annuario Aipda* – 2003, Milano, 2004, 228 ss, il quale correttamente mette in evidenza che “l'onnipotenza del legislatore dovrebbe fermarsi davanti al dato naturale: se è la natura delle cose che determina la qualità pubblica del bene, di questa non può disporre il legislatore”. 73) Così M. RENNA, *La regolazione*, cit., 312 |

 |