



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE DEI CONTI
IN
SEZIONE REGIONALE DI CONTROLLO PER LA
LOMBARDIA

composta dai Magistrati:

| | |
|---------------------------|-------------------------|
| dott. Nicola Mastropasqua | Presidente |
| dott. Giuseppe Zola | Consigliere |
| dott. Gianluca Braghò | Primo Referendario |
| dott. Alessandro Napoli | Referendario |
| dott. Donato Centrone | Referendario |
| dott. Francesco Sucameli | Referendario (relatore) |
| dott. Cristiano Baldi | Referendario |
| dott. Andrea Luberti | Referendario |

nella camera di consiglio del 7 e
del 21 maggio 2013 e del 19 giugno 2013

Visto il testo unico delle leggi sulla Corte dei conti, approvato con il regio decreto 12 luglio 1934, n. 1214, e successive modificazioni;

Vista la legge 21 marzo 1953, n. 161;

Vista la legge 14 gennaio 1994, n. 20;

Vista la deliberazione delle Sezioni riunite della Corte dei conti n. 14 del 16 giugno 2000, che ha approvato il regolamento per l'organizzazione delle funzioni di controllo della Corte dei conti, modificata con le deliberazioni delle Sezioni riunite n. 2 del 3 luglio 2003 e n. 1 del 17 dicembre 2004;

Visto il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 recante il Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali;

Vista la legge 5 giugno 2003, n. 131;

Vista la deliberazione n. 1/pareri/2004 del 3 novembre 2004 con la quale la Sezione ha stabilito i criteri sul procedimento e sulla formulazione dei pareri previsti dall'articolo 7, comma 8, della legge n. 131/2003;

Vista la nota n. 4747 del 15 aprile 2013, con la quale il comune di Mozzate (CO) ha chiesto un parere nell'ambito delle funzioni consultive attribuite alla Sezioni regionali di questa Corte;

Vista l'ordinanza con la quale il Presidente ha convocato la Sezione per l'adunanza odierna per deliberare sulla prefata richiesta;

Udito il relatore, Francesco Sucameli.

OGGETTO DEL PARERE

Il commissario straordinario del comune in epigrafe ha chiesto un parere in ordine al regime proprietario di beni strumentali allo svolgimento di *essential facilities*, segnatamente nel settore del gas.

Il rappresentante dell'ente espone in via preliminare il quadro storico della circolazione giuridica che ha interessato i beni costituenti la rete e le altre dotazioni strumentali al servizio di fornitura del gas.

Tale ricostruzione viene di seguito, brevemente, riportata e sintetizzata.

Nel 1967 il comune concedeva la rete e gli impianti costituenti il gasdotto comunale ad un operatore privato (OFFICINE GAS s.p.a.), in uno con la gestione del servizio di fornitura del gas. La concessione prevedeva per il comune il diritto di riscatto della proprietà di tali assets, da quanto riferito, implicitamente, a titolo gratuito.

In una prima fase, emanate le norme di liberalizzazione del gas (D.lgs. 164/2000) e il nuovo testo unico degli enti locali (D.lgs. 267/2000, da ora innanzi TUEL), segnatamente il 27 gennaio 2001, il comune cedeva il suddetto diritto di riscatto ad OMNIA s.p.a. (società a partecipazione pubblica, di cui il comune possedeva il 30% del pacchetto azionario. Nessuna informazione viene rassegnata sulla residuale proprietà azionaria); l'operazione contemplava per la OMNIA l'obbligo di pagare un controprezzo da corrispondere in danaro ovvero in esecuzione di opere da destinare all'uso pubblico (per un valore totale di € 2.123.670).

Tuttavia, in una seconda fase, il comune istituiva la MOZZATE PATRIMONIO s.r.l. (da ora innanzi, MP), società a partecipazione quasi totalitaria (99%). Niente è stato specificato circa l'eventuale incedibilità del pacchetto azionario. MP ha rilevato le obbligazioni della OMNIA,

acquistando il diritto di riscatto e, per altro verso, si è impegnata a realizzare le opere necessarie all'implementazione e ammodernamento della rete.

Peraltro la proprietà dei beni non rimaneva in MP, la quale, per finanziarsi, cedeva impianti e rete riscattati alla società ING LEASE s.p.a. (da ora innanzi, IL), operatore privato, nel settore del leasing finanziario.

Segnatamente MP conferiva a titolo di *sale&lease-back* la proprietà delle reti e degli impianti, conservando il diritto all'uso delle dotazioni patrimoniali trasferite; per un altro verso il comune di Mozzate garantiva la restituzione del finanziamento con il canone che avrebbe percepito con la concessione del servizio di fornitura del gas; all'uopo veniva revocata la concessione a OFFICINE s.p.a. e veniva bandita una gara per l'assegnazione della concessione, gara per la quale risultava vincitrice ENEL GAS s.p.a..

In terzo luogo, con delibera di Giunta n. 113/2010, il comune decideva di effettuare un'ulteriore ristrutturazione dell'assetto proprietario della rete, deliberando di procedere al riacquisto della rete attualmente in proprietà di IL, avvalendosi del diritto riscatto previsto dal contratto di *leasing* a favore di MP; l'operazione sarebbe finanziata dalla Cassa depositi e prestiti.

A tal fine veniva stipulato un contratto preliminare tra il comune e la società partecipata MP (di cui il comune non riferisce la causa negoziale: vendita di cosa altrui ovvero preliminare di cessione del diritto di riscatto dei beni presso IL etc.); a titolo di acconto per il riacquisto veniva versato un acconto immediato di € 325.000 su un totale di € 2.418.900.

Riassumendo, nel tempo, la proprietà delle reti è passata attraverso tre soggetti privati:

- OFFICINE GAS dal 1967 fino al riscatto effettuato da MP;
- MP, società patrimoniale di rete, soggetto solo formalmente privato, ma sostanzialmente riconducibile al comune di Mozzate in forza di una partecipazione del 99%;
- IL, finanziatore con un *sale&lease-back*, soggetto formalmente e sostanzialmente privato. Il trasferimento della proprietà è avvenuto a scopo di garanzia e finanziamento e solo indirettamente per garantire il funzionamento del servizio.

Al termine dell'operazione, i beni dovrebbero essere acquistati dal comune, ancora una volta, con l'intermediazione dominicale di MP, soggetto formalmente privato.

Tanto premesso in punto di fatto, il comune pone i seguenti quesiti:

1) se sia possibile, in base alla normativa, attualmente vigente in materia, che la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni destinate al servizio di distribuzione del gas, sia riconducibile ad un soggetto diverso dall'ente pubblico;

2) se sia ipotizzabile, in base alla normativa originariamente vigente in materia, un conferimento della proprietà di detti beni ad una società a partecipazione pubblica locale, avente tipologia diversa da una società patrimoniale di rete;

3) se sia ammissibile un riacquisto, da parte del comune, delle dotazioni patrimoniali a suo tempo cedute/conferite a soggetti diversi.

La tesi del comune, rappresentato pro tempore dal commissario straordinario, è che le dotazioni e gli impianti, in quanto beni del patrimonio indisponibile, non avrebbero potuto circolare, ritenendosi invalide le operazioni negoziali effettuate e in corso.

In quest'ottica, l'amministrazione civica richiama i seguenti tre argomenti giuridici:

- a) l'art. 113 del TUEL, come interpretato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 320/2011. In tale sentenza si evidenzia come lo Stato, emanando l'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 (conv. L. n. 133/2008), nell'esercizio delle sue competenze in materia di concorrenza, ordinamento civile, nonché di garante del rispetto dei vincoli comunitari, abbia abrogato, implicitamente, il comma 13, che consentiva il trasferimento della proprietà delle reti a società patrimoniali. Il Legislatore, con l'art. 23-bis ha sancito la proprietà pubblica e quindi (per il combinato disposto con gli artt. 822 e 824 c.c. per i beni appartenenti al demanio accidentale, per l'art. 828 in relazione ai beni appartenenti al patrimonio indisponibile) la necessità dell'appartenenza pubblica e una correlativa inalienabilità (salva la sdemanializzazione o il mutamento di destinazione, nelle forme di legge);
- b) l'art. 14, comma 4, del "Decreto Letta" (D.lgs. n. 164/2000), sul punto, prevede "alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, [...] rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale." Anche nel caso in cui nel periodo di vigenza del contratto di servizio il soggetto gestore abbia effettuato degli investimenti che abbiano prodotto nuovi impianti o nuove parti di esso, tali beni "sono trasferiti all'ente locale alle condizioni stabilite nel bando di gara e nel contratto di servizio". Il comune evidenzia che il Legislatore, pur non manifestandolo esplicitamente, ha espresso un evidente favor nei confronti della proprietà pubblica della rete di distribuzione del gas.
- c) l'art. 2, comma 1, della L.R. Lombardia n. 26/2003 che, nella sua attuale formulazione prevede: «Le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio dei servizi costituiscono dotazione di interesse pubblico. Gli enti locali non possono cederne la proprietà; possono, tuttavia, conferire tale proprietà, anche in forma associata, esclusivamente a società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico incedibile. Le società non possono essere costituite nella forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile. Resta ferma la normativa statale in materia di proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali in capo a società quotate, o da queste partecipate, proprietarie di reti e impianti sul

territorio lombardo. Le società patrimoniali perseguono politiche di responsabilità sociale e redigono il bilancio sociale.».

A sostegno di questa tesi il comune adduce anche argomenti giurisprudenziali, citando:

i) la deliberazione SRC Friuli-Venezia-Giulia n.76/2011/PAR secondo cui il passaggio di un bene indisponibile nel patrimonio disponibile presuppone un fatto sostanziale (il consapevole mutamento di destinazione del bene,) su cui si saldano eventuali altri atti della pubblica amministrazione;

ii) la giurisprudenza amministrativa che consente l'esercizio del diritto di riscatto delle reti, in via anticipata rispetto alla scadenza del contratto, solo in chiave di attuazione delle disposizioni che aprono alla concorrenza per il mercato, nell'ambito del D.lgs 164/2000 (Cons. Stato, sez. V, n. 3817 del 19 luglio 2005);

iii) la giurisprudenza comunitaria che consente la proroga di rapporti concessori solo in funzione della predisposizione di gare ad evidenza pubblica che garantiscano la competizione "per" il mercato (Ceg, sez. II, sentenza n. 347 del 17 luglio 2008, citata in Cons. Stato, sez. V, n. 4873 del 26 luglio 2010)

PREMESSA

La funzione consultiva delle Sezioni regionali è inserita nel quadro delle competenze attribuite alla Corte dei conti dalla legge n. 131 del 2003 (recante la disciplina d'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3).

Pertanto, la prima questione che si pone, riguardo al descritto quesito, è quella del rispetto delle condizioni di legge per accedere alla funzione consultiva della Corte. A tal fine, si rammenta che ai sensi dell'art. 7, comma 8, della citata legge n. 131 del 2003, Regioni, Province e Comuni possono chiedere alle Sezioni regionali, di norma tramite il Consiglio delle autonomie locali, se istituito, pareri in materia di contabilità pubblica, nonché ulteriori forme di collaborazione ai fini della regolare gestione finanziaria, dell'efficienza e dell'efficacia dell'azione amministrativa.

AMMISSIBILITÀ SOGGETTIVA

Con particolare riguardo all'individuazione dell'organo legittimato a inoltrare le richieste di parere dei Comuni, si osserva che, per consolidata giurisprudenza, gli enti elencati dalla legge possono rivolgersi direttamente alla Corte in funzione consultiva, senza passare necessariamente dal Consiglio delle autonomie locali.

Poiché il Commissario straordinario del comune è l'organo istituzionalmente legittimato a rappresentare l'ente pro tempore, la richiesta di parere è proposta dall'organo legittimato a proporla ed è pertanto soggettivamente ammissibile.

AMMISSIBILITÀ OGGETTIVA

Con riferimento alla verifica del profilo oggettivo di ammissibilità del quesito, in primo luogo occorre rammentare che la disposizione contenuta nell'art. 7, comma 8, della legge 131/2003 deve essere raccordata con il precedente comma 7, norma che attribuisce alla Corte dei conti la funzione di verificare il rispetto degli equilibri di bilancio, il perseguimento degli obiettivi posti da leggi statali e regionali di principio e di programma, la sana gestione finanziaria degli enti locali.

Lo svolgimento delle funzioni è qualificato dallo stesso Legislatore come una forma di controllo collaborativo.

Il raccordo tra le due disposizioni opera nel senso che il comma 8 prevede forme di collaborazione ulteriori rispetto a quelle del precedente comma, rese esplicite, in particolare, con l'attribuzione agli enti della facoltà di chiedere pareri in materia di contabilità pubblica. In quest'ottica, appare chiaro che le Sezioni regionali della Corte dei conti non svolgono una funzione consultiva a carattere generale in favore degli enti locali, ma che anzi le attribuzioni consultive "in materia di contabilità pubblica" si ritagliano sulle funzioni sostanziali di controllo collaborativo ad esse conferite dalla legislazione positiva.

Una nozione unitaria di contabilità pubblica è stata delineata dalle Sezioni riunite della Corte dei conti, in sede di coordinamento della finanza pubblica, nell'esercizio della funzione attribuita dall'art. 17, comma 31, del decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78 (convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 2009, n. 102): con la delibera n. 54 del 17 novembre 2010, le SS.RR. hanno delineato tale nozione come incentrata sul "sistema di principi e di norme che regolano l'attività finanziaria e patrimoniale dello Stato e degli enti pubblici", da intendersi in senso dinamico, anche in relazione alle materie che incidono sulla gestione del bilancio e sui suoi equilibri.

Tuttavia, l'inerenza ad una materia di contabilità pubblica non esaurisce i presupposti di ammissibilità oggettiva di un quesito, presupposti che vanno ricavati, oltre che dalla lettera della legge, dalla natura della funzione consultiva. Essi vanno stabiliti in negativo, delineando il rapporto tra tale funzione e, da un lato, l'attività amministrativa, dall'altro, la funzione giurisdizionale civile, penale, amministrativa e contabile.

Rispetto all'attività amministrativa, questa Sezione, in più occasioni, ha riconosciuto che la funzione di cui al comma 8 dell'art. 7 della Legge n. 131/2003, è una facoltà conferita agli amministratori di Regioni ed enti locali per consentire loro di avvalersi, nello svolgimento delle

funzioni loro intestate, di un organo neutrale e professionalmente qualificato, in grado di fornire gli elementi di valutazioni necessari ad assicurare la legalità della loro azione: è innegabile che i pareri e le altre forme di collaborazione si inseriscono nello svolgimento dei procedimenti degli enti territoriali consentendo, nelle tematiche in relazione alle quali la collaborazione viene esercitata, scelte adeguate e ponderate.

Peraltro, la stessa giurisprudenza contabile ha puntualmente rammentato che dalla funzione consultiva resta esclusa qualsiasi forma di cogestione o co-amministrazione con l'organo di controllo esterno (cfr. ex multis parere sez. Lombardia, 11 febbraio 2009, n. 36). Quindi, i quesiti, oltre a riguardare una questione di contabilità pubblica, devono avere carattere generale ed essere astratti, cioè non direttamente funzionali all'adozione di specifici atti di gestione, che afferiscono alla sfera discrezionale della potestà amministrativa dell'ente.

In secondo luogo, oltre a non intervenire nell'attività amministrativa nei termini predetti, tale funzione consultiva non deve sovrapporsi con l'esercizio di altre funzioni di controllo della Corte, né tantomeno interferire con l'esercizio di funzioni giurisdizionali (in sede civile, penale, amministrativa o contabile).

Con specifico riferimento alla richiesta oggetto della presente pronuncia, la Sezione ritiene ammissibile il primo quesito, nella misura in cui interroga questa Sezione sul regime proprietario (e quindi sul titolo di iscrizione contabile nel patrimonio dell'ente) dei beni che costituiscono la rete e gli impianti per la fornitura del gas.

Diversamente, non ritiene ammissibili gli altri due quesiti che, rispettivamente, facendo riferimento al quadro normativo *illo tempore* vigente, ovvero ad una fattispecie negoziale concreta e in corso di completamento, da un lato mirano a conoscere della legittimità o illegittimità dell'operazione a suo tempo compiuta, realizzando un atipico e non ammesso controllo successivo di legittimità, dall'altro si traducono in una richiesta di cogestione dell'operazione.

MERITO

1. Con il quesito oggetto della presente pronuncia consultiva, il comune chiede di conoscere se sia ammissibile la proprietà di beni e impianti strumentali all'esercizio del servizio pubblico di erogazione del gas in capo a soggetti diversi dall'ente pubblico concedente.

In buona sostanza, chiede di conoscere se e a quali condizioni sia alienabile la rete a soggetti privati, siano essi società patrimoniali di rete, a partecipazione pubblica, ovvero società esercenti attività diversa dal servizio pubblico.

Nella recenti delibere di questa Sezione n. 61/2013/PRSE e n. 66/2013/PAR la questione del conferimento di patrimonio pubblico a società patrimoniali è stata affrontata

approfonditamente e, pertanto, a tali decisioni si fa rinvio per l'analisi delle questioni non espressamente affrontate nella presente pronuncia.

Nell'ambito della disciplina pubblicistica, peraltro, non esiste né una definizione, né una specifica trattazione delle società patrimoniali.

Convenzionalmente, le società patrimoniali sono persone giuridiche di diritto privato, il cui capitale è interamente pubblico e il cui compito è quello di gestire in maniera economica le dotazioni patrimoniali conferite, valorizzandole.

Secondo una nozione più specifica, sono società "patrimoniali di reti" quelle detentrici delle reti e/o di altri assets funzionali all'erogazione di servizi pubblici.

Nella prassi si può verificare che alle società patrimoniali di reti sia demandata non solo la gestione del patrimonio comunale con la relativa attività strumentale di manutenzione, ma anche l'attività di gestione dei servizi pubblici.

In senso stretto (e molto spesso, nella prassi), infatti, la società patrimoniale non produce beni o servizi, ma è un ente costituito per la mera gestione e manutenzione del patrimonio conferito, per il godimento diretto ovvero per la concessione in godimento, contro un canone o un prezzo, dei beni conferiti (oggetto sociale sulla cui legittimità, peraltro, la comunità degli interpreti ha opposto forti dubbi di legittimità per contrasto con la prescrizione di cui all'art. 2248 c.c.).

Si definisce, altresì, società (patrimoniale) "operativa" quella a cui è demandata la possibilità di effettuare interventi sul patrimonio medesimo, in termini incrementativi o modificativi. Le opere di intervento vengono realizzate direttamente dalla società, di norma a capitale interamente pubblico, o vengono affidate esternamente nel rispetto dei principi dell'evidenza pubblica, mantenendo in capo alle società medesime l'attività di monitoraggio sull'andamento dei lavori.

2. Appare peraltro opportuno ricostruire, diacronicamente, il quadro normativo in tema di società patrimoniali, in grado di fornire al comune coordinate ed elementi di valutazione della fattispecie rappresentata.

In termini di diritto positivo, il riferimento, ormai storico (in quanto trattasi di norma implicitamente abrogata, cfr. *infra*) resta il comma 13 dell'art. 113 TUEL secondo cui: «*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».

L'inciso che consentiva espressamente la cessione di reti a società patrimoniali era stato introdotto nell'art. 113 TUEL, dapprima ad opera dell'art. 35 della legge 28 dicembre 2001, n. 448 comma 1 (a condizione si trattasse di società con capitale a maggioranza pubblico e incedibile) ed era stato poi successivamente novellato dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269 (convertito con modificazioni dalla L.24 novembre 2003, n. 326), affermando la necessità che la partecipazione pubblica non fosse solo maggioritaria, ma totale.

Per contro, nel 2008, venne espressamente sancito il principio della "proprietà pubblica delle reti", con l'eccezione peraltro di alcuni settori, tra cui il gas (commi 5 e 1 dell'art. 23-bis della D.L. 25 giugno 2008, n. 112, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2008, n. 133); le norme appena richiamate affermavano (senza specificazioni) la "proprietà pubblica" delle reti e prevedevano che la gestione potesse essere affidata a soggetti privati (separazione tra proprietà e gestione).

Il comma 11 dell'art 23-bis prevedeva, altresì, l'abrogazione tacita, per incompatibilità, delle varie disposizioni del 113 TUEL.

Secondo l'autorevole interpretazione della Corte costituzionale (sent. n. 320/2011) tale norma avrebbe implicitamente abrogato il comma 13 dell'art. 113 TUEL, in quanto si riteneva incompatibile la nozione di "proprietà pubblica" con la cessione delle reti a soggetti formalmente privati, quali le società.

Ciò in quanto il capitale pubblico della società, per quanto incedibile, non assicura, con necessità, la titolarità del patrimonio, che invece sarebbe liberamente cedibile in spregio all'inalienabilità sottesa al principio della "proprietà pubblica".

Pertanto, laddove un bene fosse entrato nel patrimonio pubblico (si rammenta che le reti non ne fanno parte "per necessità", ma solo "accidentalmente" ove siano acquistati in proprietà da un ente pubblico) vengono assoggettati alla disciplina del demanio (ad esempio la rete idrica) o del patrimonio indisponibile (in quanto beni destinati a pubblico servizio, art. 826, comma 3, c.c.).

In definitiva, la Corte costituzionale ha ritenuto che ove sia disposto il regime dell'inalienabilità – sancito indistintamente dall'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008, tanto per i beni-rete demaniali che del patrimonio indisponibile – il conferimento dei beni-rete a società patrimoniali non sia ammissibile, in quanto la proprietà pubblica del bene va distinta dalla proprietà pubblica del capitale sociale.

Successivamente, l'art. 23-bis, è stato abrogato dal referendum del giugno 2011. Si tratta di un dato rilevante perché ha determinato la riespansione della disciplina di diritto comune concernente i beni del patrimonio indisponibile, per il venir meno della disciplina specifica che sanciva l'inalienabilità delle reti (quale corollario del c.d. principio della "proprietà

pubblica"). Infatti, l'inalienabilità assoluta, come si vedrà nel prosieguo, è caratteristica generale del regime di diritto comune dei soli beni demaniali, non dei beni del patrimonio indisponibile.

La disciplina speciale per i beni-rete destinati a servizi pubblici locali (comportante l'inalienabilità) viene peraltro nuovamente introdotta dal D.L. 13 agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, il cui art. 4 riproduceva l'art. 23-bis (in particolare, il comma 12 dell'art. 4 riproduceva sostanzialmente il comma 5 dell'art. 23-bis).

Con la sentenza della Corte Costituzionale n. 199 del 2012, infine, è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 D.L. n. 138/2011, relativo ai servizi pubblici locali in quanto violativo dell'art. 75 della Costituzione.

3. in definitiva, alla luce di quanto premesso in punto di disciplina di settore, concernente i beni-rete strumentali a servizi pubblici locali, occorre indagare in che termini sia possibile il conferimento delle reti a società patrimoniali ovvero a soggetti diversi da enti pubblici, tenuto conto che:

- l'art. 113, comma 13, TUEL è stato abrogato dall'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008. Né si può sostenere che tale disposizione sia entrata nuovamente in vigore per effetto dell'abrogazione referendaria e poi della sent. C. cost. n. 199/2012, per il principio, ormai incontestabilmente affermato (cfr. sent. C. cost. 13/2012), che nega reviviscenza alle norme abrogate;
- è venuta meno la norma speciale che, imponendo la "proprietà pubblica" delle reti strumentali ai servizi pubblici locali, sanciva l'inalienabilità delle stesse.

Gli indici normativi devono essere pertanto tratti direttamente dalla disciplina di diritto comune, che differenzia il regime dei beni pubblici a seconda che i beni siano riconducibili al novero dei beni "demaniali" o del "patrimonio indisponibile". In proposito si rammenta che i beni-rete costituiscono in ogni caso parte del patrimonio pubblico "accidentale" (cioè solo in caso di acquisto della proprietà da parte di un ente pubblico) e che la loro disciplina si rinvia:

- nel regime del demanio ove rientrino nell'elencazione tassativa di cui agli artt. 822 e 824. Per tali beni vige contemporaneamente un divieto di alienazione e di etero-destinazione, se non nelle forme di legge.

L'art. 829 c.c., infatti, dispone che "*il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato deve essere dichiarato dall'Autorità amministrativa. Dell'atto deve essere dato annuncio nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica*". Pertanto, la sdemanializzazione non può desumersi dalla sola circostanza che un bene non sia più adibito da lungo tempo ad uso pubblico, ma è ravvisabile solo in presenza di atti e fatti che evidenzino in maniera

inequivocabile la volontà della Pubblica Amministrazione di sottrarre il bene a detta destinazione e di rinunciare definitivamente al suo ripristino (cfr. Cass. Civ., sez. II, sentenza 30 agosto 2004, n. 17387; T.A.R. Abruzzo-Pescara, sentenza 17 ottobre 2005, n. 580);

- nel regime del "patrimonio indisponibile" ove si tratti di beni effettivamente "destinati a un pubblico servizio" (art. 826, comma 3). Proprio grazie a questo riferimento, l'elencazione dei beni del patrimonio indisponibile, a differenza dei beni demaniali, costituisce un catalogo aperto. In virtù della richiamata accidentalità, per l'ascrizione di un bene-rete al patrimonio indisponibile è necessaria la contemporanea convergenza di due elementi: uno soggettivo, cioè la proprietà di un ente pubblico (anche non territoriale) e, uno oggettivo, ovvero la destinazione ad un pubblico servizio. I beni-rete, sussistendo entrambi i presupposti, sono assoggettati al regime di cui al comma 2 dell'art. 828 c.c., il quale, succintamente, si limita a prevedere che essi «non possono essere sottratti alla loro destinazione, se non nei modi stabiliti delle leggi che li riguardano».

Le Sezioni Unite della Cassazione (sentenza n. 3811 del 16 febbraio 2011) hanno di recente ribadito che "i beni patrimoniali indisponibili, a differenza dei beni demaniali, sono commerciabili, ma sono gravati da uno specifico vincolo di destinazione all'uso pubblico, pur potendo formare oggetto di negozi traslativi di diritto privato."

Detto in altri termini, a differenza dei beni demaniali, i beni del patrimonio indisponibile possono essere acquistati in proprietà (oppure essere oggetto di diritti reali o personali di godimento) da parte di terzi, purché ne sia fatta salva la destinazione: ai sensi dell'art. 828, comma 2, c.c., dunque, incommerciabile non è la proprietà bensì soltanto la loro destinazione. Detto in altri termini la "indisponibilità" dei beni non attiene alla loro titolarità (inalienabilità), ma alla concreta destinazione degli stessi a alla "piena disponibilità" del beni stessi alla funzione/servizio cui sono destinati.

Per questo, la giurisprudenza ha escluso l'usucapione della proprietà o di altri diritti reali nella misura in cui l'acquisto si ponga in contrasto con la specifica finalità del bene (nel caso la funzione di soddisfare il bisogno primario di abitazione da parte di soggetti non abbienti, cfr. Cass. n. 1268/2002); è stata per le stesse ragioni esclusa la pignorabilità e l'esecuzione forzata di tali beni (cfr. Cass. Civ., sez., sez. III, sentenza 10 luglio 1986, n. 4496; sez. I, sentenza 16 novembre 2000, n. 14847; sez. III, sentenza 21 giugno 2011 n. 13585) in quanto tali beni sono tratti alla funzioni di garanzia svolta dal patrimonio ai sensi dell'art. 2740 c.c., ritenendosi la stessa in contrasto con la funzione pubblica cui sono destinati.

Di conseguenza la validità o invalidità del negozio di alienazione di beni del patrimonio indisponibile dipenderà dalle caratteristiche della sua causa concreta e dalla qualità della controparte. Detto in altri termini, non sono ammessi effetti giuridici o atti di alienazione che contrastino con il risultato voluto dalla legge, ovvero, che il bene sia "necessariamente" conservato alla sua destinazione.

In proposito, si rammenta altresì che la giurisprudenza civile e amministrativa afferma in modo consolidato che, a prescindere dalla qualificazione giuridica attribuita dalle parti al rapporto giuridico da esse posto in essere, c.d. "*nomen iuris*", è solo la natura del bene che influenza e determina la natura del rapporto giuridico di gestione (Consiglio di stato, sez. V, 6 dicembre 2007, n. 6265; Corte cassazione, sez. V, sentenza 31 agosto 2007, n. 18345; Corte cassazione, sez. III, sentenza 19 maggio 2000, n. 6482).

3.1. Sulla base di quanto premesso circa il vincolo della "indisponibilità" (interpretato come vincolo di incommerciabilità funzionale e non dominicale) dottrina e giurisprudenza hanno per esempio ritenuto ammissibile la cessione di beni del patrimonio indisponibile tra enti pubblici.

In linea con questo assunto dogmatico, il Legislatore, spingendosi oltre, con riferimento al conferimento di beni a società patrimoniali, aveva richiesto che l'alienazione avvenisse solo a favore di società formalmente private, ma interamente pubbliche quanto a partecipazione azionaria e a capitale incedibile.

Fermo restando il connotato generale della "indisponibilità", l'"inalienabilità" può essere disposta, per particolari categorie di beni del patrimonio indisponibile sulla base di una specifica disposizione di legge: *ex multis*, si possono citare i casi delle cose d'interesse storico, archeologico, paleontologico, paleontologico ed artistico ritrovate nel sottosuolo (che in quanto beni culturali sono assoggettati alla specifica disciplina di cui agli artt. 53 D.lgs. 42/2004, c.d. Codice dei beni culturali) o dei documenti e le scritture degli enti pubblici nonché gli atti notarili (art. 9 L. 22 dicembre 1939, n. 2006).

Per i beni-rete, il vincolo dell'inalienabilità ha affiancato quello dell'indisponibilità nel periodo sopra tratteggiato, tra il 2008 e il 2011, con alcuni esclusioni significative, tra cui il gas (cfr. commi 1 e 34, rispettivamente dell'art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 e dell'art. 4 del D.L. n. 138/2011, che disponevano «*Sono fatte salve le disposizioni del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, e dell' articolo 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, in materia di distribuzione di gas naturale*»). Da qui, il dettato interpretativo della Corte costituzionale (sent. 320/2011), che ha ritenuto la cessione a società patrimoniali di reti incompatibile con il vincolo specifico dell'inalienabilità.

In conclusione: 1) la disciplina generale e di diritto comune consente la circolazione, verso soggetti diversi dell'ente pubblico, sia pure col limite della indisponibilità funzionale, dei beni del patrimonio indisponibile e tra questi dei beni-rete; 2) pertanto l'abrogazione della norma speciale che ammetteva, a determinate condizioni, il conferimento delle reti a società patrimoniali (comma 13 dell'art. 113 TUEL) non esclude – data la caducazione della norme che sancivano la necessaria "proprietà pubblica" – la conferibilità a tali soggetti di beni del patrimonio indisponibile (come già evidenziato in SRC Lombardia n. 61/2013/PRSE); 3) in caso

di conferimento a società patrimoniali di tali beni, è fatto salvo l'onere, per il socio pubblico, di predisporre tutti i meccanismi negoziali (a livello statutario o convenzionale) ed esercitare tutti i poteri atti a garantire la destinazione effettiva del bene all'utilità pubblica.

Infine, 4) non è esclusa la possibilità di trasferire tali beni a terzi soggetti, anche privati, purché il titolo di conferimento, non contrasti, in punto causale, con il mantenimento dei beni alla funzione cui sono destinati, in ragione della quale la legge stabilisce l'impignorabilità (cfr. l'art. 514 c.p.c.; per i beni immobili Cass. Civ. sez. III, sentenza 21 giugno 2011 n. 13585) e la sottrazione degli stessi a funzioni di garanzia di crediti.

4. Tanto premesso in generale, occorre soffermarsi sulla disciplina speciale predisposta dal Legislatore per le reti del gas. La specialità della materia è più volte evidenziata nell'ordinamento, a partire dal vigente testo dell'art. 113 TUEL (ovvero, delle disposizioni che sono sopravvissute agli ultimi interventi del legislatore e al vaglio di legittimità del Giudice costituzionale), che al comma 1 afferma che *«restano esclusi dal campo di applicazione del presente articolo i settori disciplinati da decreti legislativi 16 marzo 1999, n. 79, e 23 maggio 2000, n. 164.»*.

Pertanto, al fine di ricostruire correttamente la disciplina della commerciabilità dei beni e delle dotazioni della rete del gas, occorre individuare le fonti che ne dettano la particolare disciplina, al fine di ricavare gli indici normativi necessari a dare risposta ai quesiti di cui alla presente pronuncia.

In primo luogo, ovviamente, occorre fare riferimento al c.d. decreto "Letta", emanato per l'attuazione della direttiva n. 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'articolo 41 della legge 17 maggio 1999, n. 144, il quale (art 16, comma 7) dispone che *«per quanto non espressamente previsto dal presente decreto in materia di distribuzione si applicano le norme vigenti in materia di servizi pubblici locali»*.

In materia, per altro verso, viene in considerazione anche la disciplina regionale lombarda, segnatamente l'art. 2 della Legge regione Lombardia 2 dicembre 2003, n. 26, recante la *"Disciplina dei servizi locali di interesse economico generale. Norme in materia di gestione dei rifiuti, di energia, di utilizzo del sottosuolo e di risorse idriche"*.

Infatti, l'art. 117 della Costituzione riconosce alle Regioni potestà legislativa concorrente in materia di "produzione, trasporto e distribuzione nazionale di energia", fermi restando i limiti generali dell'attività legislativa regionale costituiti dal rispetto della Costituzione, dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, della L.R. Lombardia n. 26/2003, nella sua attuale formulazione,: *«Le reti, gli impianti e le altre dotazioni patrimoniali destinati all'esercizio dei servizi costituiscono dotazione di interesse pubblico. Gli enti locali non possono cederne la proprietà; possono, tuttavia, conferire tale proprietà, anche in forma associata, esclusivamente*

a società di capitali con la partecipazione totalitaria di capitale pubblico incredibile. Le società non possono essere costituite nella forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile. Resta ferma la normativa statale in materia di proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali in capo a società quotate, o da queste partecipate, proprietarie di reti e impianti sul territorio lombardo. Le società patrimoniali perseguono politiche di responsabilità sociale e redigono il bilancio sociale.».

In prima apparenza, la norma sembra sancire un vincolo di inalienabilità generale, anche per i beni di cui alla rete del gas, a prescindere dalla disciplina statale. Il Collegio non ritiene accoglibile questa interpretazione per le considerazioni di seguito esposte.

La richiamata disciplina regionale, infatti, si muove entro il sottile confine delle competenze statali e regionali (esclusive e concorrenti) in materia di beni pubblici.

In primo luogo, bisogna ricordare che la categoria dei beni pubblici costituisce una species della più ampio genus dei "beni di interesse pubblico". Nel genere citato ricadono tanto i beni di enti pubblici che i beni di privati (di pubblico interesse) che soddisfano "direttamente" un interesse pubblico (e non indirettamente, come ciascun bene è potenzialmente in grado di fare, in ragione della "funzione sociale" della proprietà, art. 42 Cost.), assoggettati, nel rispetto del principio di legalità, ad una disciplina pubblicistica. Si tratta di normative che funzionalizzano il dominio sul bene ad uno specifico interesse pubblico, come, ad esempio, le comunicazioni (cfr. per strade vicinali e le autostrade D.lgs. n. 285/1992 c.d. "Codice della Strada"), la produzione (cfr. per l'estrazione mineraria il R.D. n. 1443/1927), la cultura (cfr. la già citata discipline per i "beni culturali" di cui al D.lgs 42/2004), e via di seguito, per cui sono stabiliti limiti conformativi al potere di godere e di disporre del bene in via esclusiva.

Si deve ritenere, pertanto che l'indistinto riferimento alla "dotazione patrimoniale destinata all'esercizio di servizi" faccia riferimento a questa indistinta categoria di genere (comprensiva dei beni privati di interesse pubblico, dei beni del patrimonio disponibile e del demanio).

In secondo luogo, il Giudice delle leggi ha chiarito nella sentenza n. 31/2006 (emanata in sede di conflitto di attribuzioni, in una vicenda attinente alla disciplina delle sdemanializzazioni) che spetta allo Stato definire lo statuto proprietario dei beni ai sensi dell'art.117, comma 2, lett. I (ordinamento civile), ma anche alla luce dell'art. 119 Cost. u.c.. Residua alle regioni il potere di gestire i ridetti beni, nell'esercizio della altre competenze, tra cui quella concorrente di "governo del territorio".

Del resto, in armonia con questa ricostruzione dell'assetto delle competenze, è la stessa legge regionale a dire che «*Resta ferma la normativa statale in materia di proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni patrimoniali in capo a società quotate, o da queste partecipate, proprietarie di reti e impianti sul territorio lombardo*».

Date queste premesse, l'inciso secondo cui «*Gli enti locali non possono cederne la*

proprietà» non può che muovere dal presupposto che lo statuto giuridico del bene è quello stabilito per tale tipo di beni dallo Stato (inalienabilità generale per i beni del demanio, speciale, cioè solo ove prevista, in caso di beni del patrimonio indisponibile). Pertanto gli enti locali non possono cederne la proprietà, se così è previsto dalla legge statale, espressamente fatta salva dalla legge regionale.

Si tratta dunque di vedere qual è, in punto di alienabilità, la disciplina giuridica delle reti considerati, nel caso in trattazione, la specifica disciplina prevista per i beni-rete del gas.

Una diversa interpretazione, in base alla quale si attribuirebbe alla legge regionale una statuizione di generale incedibilità, sarebbe del resto contrastante dal quadro costituzionale delle competenze delineato dal Giudice delle leggi e con il principio ermeneutico, ormai pacifico, secondo cui tra più interpretazioni si deve preferire quella che porta ad un'attribuzione di senso compatibile con la Costituzione (principio affermato per la prima volta dalla sentenza n. 456 del 1989, poi perfezionato in importanti passaggi ermeneutici, cfr. ex multis le sentenze n. 356 del 1996 e la n. 147 del 2008, e ormai *ius receptum*).

5. Delineato il quadro normativo di riferimento, occorre passare all'analisi, nel dettaglio, della disciplina contenuta nel decreto "Letta" con specifico riguardo alle reti del gas.

La disciplina contenuta in tale centrale fonte normativa persegue la liberalizzazione del settore mediante il principio generale della necessità della gara per l'affidamento del servizio e della durata limitata (al massimo dodicennale) della relativa concessione, cfr. l'art. 14, comma 1. Tale disciplina, pertanto, va integrata con quella di cui all'art. 46-bis del decreto-legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222, norma che rinvia all'adozione di un decreto ministeriale per la fissazione di "criteri" oggettivi e unitari per la costruzione dei bandi di gara e la valutazione dell'offerta dei concorrenti, anche nell'ottica di favorire gli standard qualitativi e lo sviluppo degli impianti (sul tema, cfr. l'art. 14, comma 6 del "Decreto Letta").

La disciplina in questione, nota anche come "decreto criteri", è stata adottata con il decreto Ministero dello Sviluppo Economico 12 novembre 2011, n. 226. In quest'ambito, l'amministrazione, in funzione di soggetto regolatore, detta i canoni che presiedono al passaggio di proprietà degli impianti e dei corrispettivi pretendibili, nel rispetto della disciplina generale e di quella speciale dettata dal decreto "Letta" (art. 7).

Tanto premesso, considerato che è lo stesso art. 14, comma 1, del "Decreto Letta" a stabilire che «*L'attività di distribuzione di gas naturale è attività di servizio pubblico*», la riconduzione delle reti-gas nella categoria del patrimonio indisponibile (di cui all'ultimo inciso dell'art. 826, comma terzo, c.c.) è data per pacifica in giurisprudenza (cfr. in tal senso TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza 16 marzo 2010, n. 1256; TAR Lombardia, Brescia, sez. II, sentenza 24 agosto 2009, n. 1564; TAR Lombardia, Brescia, sez. I, sentenza 11 giugno

2007, n. 490; TAR Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 24 ottobre 2005, n. 3893).

In secondo luogo, è evidente che - con riferimento al servizio pubblico in oggetto - se da un lato, è teoricamente agevole individuare il tema autonomo della proprietà delle reti, dall'altro, il profilo della gestione delle reti finisce col confondersi con quello dell'erogazione del servizio; infatti, la disciplina di settore, nel descrivere i confini e le modalità di gestione del servizio pubblico di distribuzione del gas non introduce alcuna separazione tra i due concetti, ben sapendo che, in concreto, la gestione della rete è parte integrante dell'erogazione del servizio. Non a caso il Legislatore dei non più vigenti art. 23-bis del D.L. n. 112/2008 e poi dell'art. 4 D.L. n. 138/2011, mentre introduceva il generale divieto di cessione delle reti pubbliche, dall'altro prevedeva l'espressa esclusione del settore del gas (cfr. *supra*), lasciando intendere che il regime della "proprietà pubblica" delle reti era derogabile in relazione a beni che, per le caratteristiche intrinseche di servizio e gli investimenti richiesti sulle infrastrutture, fossero inscindibili dalla gestione del servizio stesso

Per altro verso, e in terzo luogo, si deve ricordare che i beni e gli impianti che costituiscono la rete del gas possono costituire parte, originariamente, del patrimonio dei privati, e tali rimanere anche se destinati ad un pubblico servizio. Le reti e gli impianti in questione, infatti, ricadono solo eventualmente nel patrimonio pubblico (patrimonio indisponibile, appunto, "accidentale"). Per contro, anche se non ricadenti nel patrimonio pubblico e assoggettati al relativo regime, i beni della rete-gas sono soggetti ad una disciplina speciale, poiché ove il privato sia titolare di una concessione pubblica, in caso di cessazione della stessa, è tenuto a trasferirne la proprietà ai soggetti stabiliti dall'ordinamento; detto in altri termini la rilevanza pubblica dei beni costituisce il sostrato di fattispecie legislative, sulla base delle quali sorge un obbligo legale a contrarre (per il trasferimento della proprietà) verso la pubblica amministrazione o verso il nuovo concessionario..

In proposito si rammenta che il regime proprietario delle reti e degli impianti del gas è fissato dal comma 4 dell'art. 14 del D.lgs. 164/2000 secondo il quale: «*Alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, nonché gli impianti e le dotazioni dichiarati reversibili, rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale. Gli stessi beni, se realizzati durante il periodo di affidamento, sono trasferiti all'ente locale alle condizioni stabilite nel bando di gara e nel contratto di servizio*».

La *ratio* della norma è quella di garantire al soggetto incaricato della gestione del servizio la disponibilità delle infrastrutture a ciò necessarie; essa, peraltro, non si preoccupa d'individuare nello specifico i rapporti giuridici in base ai quali tale meccanismo si concretizza.

In altri termini, il Legislatore ha privilegiato l'aspetto funzionale preoccupandosi di creare un rapporto indissolubile tra servizio ed impianti di modo che questi siano posti nella disponibilità del soggetto chiamato a gestire il primo, lasciando tale compito al contratto di servizio.

Alla stregua della disposizione sopra richiamata è dunque possibile distinguere un duplice regime proprietario:

a) da un lato, quello degli impianti e delle reti che vengono realizzati dal gestore del servizio durante il periodo di affidamento;

b) dall'altro lato, quello degli impianti e delle reti preesistenti all'affidamento (già di proprietà pubblica ovvero del precedente gestore).

Per quanto concerne i beni di cui alla lett. a), si tratta, con tutta evidenza della conferma della regola sopra richiamata, secondo cui quei beni che solo potenzialmente sono ascrivibili al patrimonio pubblico (indisponibile e accidentale), per essere tali, devono contemporaneamente essere caratterizzati dal concorso di due elementi: quello oggettivo, (ovvero, nel caso delle reti, la destinazione ad un pubblico servizio), e quello soggettivo, (ovvero la titolarità degli stessi beni in capo ad un ente pubblico); e infatti la mera destinazione di un bene ad un pubblico servizio, per quanto effettiva, non comporta l'automatico acquisto dello stesso al patrimonio pubblico né tantomeno la sua indisponibilità.

La disciplina citata, infatti, non persegue la pubblicità della rete in quanto tale, ma mira ad assicurare la piena destinazione dei beni alla loro funzione, stabilendo che la proprietà degli *assets* costruiti, realizzati o acquistati durante la concessione passi all'ente concedente solo a fine concessione: infatti, «Gli stessi beni, se realizzati durante il periodo di affidamento, sono trasferiti all'ente locale alle condizioni stabilite nel bando di gara e nel contratto di servizio».

Come è noto, infatti, la gestione del servizio comporta spesso importanti finanziamenti sulla rete, tali per cui, rispetto alla dotazione di beni iniziali (eventualmente concessi in disponibilità dall'ente pubblico), si verificano di norma incrementi o migliorie (quindi l'acquisto in proprietà di ulteriori beni che vanno a integrare la rete iniziale); per tale ragione il gestore diviene proprietario di una "porzione" della rete il cui costo d'investimento viene ammortizzato con i ricavi della gestione ovvero tramite un indennizzo previsto a fine concessione.

Il Legislatore, peraltro, mostrando un deciso *favor* per l'acquisizione delle reti-gas in proprietà pubblica, ha stabilito un vero e proprio obbligo di legge a trasferire la proprietà di tali beni (verso la p.a. a fine concessione), conferendo agli stessi (anche quando beni non ricadenti nel patrimonio pubblico) il carattere di "beni privati di interesse pubblico". Le condizioni economiche di questo trasferimento sono ricavabili dal c.d. "decreto criteri" (artt. 5 e 6). La *ratio* dell'obbligo di trasferimento è quello di garantire all'ente locale la massima disponibilità dei beni per assicurare, in sede di successivo affidamento, l'agevole ingresso sul mercato dei concorrenti che partecipano alla gara.

In alternativa, infatti, tale obbligo sussiste per il nuovo aggiudicatario, in modo da legare la proprietà di tali cespiti alla funzione cui sono destinati. L'art. 14 comma 8 del "Decreto Letta", in proposito, prevede che il nuovo gestore «è tenuto a corrispondere al distributore uscente una somma in misura pari al valore di rimborso per gli impianti la cui

proprietà gli è trasferita» (nonché a subentrare nelle garanzie e nelle obbligazioni relative ai contratti di finanziamento in essere o ad estinguere queste ultime).

Per quanto concerne la disciplina degli altri beni di cui all'ipotesi sub b) (quelli già di proprietà dell'ente, di una società patrimoniale o trasferiti dal precedente concessionario a quello cessante), la norma si limita a stabilire che «Alla scadenza del periodo di affidamento del servizio, le reti, nonché gli impianti e le dotazioni dichiarati reversibili, rientrano nella piena disponibilità dell'ente locale».

A bene vedere il concetto di “disponibilità” è direttamente evocativo del sopra esposto e richiamato regime giuridico caratteristico dei beni del patrimonio indisponibile il quale, come si è visto, ammette la commerciabilità del bene (alienabilità) ma non della destinazione (indisponibilità).

In un caso, beni trasferiti un gestore all'altro, si verifica una situazione analoga a quella di cui alla lett. a (beni acquistati in proprietà direttamente dal gestore uscente).

Dalla lettura di tale norma, in combinato disposto con la di seguito illustrata disciplina regolamentare, emerge come il Legislatore stabilisca una serie di obblighi di trasferimento, a favore del subentrante e/o dell'ente locale, demandando all'ente pubblico il ruolo di supervisore delle condizioni di trasferimento, agganciando lo stesso a criteri oggettivi (stabiliti col suddetto “decreto criteri”. In questo contesto l'ente locale svolge la funzione di “arbitro” (*rectius*, di arbitratore) nelle determinazione delle condizioni di cessione dei beni tra gestore uscente e quelli del futuro vincitore della gara, in base ai principi della buona amministrazione e diligenza, senza che ciò abbia ripercussioni sulle rispettive politiche di investimento dei concorrenti.

Nell'altro caso, reti già pubbliche o comunque in proprietà a società patrimoniali di reti, si tratta di rientrare nella disponibilità materiale e giuridica dei beni.

Le due ipotesi sono contemplate dall'art. 7 del “decreto criteri”, rubricato “proprietà degli impianti”.

In presenza di beni originariamente in proprietà dell'ente, ceduti in concessione con l'obbligo di devolvere/riscattare a titolo gratuito gli stessi a fine affidamento (di norma la gratuità della devoluzione è prevista quando si prevede che i ricavi della gestione, per il tempo della concessione, saranno in grado di ammortizzare gli investimenti), l'art. 7 comma 1 prevede il riacquisto della proprietà all'ente (salvo indennizzo in caso di devoluzione anticipata). Si tratta di una conferma, sia pure regolamentare, della compatibilità delle alienazioni della proprietà con il regime di bene del patrimonio indisponibile, in presenza di un sistema, contrattuale e legale, che comunque assicuri la permanente destinazione dei beni all'utilità pubblica (grazie alla devoluzione di fine concessione, con il riacquisto, a fine affidamento, della “piena disponibilità” in capo all'ente locale dei beni strumentali).

«Nei casi differenti da quelli del comma 1», vale a dire quelli in cui è prevista la devoluzione onerosa, ovvero nei casi in cui la proprietà dell'impianto è rimasta «dell'Ente locale concedente o di una società patrimoniale delle reti», «il gestore uscente cede la proprietà della propria porzione di impianto [n.d.r. ovvero i beni acquistati o realizzati durante la concessione] al gestore subentrante, previo pagamento da parte di questo ultimo del valore di rimborso di cui all'articolo 5 o 6. Il gestore subentrante mantiene la proprietà di tale porzione per la durata dell'affidamento, con il vincolo di farla rientrare nella piena disponibilità funzionale dell'Ente locale concedente alla fine del periodo di affidamento, nel rispetto di quanto previsto dal presente regolamento e dal contratto di servizio».

La disposizione costituisce la conferma del *favor* per la proprietà pubblica delle rete (con l'obbligo a trasferire la proprietà della stessa a fine della nuova concessione) e allo stesso tempo che i beni della rete assumono rilievo quantomeno come "beni privati di interesse pubblico", se non transitati dalla proprietà dell'ente (qualificazione cui si ricollegano i sopra descritti obblighi legali a contrarre). Inoltre, la norma conferma che la proprietà di tali beni deve circolare in associazione allo svolgimento del servizio.

6. In definitiva, la disciplina del decreto "Letta" e del decreto "criteri", essendo posta in chiave di liberalizzazione e promozione della concorrenza si mostra neutra rispetto al regime di proprietà della rete di distribuzione del gas e consente la circolazione da e verso privati, ferma restando la loro destinazione funzionale (attraverso la circolazione del bene pubblico unitamente alla gestione della rete). Al termine del periodo di affidamento o concessione, infatti, le infrastrutture rientrano comunque nella piena disponibilità dell'ente locale che è tenuto ad organizzare una procedura ad evidenza pubblica per l'individuazione del nuovo gestore. I presunti vantaggi derivanti dalla proprietà degli impianti sono, infatti, totalmente sterilizzati da una regolamentazione di settore pervasiva (leggi e provvedimenti di regolazione dell'AEEG) che, nel disciplinare le gare che saranno bandite per l'individuazione del gestore, detta criteri precisi per il rimborso degli investimenti effettuati sulla rete, a prescindere se questa sia in tutto o in parte di proprietà pubblica o privata.

Il suddetto soggetto regolatore definisce, infatti, tanto le condizioni qualitative di accesso alla rete, attraverso i c.d. "codici di rete" che stabiliscono le norme di comportamento dei gestori nel rapporto con i nuovi entranti, quanto le condizioni economiche.

Pertanto, nel venire ai quesiti posti dall'ente locale, si deve concludere, in base alla normativa, attualmente vigente in materia, che la proprietà delle reti, degli impianti e delle altre dotazioni destinate al servizio di distribuzione del gas – confluita nel patrimonio indisponibile – è attribuibile, oltre che all'ente pubblico, a società patrimoniali di reti dello stesso ente e, nei limiti della unitaria circolazione della proprietà con la gestione, verso soggetti privati; sono peraltro incompatibili con la natura del bene e la relativa disciplina

specifica di legge, negozi di circolazione che scindano la proprietà e l'uso, a scopo di garanzia.

Infatti, l'attribuzione in proprietà o nella disponibilità del privato delle reti e degli impianti si giustifica ed è legittima esclusivamente se strettamente correlata con la durata e i limiti del regime concessorio, su base contrattuale a seguito di gara condotta secondo i principi di tutela della concorrenza previsti dal diritto interno e comunitario.

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte è il parere della Sezione.

L'estensore

(Dott. Francesco Sucameli)

Il Presidente

(Dott. Nicola Mastropasqua)

Depositata in Segreteria il

03/07/2013

Il Direttore della Segreteria

(Dott.ssa Daniela Parisini)