

Beni pubblici tra privatizzazioni e riscoperta dei beni comuni di Marco Olivi

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Le privatizzazioni. - 3. Le privatizzazioni nella normativa più recente. -4. Per schematizzare: tre forme di privatizzazione. - 5. Dai beni pubblici ai beni comuni. - 6. Conclusioni.

1. Introduzione

Nell'attuale contesto giuridico, e forse più in generale in quello sociale, sembrano emergere due forze contrapposte.

Da un lato si assiste alla stabilizzazione di un percorso avviato dal legislatore fin dagli anni '90 verso la privatizzazione dei beni pubblici. E si può parlare di stabilizzazione non solo perché permangono tuttora le stesse esigenze di allora, vale a dire la necessità di affrontare un grave dissesto dei conti pubblici¹, tanto che prosegue l'impulso alla privatizzazione sia da parte del legislatore statale sia da parte del legislatore regionale, ma anche perché la dottrina maggioritaria ne ha posto in via generale le basi teoriche².

D'altro lato si assiste, a partire essenzialmente dai lavori della commissione Rodotà³ ad un

*Professore associato di diritto amministrativo nell'Università Ca' Foscari di Venezia.

¹ Per un approfondimento di queste ragioni cfr. G. COLOMBINI, *Le operazioni di cartolarizzazione dei beni pubblici: un primo bilancio*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. POLICE, Milano 2008.

² Per anticipare quanto sarà oggetto fra breve di un più puntuale richiamo e per sintetizzare quello che appare un pensiero ricorrente pur nella varietà delle opinioni, la dottrina ha focalizzato il concetto di destinazione a scapito del concetto di riserva, affermando la possibilità di trasferire a soggetti privati i beni vincolati da un onere reale di destinazione. Per questo modello in particolare, cfr. G. NAPOLITANO, *La patrimonio dello Stato S.p.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*; G. PALMA E P. FORTE, *Beni pubblici in appartenenza individuale*; M. RENNA, *Beni "pubblici" degli enti "privatizzati"* in AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, Annuario A.I.P.D.A. 2003, Milano, 2004; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004; M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici. Dall'appartenenza al fine*, in *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, a cura di A. POLICE, Milano, 2008.

³ Cfr. U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma dei beni pubblici*, Bologna, 2007. Nella relazione, la Commissione distingueva "i beni pubblici, a seconda delle esigenze sostanziali che le loro utilità sono idonee a soddisfare, in tre categorie: beni ad appartenenza pubblica necessaria; beni pubblici sociali; beni fruttiferi. I beni ad appartenenza pubblica necessaria si sono definiti come beni che soddisfano interessi generali fondamentali, la cui cura discende dalle prerogative dello Stato e degli enti pubblici territoriali. Si tratta di interessi quali, ad esempio, la sicurezza, l'ordine pubblico, la libera circolazione. Si pensi, fra l'altro, alle opere destinate alla difesa, alla rete viaria stradale, autostradale e ferroviaria nazionale, ai porti e agli aeroporti di rilevanza nazionale e internazionale. In ragione della rilevanza degli interessi pubblici connessi a tali beni, per essi si è prevista una disciplina rafforzata rispetto a quella oggi stabilita per i beni demaniali: restano ferme inalienabilità, autotutela amministrativa, alle quali si aggiungono garanzie esplicite in materia di tutela sia risarcitoria che inibitoria. I beni pubblici sociali soddisfano esigenze della persona particolarmente rilevanti nella società dei servizi, cioè le esigenze corrispondenti ai diritti civili e sociali. Ne fanno parte, fra l'altro, le case dell'edilizia residenziale pubblica, gli ospedali, gli edifici pubblici adibiti a istituti di istruzione, le reti locali di pubblico servizio. Se ne è configurata una disciplina basata su di un vincolo di destinazione qualificato. Il vincolo di destinazione può cessare solo se venga assicurato il mantenimento o il

rinnovato interesse per i beni comuni, come si nota dalle più recenti pubblicazioni e dal fiorire di convegni e dibattiti non solo in campo giuridico, ma anche sociale e politico. Si nota anche, come spesso accade di fronte al "terribile diritto", che è difficile evitare la radicalizzazione delle posizioni e lo scontro di ideologie. E si può parlare di rinnovato interesse perché anche se il termine "beni comuni" appare riferirsi direttamente alla letteratura giuridica ed economica anglosassone sui "commons"⁴, non si può dimenticare la presenza di una riflessione continentale, anche se circoscritta a punte di spicco del mondo accademico, nello studio di un "diverso modo di possedere"⁵.

Dei diversi possibili approcci a quest'ultimo tema, qui si sceglie come prospettiva di indagine di verificare la distanza dell'attuale disciplina dei beni pubblici dalla nozione di bene comune secondo una riflessione "*de iure condito*".

Il discorso toccherà i seguenti punti.

Per quanto riguarda la privatizzazione si darà innanzitutto uno sguardo a quello che in senso generale, più che un istituto giuridico, vale a connotare un fenomeno, un indirizzo politico, forse anche un'ideologia che ha polarizzato l'attenzione degli operatori del diritto ma anche dei mass media, a partire dagli anni '90, con maggiore attenzione alle normative più recenti.

Poi ci si soffermerà sulle forme di privatizzazione per le quali si pone maggiormente un problema di bene pubblico, quelle che incidono sul regime del bene.

In questa prospettiva si cercherà di contrassegnare i caratteri peculiari dei beni ad uso collettivo, perché per questo tipo di beni la privatizzazione non confligge solo con i dogmi tradizionali in materia, ma vi è piuttosto la difficoltà di conciliare il regime del bene con il regime di mercato.

Infine si cercherà di delineare un modello di bene pubblico che possa dar conto della continuità tra

miglioramento della qualità dei servizi sociali erogati. La tutela amministrativa è affidata allo Stato e ad enti pubblici anche non territoriali. La terza categoria, dei beni pubblici fruttiferi, tenta di rispondere ai problemi a più riprese emersi in questi ultimi tempi, che sottolineano la necessità di utilizzare in modo più efficiente il patrimonio pubblico, con benefici per l'erario. Spesso i beni pubblici, oltre a non essere pienamente valorizzati sul piano economico, non vengono neppure percepiti come potenziali fonti di ricchezza da parte delle amministrazioni pubbliche interessate. I beni pubblici fruttiferi costituiscono una categoria residuale rispetto alle altre due. Sono sostanzialmente beni privati in appartenenza pubblica, alienabili e gestibili con strumenti di diritto privato. Si sono però previsti limiti all'alienazione, al fine di evitare politiche troppo aperte alle dismissioni e di privilegiare comunque la loro amministrazione efficiente da parte di soggetti pubblici"

⁴ Ci si limita a richiamare come riferimenti di un ampio dibattito: G. HARDIN, *The tragedy of the commons*, in *Science*, 162 (1968), p. 1234 ss. e M.A. HELLER, *The tragedy of the anticommons: property in the transition from Marx to markets*, in *Harvard L. Rev.*, 111, 1998, p. 622 ss.

⁵ Il riferimento immediato è a P. GROSSI *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, p. 382 ed interessante il richiamo a Ranelletti considerato tra i testimoni più robusti del tentativo di costruzione giuridica del fenomeno "proprietà collettiva", anche se V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 22, nota 29 rileva l'ambiguità dell'opera di Ranelletti il quale ha sempre presente più intensamente degli altri il profilo collettivo e sociale afferente alla materia dei beni pubblici (unico giurista della scuola ufficiale, a dare spazio in materia agli usi civici e agli antichi diritti delle popolazioni sui beni comuni, sull'*Allmende*) ma riafferma sempre in maniera decisa il profilo statualistico e individualistico (del privato o della persona giuridica pubblica) come l'unico rilevante nell'esperienza moderna. Queste diverse letture, e l'accusa di ambiguità, sembrano dipendere dal fatto che la posizione di Ranelletti in ordine al rapporto tra beni e collettività e tra beni e Stato è condizionata dall'idea di Stato presupposta dallo stesso Autore. Per citare le parole di Ranelletti, "l'uso pubblico a cui le cose demaniali sono destinate in rapporto al diritto di proprietà dell'ente ... dipende dal modo come si concepiscono gli enti pubblici in rapporto ai loro membri. Sotto questo profilo è stata messa in luce la concezione statalistica di Ranelletti cfr. A. MASSERA *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986, p.155. In generale sulla concezione dello Stato nella tradizione giuspubblicistica di quegli anni e la visione organica dello Stato dove il sociale non si presenta come pluralità, ma come unità cfr. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano 1986.

alcuni tipi di bene pubblico rispetto alla nozione di bene comune.

2. Le privatizzazioni

Si può iniziare con la descrizione del fenomeno in generale.

Si preferisce qui parlare di fenomeno e non di istituto giuridico, perché negli ultimi 20 anni, nel termine privatizzazione si è fatta rientrare ogni operazione diretta ad trasferire a soggetti privati beni che fanno parte del patrimonio pubblico.

Se però si tratta di beni che rientrano nel patrimonio disponibile, il termine privatizzare non coinvolge un problema di bene pubblico.

I beni del patrimonio disponibile di cui è titolare la pubblica amministrazione, non sono soggetti ad un regime giuridico differenziato rispetto ai beni di proprietà privata.

Si potrebbe dire che sono già beni privati⁶.

Si deve, però, osservare che il fenomeno degli ultimi venti anni ha assunto una consistenza diversa rispetto al passato.

C'è stato un susseguirsi di provvedimenti legislativi diretti ad imprimere una svolta all'azione amministrativa.

E questo ha messo in luce diverse carenze organizzative proprio della gestione del patrimonio pubblico a partire da problemi di ordine inventariale.

Ci si è accorti, in altre parole, che non si conosceva la consistenza del patrimonio pubblico⁷.

⁶ Vi è chi indica i beni del patrimonio disponibile come beni pubblici in senso soggettivo. Senza disquisire se sia più opportuno indicarli in questo modo o, come qui si preferisce, indicarli direttamente come beni privati è importante tenere presente che eventuali deroghe alla disciplina comune (per es. in materia di contratti aventi per oggetto il bene) attengono alla qualità del soggetto e non al regime del bene.

⁷ Questa carenza in ordine alla conoscenza dei dati di cui è necessario disporre per avviare una politica di dismissioni era da imputare al modello organizzativo dell'amministrazione dello Stato in materia di beni pubblici, e pur se è apparsa a tutti e con maggiore evidenza nel momento in cui si è tentato di avviare una generale dismissione, l'inefficienza era già stata segnalata, con largo anticipo dalla dottrina più attenta, pur nella diversa ma altrettanto essenziale prospettiva della conservazione del bene. Sul punto cfr. COLOMBINI, *Conservazione e gestione dei beni pubblici*, Milano 1985. Prima della riforma di cui al d.lgs n. 300/99, le funzioni sui beni demaniali erano ripartite tra l'amministrazione finanziaria e le diverse amministrazioni competenti a disciplinarne l'uso in relazione ai diversi tipi di bene. Si usava descrivere questo riparto distinguendo il profilo gestionale o funzionale dal profilo dominicale. Il profilo dominicale si traduceva essenzialmente nella competenza dell'amministrazione finanziaria in ordine agli aspetti inventariali. La competenza gestionale riassumeva invece le funzioni che le singole leggi di settore attribuivano ad altre amministrazioni. Questa organizzazione dell'amministrazione dei beni pubblici non si è però rivelata efficiente. Per esempio rientravano nella competenza gestionale il rilascio di concessioni per la realizzazione di opere sul demanio marittimo nonché la valutazione in ordine all'acquisizione delle stesse allo scadere della concessione (il codice della navigazione prevedeva, prima del conferimento alle regioni ed agli enti locali, le competenze dell'amministrazione dei trasporti sia centrale, sia periferica in ordine alle funzioni sul demanio marittimo). L'amministrazione marittima quindi (prima del conferimento di funzioni alle autonomie) acquisiva dette opere ma non provvedeva ad inserirle in inventario, perché l'inventario era tenuto dalle ragionerie provinciali del tesoro presso le Intendenze di Finanza. Accadeva dunque che per difetto di comunicazione o di ricezione l'inserimento in inventario non andava sempre a buon fine. Vi era poi un altro passaggio critico, quello tra i dati contenuti negli inventari delle ragionerie provinciali del tesoro e il duplicato riassuntivo tenuto dalla Direzione generale del demanio. Senza voler approfondire gli aspetti di responsabilità individuale o risalire a quale ufficio imputare la perdita dei dati, sta di fatto che al momento di affidare ad una società compiti di valorizzazione del patrimonio pubblico, la consistenza di tale patrimonio non era conosciuta.

Quindi, anche per la vendita dei beni del patrimonio disponibile che pure non presentano un problema di bene pubblico e quindi potrebbe rientrare nella fisiologia del sistema, nella realtà è emersa una grave patologia.

I beni del patrimonio disponibile rimanevano in proprietà dell'ente pubblico non in quanto ad esso utili o per l'uso diretto dell'amministrazione o in quanto fornivano un reddito, ma solo per ragioni di cattiva amministrazione.

Ed infatti molti dei provvedimenti del legislatore adottati in questi anni non pongono particolari problemi di bene pubblico e possono essere valutati essenzialmente sotto il profilo dell'efficacia a raggiungere l'obiettivo prefisso.

Sotto questo profilo si possono registrare alcuni fallimenti dei diversi tentativi del legislatore, ma anche un certo tentativo di affinamento degli strumenti per la dismissione.

Sotto altro profilo il legislatore, per rincorrere l'efficienza che non trovava nei fatti, ha cercato di andare oltre la vendita del patrimonio disponibile, coinvolgendo nelle medesime normative beni di tutt'altra natura, per i quali sarebbe stato forse preferibile un maggiore approfondimento anche sul piano teorico circa le conseguenze che sarebbero derivate al sistema.

Più in generale non è facile individuare né un ordine né una linea evolutiva perché ciò presupporrebbe un programma ed una coerenza che certo non traspaiono dalla produzione normativa in questa materia.

Ci si limita allora ad evidenziare alcune tappe che si ritengono maggiormente significative, senza alcuna pretesa di esaustività, prima di soffermarsi sui provvedimenti più recenti.

Si può allora partire citando la L. 407 del 1989 (legge finanziaria del 1990) che aveva previsto la vendita dei beni immobili patrimoniali dello Stato. La tecnica del rinvio ad altra legge, che avrebbe dovuto fissare i criteri per la gestione produttiva dei beni, è stata la causa del fallimento di questo tentativo.

La legge che avrebbe dovuto fissare tali criteri non fu, infatti, mai approvata.

Un progetto più impegnativo, ma allo stesso tempo più raffinato e per certi aspetti precursore di tecniche che saranno acquisite più tardi, era contenuto nel d.l. 386/91, convertito nella L. 35/1992.

Si operava su due fronti. All'art. 1 si prevedeva la possibilità di trasformare in società per azioni gli enti di gestione delle partecipazioni statali, gli enti pubblici economici, nonché le aziende autonome statali. Anche la privatizzazione degli enti costituisce una tecnica di privatizzazione dei beni.

All'art. 2, successivamente abrogato dall'art. 3, c. 97 della L. 23.12.1996, n. 662, si autorizzava il Ministro delle Finanze, in base alle indicazioni deliberate dal Consiglio dei Ministri, ad affidare a consorzi di banche ed altri operatori economici o a società il compito di individuare i beni patrimoniali dello Stato suscettibili di gestione economica o di diretta alienazione anche del solo diritto di superficie.

Si prevedeva inoltre che tali gestioni e alienazioni potessero essere attuate previo conferimento a società con capitale misto.

Erano quindi dettate disposizioni relative ai rapporti economici con lo Stato, dove si prevedeva l'anticipazione da parte dei soggetti affidatari a titolo di acconto al bilancio dello stato del 50 per cento dei proventi derivanti dalle alienazioni e dalle gestioni e dove spicca la previsione secondo la quale i proventi della gestione dei beni patrimoniali non alienati, sono destinati alla valorizzazione degli stessi beni ed alla loro redditività, d'intesa con gli enti locali per la successiva alienazione.

Nella normativa citata, il rapporto tra lo Stato e i soggetti affidatari era fortemente procedimentalizzato⁸.

⁸ Le operazioni di alienazione e di gestione erano soggette alla vigilanza di un comitato composto dai Ministri delle finanze, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, assistito da un comitato tecnico, istituito presso il

La società a carattere misto, denominata Immobiliare Italia s.p.a. fu subito costituita ma non poté mai operare per diverse ragioni⁹.

Meritano di essere notati due aspetti.

Il primo riguarda la composizione degli organi e la procedimentalizzazione degli atti relativi al controllo sulle operazioni e i programmi della società. Forse un certa qual pletoricità delle disposizioni in parola può far pensare che l'attribuzione di tali compiti ad un soggetto, almeno formalmente privato e comunque chiamato ad operare con strumenti privatistici, non esprima, a queste condizioni, le sue massime potenzialità in termini di prontezza e semplicità di azione.

Da notare però che la complessità dell'organizzazione e degli strumenti di controllo si può tradurre in alta potenzialità espansiva relativamente ai beni da gestire e da alienare.

Un'organizzazione ed una procedura che assicurano l'espressione di tutte le competenze che si riflettono sul bene, può essere un mezzo per allargare il raggio di azione oltre i beni del patrimonio disponibile, come poi sarà tentato in seguito.

Un altro impulso alla valorizzazione dei beni pubblici è tentato con l'art. 9 della L. 537/93.

Sono due le linee intraprese da questa normativa, vale a dire la dismissione di alcuni tipi di beni e l'aumento della redditività per altri.

Quanto alla dismissione, la legge prevede che con decreti del Presidente della Repubblica, su proposta del Presidente del Consiglio, di intesa con i Ministri delle finanze e del Tesoro, siano emanate norme dirette ad alienare i beni pubblici non destinati ad usi collettivi generali o di interesse ambientale e culturale, con priorità per l'alienazione di terreni e fabbricati di uso abusivo o inutilizzati.

La possibilità di alienazione, come si nota, è estesa anche ai beni ricompresi nell'art. 822 del codice civile, esclusi però quelli destinati ad usi collettivi generali o di interesse ambientale e culturale, e comunque non direttamente ma attraverso il rinvio ad apposita normativa, che non risulta essere stata emanata e che per questo aspetto risulterebbe ora superata dal sopravvenire delle più recenti disposizioni.

Non è quindi il caso di soffermarsi se non per avvertire che si cominciano ad ammettere deroghe all'incomerciabilità dei beni demaniali, ma solo in via programmatica, rimanendo poi frustrate le intenzioni dalla carenza di attuazione, come è già capitato di notare con riferimento a normative anteriori¹⁰.

Ministero delle finanze composto da un direttore generale dello stesso ministero, da un magistrato del Consiglio di Stato, da un magistrato della Corte dei Conti, dal direttore generale della Direzione generale del coordinamento territoriale del Ministero dei lavori pubblici, da tre dirigenti in rappresentanza dei Ministri del Tesoro, del bilancio, e della programmazione economica, e per i beni culturali e ambientali da tre esperti particolarmente qualificati, designati dal Presidente del Consiglio dei ministri, nonché un rappresentante delle giunte delle regioni ed il sindaco del comune in cui sono ubicati gli immobili. Era inoltre prevista la convocazione di una conferenza dei servizi tra i rappresentanti delle amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici comunque competenti per la valutazione dei programmi di alienazione, di gestione e di valorizzazione dei beni.

⁹ L'analisi di tali ragioni è condotta da G. COLOMBINI, *Privatizzazione e obiettivi di finanza pubblica*, in *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004, cit. p. 79, che brevemente si richiamano. Vi furono dubbi sulla compatibilità della stipula della convenzione con le norme comunitarie (artt. 52 e 59 del trattato CEE) che pongono il divieto di discriminazione in materia di servizi. Tali perplessità furono avanzate dal Ministro delle Finanze. Poi si ritennero eccessivamente oneroso il costo delle anticipazioni che la società doveva effettuare sul valore dei beni conferiti. Superato questo problema con la modifica della legge che rendeva discrezionali e non obbligatorie le richieste di anticipazione da parte del Ministro, vi furono difficoltà da parte della società a reperire i dati relativi ai singoli beni che avrebbe dovuto gestire e dimettere, per carenza e incompletezza degli elenchi predisposti dal Ministro delle Finanze.

¹⁰ Si sottolinea un altro aspetto. Viene stabilito che entro il 31 marzo di ciascun anno, il Ministro della Difesa sentite le competenti commissioni permanenti della Camera e del Senato definisca con decreto ministeriale il piano annuale di gestione del patrimonio abitativo della difesa, con l'indicazione dell'entità, dell'utilizzo e della futura destinazione degli

Quanto alla valorizzazione, sono aggiornati, secondo i valori di mercato, i canoni degli alloggi concessi in uso personale a propri dipendenti dall'amministrazione dello Stato ma anche dalle Regioni e dagli enti locali e i canoni degli utenti privati relativi ad immobili del demanio.

Il riferimento ai valori di mercato è importante perché introduce ad un modo di pensare ai beni pubblici, anche a quelli *extracommercium*, tenendo in considerazione anche il valore economico e non solo il valore d'uso.

Ma quella che si può considerare come un'innovazione rispetto agli strumenti consueti di valorizzazione del patrimonio è rappresentata dalla legge n. 86 del 94 modificata dalla L. 503 del 1995, che introduce un modello poi ripreso dalla L. n. 662 del 1996 (finanziaria per il 1997).

Il comma 86 della legge finanziaria per il 1997 autorizzava il Ministro del tesoro del bilancio e della programmazione economica, al fine di attivare il processo di dismissione del patrimonio dello Stato, a sottoscrivere quote di fondi immobiliari istituiti ai sensi dell'art. 14 bis della L. 86/94, mediante apporto di beni immobili e di diritti reali su immobili appartenenti al patrimonio dello Stato. A tal fine era formato un elenco dei beni immobili suscettibili di valutazione economica con la descrizione dei beni e tutti i dati necessari alla individuazione e classificazione compresi la natura, la consistenza, la destinazione urbanistica, il titolo di provenienza con la relativa certificazione catastale ed una sintetica relazione sulle condizioni di fatto e di diritto.

Inoltre si prevedeva (comma 91) di promuovere la costituzione di una o più società di gestione dei beni e diritti, con facoltà per il Ministro del Tesoro del bilancio e della programmazione economica di assumere direttamente o indirettamente partecipazioni al relativo capitale.

La novità consiste nel fatto che, per la prima volta, si introduce una logica finanziaria e non immobiliare nella gestione del fondo¹¹.

Un altro passo avanti sotto il profilo dell'affinamento degli strumenti per la dismissione dei beni pubblici è rappresentato dall'art. 2 del d.l. 351/2001, rubricato "Privatizzazione del patrimonio immobiliare pubblico"¹².

La disposizione citata autorizza il Ministro dell'economia e delle finanze a costituire una o più società a responsabilità limitata per realizzare operazioni di cartolarizzazione dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio dello Stato degli enti territoriali e di altri enti che lo richiedano¹³.

alloggi di servizio, nonché degli alloggi non più ritenuti utili nel quadro delle esigenze dell'amministrazione e quindi transitabili in regime di locazione o alienabili. Viene cioè previsto che l'alienazione o la valorizzazione non dipendano da un provvedimento occasionale e puntuale, ma sia sotto costante osservazione e programmazione il venir meno della destinazione e quindi la possibilità di mutamento di regime. Un altro elemento di progresso da notare, soprattutto in relazione alle osservazioni svolte a proposito del fallito tentativo della Immobiliare Italia s.p.a., è che la programmazione è affidata all'amministrazione che gestisce il bene. Infine le dismissioni investono anche il parastato prevedendo che INPS, INAIL e INPDAP predispongano programmi di dismissione del proprio patrimonio.

¹¹ Per queste osservazioni Cfr. COLOMBINI, *Privatizzazione* cit. p. 84.

¹² Anche questo modo di procedere si rivelerà inefficace. Le operazioni SCIP 1 e SCIP 2 si sono rivelate come poi dirà il Procuratore generale della Corte dei conti "un ambizioso progetto rimasto incompiuto che ha conseguito risultati più che modesti", basti pensare che i ricavi conseguiti dalla operazione SCIP 1 sono stati utilizzati per coprire le perdite provocate dall'insuccesso della seconda cartolarizzazione (SCIP 2). Di ciò prenderà atto il legislatore che al comma 1 dell'art. 43 bis del dl 207/2008 prevede che i patrimoni separati relativi alla seconda operazione di cartolarizzazione siano posti in liquidazione, con il ritrasferimento dei beni immobili di proprietà della SCIP ai proprietari originari.

¹³ Conviene brevemente descrivere in che cosa consiste la cartolarizzazione altrimenti detta "*securitization*", dato che la tecnica e quindi i termini sono importati dagli Stati Uniti, dove è stata introdotta negli anni '70. Si tratta in generale di un'operazione che trasforma determinati beni in strumenti finanziari da collocare sul mercato, in modo da rendere subito disponibile una liquidità che altrimenti i beni potrebbero rendere solo in futuro. Lo Stato o l'ente territoriale assumono in questo caso, nello schema della "*securitization*", la qualità di "originator" che è il soggetto che trasferisce a titolo oneroso beni (*assets*) alle società appositamente costituite che hanno il ruolo di intermediari finanziari, le quali costituiscono con i beni un patrimonio separato, che consente loro di emettere strumenti finanziari. Queste società di

Sempre in base alla L.351/2001, la cessione degli immobili alle società costituite per la cartolarizzazione avviene mediante decreti del ministro dell'economia e delle finanze dove viene determinato il prezzo iniziale che le società corrispondono a titolo definitivo e le modalità di pagamento dell'eventuale residuo. Questo significa che qualora la somma ricavata dalla vendita sia inferiore al prezzo iniziale, la differenza non è retrocedibile, perché corrisposta a titolo definitivo, mentre se la somma ricavata dalla vendita è superiore, le società veicolo sono tenute a riversare la differenza¹⁴.

La tecnica della cartolarizzazione, poi ripresa dall'art. 7 del d.l. 63/2002 relativo alla Patrimonio s.p.a, e dall'art. 84 della L. 289/2002 (legge finanziaria per il 2003), pone un problema¹⁵.

Si prevede infatti che l'inclusione nei decreti di trasferimento produce comunque il passaggio dei beni al patrimonio disponibile.

Quindi, pur se il trasferimento avrà per oggetto solo beni qualificati come patrimonio disponibile, rimane tutto da verificare come si giunge a tale qualifica. Ci si chiede se il Ministro dell'economia e delle Finanze possa liberamente trasformare in bene patrimoniale disponibile un bene demaniale o patrimoniale indisponibile¹⁶.

Se così fosse gli effetti dell'inserimento nei decreti di trasferimento sarebbero veramente notevoli e allarmanti e questo già ha indotto a ridimensionare il potere del Ministro rispetto al tenore letterale della disposizione.

Difficile pensare che la legge citata renda sufficiente un *tratto di penna* ministeriale per togliere a qualsiasi bene pubblico la qualifica della demanialità o della indisponibilità.

cartolarizzazione o società veicolo (SVP, acronimo di *Special purpose Vehicle*) finanziano l'acquisto dei beni emettendo titoli rappresentativi dei beni da dismettere e collocandoli sul mercato. I proventi della vendita dei beni sono destinati al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi per finanziare l'acquisto. Per ogni operazione di cartolarizzazione (cioè di emissione di titoli che saranno soddisfatti dai proventi della vendita) i beni (che nel caso in cui la cartolarizzazione riguardi beni immobili non potranno che corrispondere agli immobili oggetto di cartolarizzazione) costituiscono un patrimonio separato da quello delle società e da quello relativo ad altre operazioni di cartolarizzazione. Su ciascun patrimonio separato non sono ammesse azioni da parte di qualsiasi creditore diverso dai portatori dei titoli emessi dalle società. Nelle previsioni della legge 351/2001, oltre a questa forma di garanzia, possono essere disciplinati casi in cui i titoli sono assistiti da garanzia dello Stato. Un'altra garanzia per i portatori di titoli è data dalla nomina di un rappresentante. L'attività di riscossione dei proventi può essere svolta, oltre che dalle banche e dagli intermediari finanziari, anche dallo Stato

¹⁴ Cfr. A. BRANCASI, *La cartolarizzazione dei beni pubblici di fronte all'ordinamento comunitario*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, n. 1, 2003 www.aedon.mulino.it

¹⁵ Per specificare meglio nel dettaglio il senso del problema occorre ricordare che il trasferimento opera soltanto su beni del patrimonio disponibile per espressa definizione del legislatore. La definizione è però tautologica e lascia aperto il problema, o il rischio, che vi ricadano anche beni demaniali e del patrimonio indisponibile. Lo schema normativo è così articolato. Le operazioni di cartolarizzazione presuppongono, e non potrebbe essere altrimenti, l'individuazione dei beni che saranno trasferiti a titolo oneroso alle società veicolo. L'individuazione dei beni avviene in due momenti. Un primo momento previsto dall'art. 1 del d.l. 351/2001, ha per oggetto l'accertamento della consistenza del patrimonio pubblico, ed avviene ad opera dell'Agenzia del demanio che individua, con propri decreti dirigenziali, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso gli archivi e gli uffici pubblici, i singoli beni, distinguendo tra beni demaniali e beni facenti parte del patrimonio disponibile ed indisponibile. Vi è poi un successivo momento costituito dal trasferimento a titolo oneroso alle società di cartolarizzazione. Il trasferimento avviene con uno o più decreti del Ministro dell'economia e delle finanze. Occorre specificare che la distinzione tra beni demaniali, patrimoniali indisponibili e patrimoniali disponibili, secondo la quale debbono essere predisposti i decreti dirigenziali dell'Agenzia del demanio non vincola i decreti di trasferimento del Ministero dell'Economia e delle Finanze. Siccome i beni individuati dall'Agenzia del demanio, non debbono, ma possono essere trasferiti, spetta al Ministro dell'economia e delle finanze l'individuazione dei beni da dimettere, e tale individuazione può avere ad oggetto tutti i beni contenuti nei decreti dirigenziali predisposti dall'Agenzia del demanio, quindi non solo i beni patrimoniali disponibili, ma anche quelli del demanio e del patrimonio indisponibile.

¹⁶ D. SORACE, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, n. 1, 2003.

La disposizione è quindi semplicemente attuativa ed integrativa dell'art. 829, comma 1 del codice civile, che prevede che il passaggio dei beni dal demanio pubblico al patrimonio sia dichiarato da un atto amministrativo.

Non è pensabile, per il principio di legalità, che il Ministro detenga un potere non disciplinato da una fonte legislativa, con il quale trasformare beni demaniali in beni patrimoniali¹⁷.

E poiché la legge n. 351/2001 non disciplina tale potere, si può ritenere che il potere stesso debba essere esercitato in conformità alle leggi speciali che regolano la classificazione dei diversi beni, le quali normalmente prevedono una valutazione fortemente procedimentalizzata strettamente legata ai caratteri oggettuali e funzionali del bene. In conclusione, pur percorrendo un'altra via si giunge alle medesime conclusioni: alle società veicolo possono essere trasferiti, ai fini della successiva rivendita, soltanto beni che non risultino aver più i requisiti di beni demaniali in base ad una valutazione procedimentalizzata e, va aggiunto, nella quale sia assicurato il concorso delle autonomie alle quali sono attribuite funzioni gestionali su quei beni, in base al principio di leale collaborazione. Accanto alla istituzione della Patrimonio dello Stato s.p.a. costituita dall'art. 7 del D.L. 15 aprile 2002, convertito con modificazioni in L. 15 giugno 2002, n. 112, è prevista all'art. 8 l'autorizzazione alla Cassa depositi e prestiti a costituire, anche con atto unilaterale, una società finanziaria per azioni denominata Infrastrutture s.p.a.. La previsione della Infrastrutture s.p.a. si pone in linea con la Patrimonio dello Stato s.p.a. nel processo di privatizzazione dei beni pubblici, e pone per gran parte problemi comuni in relazione al tradizionale assetto dei medesimi. Anzi si può dire che certe criticità siano in qualche modo esasperate. L'idea della valorizzazione del bene che costituisce una delle missioni della Patrimonio dello Stato s.p.a. consente una maggiore possibilità di inserimento della privatizzazione nel sistema tradizionale, mentre la missione della Infrastrutture s.p.a. è più decisamente orientata alla strumentalità non già del bene in diverse possibili prospettive di sfruttamento, ma alla strumentalità della resa economica. Missione della società è quella di finanziare le infrastrutture in qualità di soggetto strumentale alla cassa depositi e prestiti¹⁸. Per

¹⁷ Cfr. M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, p. 204

¹⁸ Per un esame compiuto della disciplina si rinvia a PASQUINI, *La infrastrutture S.p.a.*, in *Giornale dir. Amm.*, 2002, p. 824 ss., ma è opportuno accennare brevemente al citato art. 8 del D.L. 63/2002. Vi è innanzi tutto da notare che è ammesso il trasferimento delle azioni con la preventiva autorizzazione del Ministro dell'economia e delle finanze. Vi è quindi una sostanziale differenza rispetto a quanto avviene per la Patrimonio s.p.a. dove si prevede la possibilità di trasferimento gratuito solo ad altre società di cui il Ministero detenga l'intero capitale sociale, anche se l'interpretazione di quest'ultima disposizione è tutt'altro che pacifica e non è considerata decisiva per escludere l'ingresso di altri soggetti. Da segnalare inoltre che mentre nella Patrimonio dello Stato spa le azioni sono attribuite al Ministero dell'economia e delle Finanze, e quindi la valutazione in ordine al trasferimento in capo al Ministro è coerente con la composizione societaria, l'autorizzazione del Ministro per il trasferimento delle azioni della Infrastrutture s.p.a. prevede l'ingresso della valutazione di un soggetto, il ministro appunto, che è estraneo alla società stessa. Inoltre è sempre il Ministro che determina i successivi aumenti di capitale rispetto a quello iniziale determinato dalla legge, che formula le linee direttrici per l'operatività della società, che regola la composizione del Consiglio di amministrazione e del collegio sindacale e la durata in carica dei rispettivi membri, e che approva lo statuto della società. Oltre a queste puntuali previsioni di competenze in capo al Ministro dell'economia e delle finanze, l'art. 8 del D.L. 63/2002 contiene una norma di chiusura del sistema, quando prevede al comma 11 che la società è posta sotto la vigilanza del Ministero dell'economia e delle finanze, che può adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti della società al fine di assicurare che i comportamenti operativi della stessa siano conformi alla legge, alle disposizioni attuative, nonché allo statuto, e siano coerenti con le linee strategiche indicate nei decreti con i quali sono formulate le linee direttrici per l'operatività della società. Da aggiungere che per la Infrastrutture s.p.a. risulta forse ancor più difficile rispetto alla Patrimonio s.p.a. asserire la natura sostanzialmente pubblica, sempre che si accolga questa categoria. Se i criteri per individuare la natura sostanzialmente pubblica devono concorrere e tra questi vi è la partecipazione maggioritaria di soggetti pubblici, si può constatare che tale requisito risulta presente al momento della costituzione della società, ma è poi rimesso alla valutazione ministeriale cui compete di autorizzare il trasferimento delle azioni, che la legge espressamente ammette, anche a privati. Inoltre il requisito della partecipazione maggioritaria

quanto riguarda i beni, ne è prevista la cessione in favore della società da parte dello Stato, degli enti pubblici non territoriali e di società controllate dallo Stato con le stesse modalità previste per il trasferimento di beni alla Patrimonio Spa.

Possono essere trasferiti diritti pieni o parziali su beni immobili facenti parte del demanio, con la precisazione¹⁹ che il trasferimento non modifica il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829 primo comma dei beni demaniali trasferiti²⁰.

Tra i compiti della Patrimonio spa, oltre all'alienazione vi è la gestione e la valorizzazione del patrimonio dello Stato, invece la Infrastrutture Spa necessita dei beni in funzione di garanzia finanziaria, di strumento collettivo delle risorse da impiegare per la soddisfazione di interessi formalmente "estranei" ai singoli beni²¹.

Per questo profilo, autorevole dottrina sostiene che il trasferimento alla Infrastrutture Spa non potrà comunque riguardare beni demaniali o patrimoniali indisponibili, ma soltanto beni patrimoniali

di un soggetto pubblico è da verificare anche in relazione alla trasformazione della Cassa depositi e prestiti in Spa disposta dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con legge 24 novembre 2003, n. 326. Da precisare che con riguardo alla Cassa depositi e prestiti le azioni sono per legge attribuite allo Stato e ad altri soggetti pubblici o privati è consentito soltanto detenere quote complessivamente di minoranza. Quanto ad altri aspetti della disciplina di questa società, si prevede, in deroga al regime disposto dal codice civile che le azioni della società non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi. Si è sottolineato che la previsione non è limitata alle azioni di mano pubblica, ma a tutte le azioni della società, individuando quindi la *ratio* della disposizione nella protezione dell'interesse sociale primario, e cioè il finanziamento delle infrastrutture e delle grandi opere, non già nella protezione dell'ente socio. In questi termini DUGATO, *Ruolo e funzioni di infrastrutture Spa*, cit. in *Annuario A.I.P.D.A.* 2003, cit. p.123, nota 9.

¹⁹ Ci si soffermerà in seguito sullo scarso valore di questa precisazione, cioè sulla circostanza che il legislatore tiene ferma la tripartizione dei beni adottata dal codice civile, quando da tempo la dottrina ne ha evidenziato lo scarso significato al fine di distinguere tra i diversi tipi di bene pubblico.

²⁰ Sono però da segnalare due differenze testuali, ed una differenza che dipende dal diverso contesto in cui si inserisce il trasferimento. La prima differenza testuale deriva dal fatto che mentre nell'art. 8 (relativo alla Infrastrutture spa) vi è un espresso richiamo del comma 10 dell'art. 7 (relativo alla Patrimonio dello Stato spa), vale a dire della disposizione appena citata (in breve, il richiamo all'inalienabilità dei beni demaniali e la necessità di dichiarazione dell'autorità amministrativa per il passaggio al patrimonio disponibile), non è invece richiamato il comma 1 dell'art. 7, relativo al "rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici", che forse più da vicino tende a richiamare l'idea della destinazione, sulla quale è edificato l'impianto teorico della proprietà pubblica. La seconda differenza riguarda la previsione nell'art. 8 (relativo alla Infrastrutture spa) assente invece nell'art. 7 (relativo alla Patrimonio spa), secondo la quale "restano ferme le competenze in materia di gestione dei beni demaniali attribuite agli enti locali dalle norme vigenti". Si può però ritenere che le segnalate differenze non abbiano un grande significato.

Quanto alla prima il rispetto dei requisiti e delle finalità dei beni pubblici, ha più il sapore di una proclamazione politica che un significato giuridico. Non tanto e non solo perché è stata inserita in sede di legge di conversione ed a seguito dei cori di protesta suscitati dall'emanazione del decreto legge, ma perché tale previsione è essenzialmente implicita nel richiamo ai beni demaniali. Invero richiamare il termine "beni demaniali" significa rinviare non solo ad un elenco di beni, ma farsi carico di una sintesi di significati stratificatisi nel tempo. Non si potrebbe quindi asserire che il rispetto della destinazione del bene valga per la Patrimonio spa e non per la Infrastrutture Spa in quanto non è per quest'ultima richiamato. La necessità di rispettare la destinazione del bene è invero implicita nel fatto di utilizzare il termine demanio. Lo stesso discorso si può fare per l'omesso richiamo in sede di regolamentazione dei trasferimenti di beni alla Patrimonio Spa delle competenze in materia di gestione dei beni demaniali attribuite agli enti locali dalle norme vigenti. Si può osservare che il conferimento di funzioni agli enti locali, al quale presumibilmente si riferisce il legislatore quando svolge questa precisazione, si inserisce in un contesto più ampio che trova un diretto ascendente nella riforma del titolo V della Costituzione e che comporta l'impossibilità di escludere le autonomie dalle vicende dei beni del demanio statale. Di maggior peso sembra la differenza determinata dal diverso tipo di società soprattutto in relazione all'oggetto sociale, a favore del quale sono trasferiti, *rectius*, "possono essere trasferiti" beni demaniali.

²¹ In questi termini M. DUGATO, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture Spa*, in *Titolarità Pubblica e regolazione dei beni*, *Annuario AIPDA* 2003, Milano 2004 p.133.

disponibili dal momento che tali beni sarebbero destinati a garantire l'emissione di titoli ed altre operazioni di finanziamento²².

Si ammette invece questa possibilità in relazione ad altri fini, compatibili con la permanente destinazione pubblica dei beni trasferiti, tenuto conto che la società può svolgere una serie di attività "strumentali", "connesse" o "accessorie" ai suoi compiti istituzionali, che quindi potrebbero avere natura finanziaria²³.

Il clamore suscitato dalla costituzione *ex lege* della Patrimonio dello Stato Spa insieme con la previsione della possibilità di trasferimento di beni del demanio e del patrimonio indisponibile può essere collegato a diverse circostanze.

La prima dipende dalla contestualità della previsione del trasferimento di beni demaniali alla Patrimonio s.p.a. con il richiamo delle disposizioni relative alla cartolarizzazione, inducendo a pensare che i beni così trasferiti abbiano un destino segnato. Su questo punto si è già osservato che si tratta di due momenti e di due problemi distinti. La cartolarizzazione può riguardare beni che non sono trasferiti alla Patrimonio spa, e d'altra parte non tutti i beni trasferiti alla patrimonio spa sono trasferiti per essere cartolarizzati. Tale limite può dirsi espressamente contemplato dal momento che la disposizione prevede che "il trasferimento non modifica il regime giuridico, previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti" (disposizione inserita, in sede di conversione, dalla L. 112/2002 che ha modificato l'art. 7 comma 10 del d.l. 63/2002).

Una seconda circostanza del clamore sembra essere riconducibile alla generalità della previsione, ossia al fatto che non si inserisce in un sistema settoriale, tale da condurre ad una valutazione complessiva della regolamentazione del settore in cui anche la privatizzazione dei beni viene ad essere ricompresa.

La lente è così portata ad ingrandire la trasferibilità non già come elemento di un sistema chiuso, ma in generale e quindi senza una precisa delineazione di confini, e ciò tende a radicalizzare i termini della questione incentrandola più sul "se" che sul "come" sia possibile contemperare un regime del bene come quello demaniale con la titolarità soggettivamente privata.

A questo si aggiunge un'acuita sensibilità per beni che sono sentiti patrimonio di tutti, anche delle generazioni future, come un po' enfaticamente si usa affermare, quali i beni culturali e i beni ad uso collettivo a confronto con il contesto di risanamento delle finanze pubbliche in cui avviene la privatizzazione, inducendo ad argomentare in termini di contrapposizione di valori.

Vi è inoltre una sensazione di imprevedibilità degli esiti riconducibile a vari fattori, quali la scarsa chiarezza delle disposizioni, la genericità delle finalità della privatizzazione e la generalità dei beni che possono esserne oggetto.

Quanto alla genericità delle finalità basti il termine valorizzazione, che può richiamare l'idea di un'uscita patrimoniale per investire sul bene aumentandone il valore, oppure al contrario la trasformazione del bene in un'entrata attraverso la cessione²⁴.

Quanto alla generalità dei beni, l'unico dato incontrovertito è che il termine beni pubblici, ed anche quello di demanio e di patrimonio indisponibile hanno solo valore descrittivo essendo inadeguati a fondare una categoria. Ne deriva che il vincolo dei requisiti e delle finalità posto dalla L. 112/2002 ha senso solo se riferito a singoli beni o gruppi di beni omogenei, ed in questo senso il riferimento corre alla destinazione del bene.

Queste considerazioni sembrano giustificare la circostanza che il clamore e i problemi suscitati dalla possibilità di trasferire diritti alla Patrimonio dello Stato spa su beni demaniali non si sono

²² D. SORACE, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, cit.

²³ Cfr. M. RENNA, *La regolazione*, cit. p. 170.

²⁴ Su questi aspetti cfr. L. MERCATI, *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2009.

presentati nel caso della privatizzazione dei beni avvenuta come conseguenza della privatizzazione degli enti ai quali i beni appartengono.

A proposito di questi ultimi occorre però distinguere due momenti nettamente distinti delle privatizzazioni dei beni conseguenti alla privatizzazione degli enti quando si ha riguardo ai servizi di pubblica utilità.

Un primo momento riguarda le privatizzazioni degli enti che da pubblici diventano (almeno formalmente) privati, rimanendo tuttavia monopolisti del servizio cui i beni sono adibiti.

Un secondo momento interviene con la liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità ed il venir meno del monopolio del servizio.

Quanto al primo momento si pensi a come si pose la questione della natura dei beni destinati a pubblico servizio, a seguito della trasformazione dell'ente ferrovie dello Stato da ente pubblico economico a società per azioni²⁵.

La dottrina perveniva ad individuare l'applicazione del regime del patrimonio indisponibile ai beni della nuova società in ragione del rapporto tra servizio e beni ad esso strumentali²⁶.

Da sottolineare che in quelle circostanze la strumentalità del bene al servizio si coniuga con il regime di proprietà individuale del soggetto monopolista del servizio stesso.

²⁵ Per fare un passo indietro si può ricordare che prima della L. 210/85 le strade ferrate statali e le loro pertinenze, appartenevano al demanio eventuale ai sensi dell'art. 822, comma 2, c.c. ed il servizio ferroviario era gestito dall'Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato, priva di personalità giuridica. Con la citata L. 210/85 la costituzione dell'ente "Ferrovie dello Stato" determinò la sdemanializzazione delle reti ferroviarie statali e il passaggio nel patrimonio indisponibile dell'ente con l'espressa previsione dell'art. 15, comma 2 "I beni destinati a pubblico servizio non possono essere sottratti alla loro destinazione senza il consenso dell'ente" Mentre la costituzione dell'ente ferrovie dello Stato recava la previsione dell'assoggettamento dei beni al regime del patrimonio indisponibile, non vi erano previsioni in tal senso nei d.l. 386/1991 e 333/92 che hanno condotto alla trasformazione dell'ente in società per azioni. L'art. 1 comma 3 del d.l. 386/91 ha previsto che le società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici "succedono a questi nella totalità dei rapporti giuridici", mentre l'art. 14, comma 1 del d.l. 333/1992 ha disposto che "tutte le attività, nonché i diritti minerari, attribuiti o riservati per legge o con atti amministrativi" agli enti oggetto di trasformazione "restano attribuiti a titolo di concessione ai medesimi soggetti che ne sono attualmente titolari". La disposizione da ultimo citata sembrerebbe aver indicato il rientro dei beni nella proprietà dello Stato (secondo la situazione che si presentava prima del 1985) e solo goduti in concessione dalle società insieme con i servizi ad esse affidati. Tuttavia, è stata notata l'evidente forzatura del dato positivo se si fosse seguita questa interpretazione (Cfr. RENNA, *La regolazione amministrativa*, cit.). L'art. 14 del d.l. 333/92 non si riferisce alla totalità dei rapporti giuridici, tra i quali sarebbero quindi compresi i diritti di proprietà, ma solo un segmento determinato del fascio dei rapporti giuridici coinvolgenti gli enti trasformati, ovvero a tutte le attività, nonché i diritti minerari, attribuiti o riservati per legge o con atti amministrativi ai medesimi enti. Gli stessi fatti hanno confermato che le reti, gli impianti, e gli altri beni strumentali alle attività mantenute dalla legge in capo agli enti societarizzati hanno continuato ad appartenere a questi ultimi a titolo proprio direttamente e non a titolo di concessione.

²⁶ Il punto di partenza è costituito dalle argomentazioni contenute nella pronuncia della Corte Costituzionale n. 466/93 e dalla considerazione che i beni trasferiti sono rimasti quelli che erano e cioè beni destinati ad un pubblico servizio. Si osserva che se rimane ferma la disciplina del servizio rimane ferma anche l'esigenza che i beni permangano comunque a disposizione del servizio così da assicurarne il corso. Poiché la disciplina propria della destinazione pubblica deroga al diritto comune al fine di precludere eventuali turbative al servizio derivanti dall'applicazione di istituti di diritto comune, come per esempio quelli posti a tutela degli interessi dei creditori, la semplice trasformazione degli enti pubblici in s.p.a. non può essere ritenuto motivo sufficiente a determinare in ordine ai beni imputati alla medesima s.p.a. derivante dalla trasformazione, una così rilevante modificazione strutturale come l'estinzione propria della destinazione pubblica Cfr. CERULLI IRELLI, *Dubbi e incertezze sulla trasformazione dell'Ente ferrovie dello Stato in S.p.a.*, in *Giorn.Dir.amm.*, 1996, p. 785. Si osserva che tra i privilegi di questi soggetti rientrano anche le funzioni amministrative in materia di pubblica utilità e di necessità e urgenza (art. 14, comma 4 bis del d.l. 333/1992) funzionali all'acquisizione delle aree e alla costruzione di opere destinate all'esercizio dei servizi pubblici e sarebbe illogica la conservazione di tali poteri non accompagnata dal mantenimento del regime speciale dei beni alla cui realizzazione i medesimi beni sono finalizzati.

L'indisponibilità del bene, il fatto che non possa essere sottratto alla destinazione, vale a garantire il monopolio del servizio che solo attraverso il bene può essere svolto.

La situazione cambia nel momento successivo, quando la privatizzazione non investe la natura del soggetto titolare del servizio gestito in monopolio ma viene meno la possibilità di gestire in monopolio i servizi di pubblica utilità.

3. Le privatizzazioni nella normativa più recente

Per giungere a tempi più recenti si può innanzitutto ricordare la legge finanziaria per il 2008 (L. 244/2007) che, ai commi dal 313 al 319 dell'art. 1, prevede il "piano di valorizzazione dei beni pubblici per la promozione e lo sviluppo dei sistemi locali"²⁷.

Interviene poi il dl 112/2008, convertito con modificazioni dalla l. 133/2008, con il quale si prevede il Piano delle alienazioni e valorizzazioni relativo al patrimonio immobiliare di Regioni, Comuni ed altri enti locali, piano che ha valenza di strumento urbanistico, perché l'approvazione determina la classificazione come patrimonio disponibile degli immobili in esso ricompresi e l'automatica variazione di destinazione d'uso degli stessi²⁸.

Un'altra normativa, importante e forse fondamentale nelle intenzioni del governo di allora, ma non ancora attuata, è contenuta nel d.lgs. 85/2010 noto come decreto sul federalismo demaniale.

Per limitarsi alle disposizioni relative alle privatizzazioni, l'art. 2 prevede l'individuazione di beni statali da attribuire a titolo non oneroso a Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni, i quali, previa valorizzazione, potranno essere da questi inseriti in processi di alienazione e dismissione secondo il già citato d.l. 112/2008.

Successivamente con il dl 98/2011, all'art. 33 si prevede la costituzione di una società di Gestione del Risparmio (SGR)²⁹, ad opera del Ministero dell'Economia e dallo stesso interamente partecipata avente come oggetto sociale la costituzione di un fondo immobiliare che partecipi ai fondi immobiliari chiusi promossi da Regioni ed enti locali. La partecipazione può avvenire o mediante sottoscrizione di quote degli stessi, oppure conferendo beni immobili con le procedure previste dal dl 112 /2008 ovvero con i beni trasferiti in forza delle procedure previste dal federalismo demaniale. Con il d.l. 69/2013 si tenta un'accelerazione ed una semplificazione delle procedure previste dal decreto del federalismo demaniale. Non vi è più bisogno degli elenchi, che, appunto, non essendo mai stati redatti avevano bloccato i trasferimenti ma è rimessa ai Comuni, alle Province, alle città metropolitane e alle regioni l'iniziativa per l'acquisto, cui segue una valutazione dell'Agenzia del demanio sull'esistenza dei presupposti per l'accoglimento della richiesta. Anche in questa nuova

²⁷ In particolare, il comma 313 stabilisce che il Ministero dell'economia e delle Finanze, di concerto con il Ministro dei beni culturali, tramite l'Agenzia del Demanio, nel rispetto delle attribuzioni delle regioni, d'intesa con gli enti interessati, individua ambiti di interesse nei quali sono presenti beni immobili di proprietà dello Stato e di altri soggetti pubblici per promuovere in ciascun ambito un programma unitario di valorizzazione; il comma 314 stabilisce che il Ministero propone il "Piano per la promozione e lo sviluppo dei sistemi locali, che rappresenta l'insieme dei programmi di valorizzazione da approvare da parte della Conferenza unificata di cui all'art. 8 della legge 281/1997. Viene dato inoltre impulso ai programmi unitari di valorizzazione (PUV) già previsti dal dl 351/2001 ed è interessante notare che ciascun programma unitario di valorizzazione può assumere efficacia di strumento di attuazione di iniziativa pubblica o privata anche configurando ipotesi di costituzione di comparti di riqualificazione del territorio.

²⁸ Cfr. però Corte Costituzionale 30 dicembre 2009, n. 340.

²⁹ Il fondo comune di investimento immobiliare è un patrimonio indiviso formato da quote appartenenti ad una pluralità di partecipanti che affidano i loro beni ad una società di gestione del risparmio. Si ha così la trasformazione degli *assets* immobiliari in quote finanziarie che generano liquidità che possono essere immesse nel mercato. Il fondo comune viene gestito dalla SGR.

formulazione del procedimento è previsto tuttavia la necessaria previa definizione delle modalità tecniche della richiesta, e ciò fa pensare ad un nuovo rinvio *sine die* del concreto trasferimento. Da notare che il trasferimento dei beni dallo Stato agli enti locali avviene a titolo non oneroso con la possibilità del ritrasferimento allo Stato in caso di non utilizzo.

4. Per schematizzare: tre forme di privatizzazione

Il percorso che si è succintamente richiamato necessita di una schematizzazione, per cercare di ordinare, quantomeno a fini espositivi, una materia che dai testi normativi risulta piuttosto confusa per una serie di ragioni.

Tra queste, tralasciando di soffermarsi sulla sciatteria nella redazione dei testi, e sul costante rinvio a disposizioni di altri testi che si accavallano e si sormontano a volte in maniera contraddittoria, si sottolinea come punto critico l'aver commassato nell'ambito di disposizioni omogenee tipi di beni assolutamente disomogenei.

Vero è che il legislatore si preoccupa di distinguere di volta in volta tra beni demaniali, beni patrimoniali indisponibili e beni patrimoniali disponibili, ma è anche noto che questa tripartizione codicistica, come da tempo sostiene la dottrina, non è idonea a qualificare giuridicamente i diversi tipi di beni³⁰.

Inoltre, e in un certo senso come conseguenza di quanto appena osservato, non viene dato rilievo alle diverse cause del problema che si tratta di affrontare.

E' pur vero che il legislatore ha dato una forte spinta alla privatizzazione a causa della crisi della finanza pubblica ed è anche vera l'osservazione che lo Stato possiede un grande patrimonio che rende pochi frutti.

Rispetto a queste osservazioni occorre però tenere distinte due diversi ordini di problemi cui conseguono due diversi ordini di strumenti per affrontarli in modo adeguato.

Un problema è costituito dalla cattiva gestione (è nota la proliferazione degli abusi e la risibilità dei canoni in corrispettivo dell'uso).

Problema del tutto diverso è quello determinato dai limiti derivanti dal regime del bene dall'altra.

Inoltre si può anche osservare che oltre alla crisi della finanza pubblica vi è un altro fattore non meno importante nell'evoluzione del fenomeno, vale a dire innanzitutto la trasformazione dello Stato che investe, oltre all'organizzazione amministrativa, anche il rapporto tra pubblico e privato.

Si potrebbe dire che le privatizzazioni si inseriscono in un percorso che vede da un lato l'affermazione di una concezione oggettivata dell'amministrazione e dall'altro l'arretramento dello Stato gestore a favore dello Stato regolatore.

Al di fuori di questo contesto le privatizzazioni dei beni pubblici non si sarebbero potute immaginare, o comunque non si sarebbero potute immaginare nelle forme attuali.

Per questo all'inizio si è parlato di privatizzazione come di un fenomeno complesso frutto di una

³⁰ L'art. 823 c.c. stabilisce l'inalienabilità solo con riferimento ai beni demaniali, ma è generalmente accolta l'opinione secondo la quale la distinzione tra demanio e patrimonio indisponibile ha carattere formale, ma è priva di fondamento sostanziale. Essa si spiega come tentativo di risolvere problemi legati all'applicazione del codice previgente, ma si è rivelata di scarso valore sia a fini sistematici che a fini pratici. La dottrina ha evidenziato che si rilevano differenze di regime in ordine all'inalienabilità in ragione dei singoli tipi di bene indipendentemente dall'essere ascritti al demanio o al patrimonio indisponibile. Occorre infatti coordinare la disciplina codicistica con le singole leggi di settore ove spesso l'alienazione è vietata e con la prassi delle amministrazioni e della giurisprudenza che tengono atteggiamenti molto prudenti. Su questi aspetti cfr. M. RENNA, <Beni pubblici>, "in" *Dizionario di diritto pubblico* (diretto da) S. Cassese, vol. I, Milano, 2005, p.714 ss

necessità ma anche di un indirizzo politico ed insieme di una mutata sensibilità e forse di una ideologia.

Cercando allora uno schema che consenta un primo orientamento nel descritto magma normativo si possono individuare tre forme di privatizzazione dei beni: la privatizzazione del bene come conseguenza della privatizzazione dell'ente proprietario; la vendita previo passaggio del bene al patrimonio disponibile; la costituzione di una società per azioni con compiti di valorizzazione del patrimonio, con la possibilità di intestare ad essa beni del demanio e del patrimonio indisponibile.

La prima forma si ha quando la privatizzazione del bene è la conseguenza della privatizzazione dell'ente proprietario.

Quando gli enti nazionali gestori dei servizi pubblici, come per esempio l'ENEL e le Ferrovie dello Stato, sono stati trasformati in società per azioni, anche i beni del loro patrimonio indisponibile sono stati privatizzati.

Pur intestati ad un soggetto formalmente privato, i beni sono rimasti soggetti al vincolo della destinazione ed ai poteri pubblicistici di regolazione e di tutela.

La dottrina³¹ ha parlato in questo caso di privatizzazione formale per sottolineare che pur mutando l'intestazione del bene da un soggetto pubblico ad un soggetto privato è rimasto inalterato il regime del bene.

Come si accennava in precedenza però non si può del tutto affermare che il regime del bene sia rimasto inalterato, o meglio lo si può affermare fino a quando c'è stata la privatizzazione degli enti, ma le cose cambiano quando si è passati al ben diverso stadio della liberalizzazione.

La seconda forma è quella della vendita del bene previo passaggio dal demanio e dal patrimonio indisponibile al patrimonio disponibile.

Per la verità questa forma è conosciuta da sempre nel nostro ordinamento ed è puntualmente disciplinato il relativo procedimento in diverse leggi di settore oltre ad essere espressamente richiamata dall'art. 829 c.c.

Una volta sdemanializzato, o perduta la destinazione, il bene non è più soggetto ad un regime diverso da qualsiasi altro bene.

In breve non è più un bene pubblico e non soffre quindi limitazioni alla possibilità di circolare.

Pur esistendo da sempre tale strumento però è stato usato raramente e tuttora vi sono molti terreni e edifici che, perduta la sostanza di bene pubblico, perché ne è mutata la natura oggettuale oppure ne è venuta meno la funzione, risultano ancora nominalmente pubblici e ciò preclude una gestione redditizia.

Anche questa sorta di inerzia non è un problema nuovo, e a titolo di curiosità si può citare la l. 206 del 24 novembre 1864 che approvava una convenzione su proposta del ministro Sella per la costituzione di una società anonima per la vendita di beni demaniali.

La convenzione prevedeva l'anticipazione da parte delle società concessionarie di un certo ammontare sul prodotto ricavabile dalla vendita dei beni e che oggetto d'alienazione dovevano essere i beni che non sono destinati ad uso pubblico o richiesti per pubblico servizio.

Questo modello sembra in qualche modo anticipare alcune delle caratteristiche della cartolarizzazione, anche se, per la verità, il procedimento della cartolarizzazione viene trapiantato seguendo pedissequamente lo schema ed anche la terminologia dello strumento introdotto negli Stati Uniti negli anni '70.

Insomma non c'è nulla di nuovo nel prevedere la vendita di beni che hanno perduto le caratteristiche che li rendono pubblici, e non c'è niente di nuovo nel prevedere una ricognizione generale cui consegue una vendita pure generale dei beni se si accerta che non sono più pubblici, a

³¹ In particolare cfr. M. RENNA, *La regolazione cit.*

parte eventuali problemi legati alla semplificazione dell'accertamento sul quale ci si è precedentemente soffermati³².

La terza forma è quella veramente dirompente rispetto agli schemi tradizionali perché prevede la possibilità di intestare ad un soggetto formalmente privato anche beni demaniali, cioè beni caratterizzati storicamente dall'impossibilità di appartenere ad un soggetto che non sia un ente territoriale.

Si è assistito quindi ad un crescendo della rottura degli schemi tradizionali fino alla costituzione di una società per azioni, la Patrimonio dello Stato spa, alla quale possono (non già debbono) essere trasferiti sia i beni patrimoniali indisponibili sia i beni demaniali (D.L. 63/2002 convertito con modificazioni in l. 112/2002).

Questa previsione è dirompente perché mina alle fondamenta uno dei pilastri sui quali si regge l'istituto dei beni pubblici.

Si è sempre sostenuto infatti che l'istituto dei beni pubblici poggia su due pilastri, vale a dire la riserva di appartenenza in capo all'ente pubblico (o meglio all'ente territoriale) e la destinazione.

Questo perché anche se il codice indica lo stesso effetto con il termine inalienabilità, la dottrina³³ ha messo in luce che l'inalienabilità non è altro che un riflesso del fatto che certi beni non possono che appartenere ad un ente territoriale, mentre per tutti gli altri soggetti dell'ordinamento vi è una carenza di legittimazione alla titolarità.

Ora, dunque, caduta la "riserva", intesa dalla dottrina come carenza di legittimazione alla titolarità di qualunque soggetto diverso dall'ente territoriale al quale sono, appunto "riservati"³⁴, gli sforzi ricostruttivi si sono quindi fatalmente indirizzati a rinforzare l'altro pilastro, vale a dire il concetto di destinazione.

³² A questa forma di privatizzazione è da ricondurre il problema al quale si è accennato richiamando il d.l. 351/2001 secondo la quale l'inclusione di un bene nei decreti di trasferimento dei beni alle società di cartolarizzazione produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile.

³³ Per usare le parole di M.S. GIANNINI, *I Beni pubblici*, Roma, 1963, p. 99 e seg. "Non è che questi beni non possono formare oggetto di atti di commercio ... è solo che la riserva di appartenenza di questi beni alle collettività, concretandosi in diritti che differiscono dalla proprietà privata individuale, non ammette le qualificazioni giuridiche che sarebbero proprie di questi"

³⁴ In dottrina si fa riferimento al regime della riserva, definita come "statuizione normativa contenuta in un atto legislativo la quale incide non sulla titolarità di situazioni soggettive ma sulla legittimazione alla titolarità di situazioni soggettive". Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 16. Occorre tuttavia considerare che la riserva assume un significato diverso in relazione ai contesti teorici nei quali è inserita. Nel modello che individua tutti i beni elencati dal codice civile agli artt.822 - 831 come oggetto di proprietà individuale dell'ente pubblico, la riserva vale a garantire la proprietà dell'ente. Si afferma infatti che i beni soggetti a riserva non possono essere oggetto di rapporti giuridici dominicali imputati a soggetto giuridico diverso dallo Stato (o dell'ente indicato dalla legge come titolare necessario del bene) V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, 1987, p. 280. In altro contesto teorico, la riserva non è collegata alla proprietà dell'ente pubblico, e vi può essere riserva senza assunzione in proprietà dell'ente. Cfr. S. CASSESE, *I beni pubblici - Circolazione e tutela*, Milano 1969, p. 137 ss. In particolare, per quanto riguarda i beni aperti all'uso collettivo, come per es. la spiaggia, "la riserva di appartenenza di questi beni alla collettività, concretandosi in diritti che differiscono dalla proprietà privata individuale, non ammette le qualificazioni giuridiche che sarebbero proprie di questi" M. S. GIANNINI, *I beni pubblici*, Roma, 1963, p. 100 e 101. La dottrina ha nel tempo fatto riferimento al primo dei due possibili significati intendendo dunque la riserva come uno scudo all'appartenenza del bene in capo all'ente territoriale. Per questo significato di riserva cfr., come detto, V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983 ove peraltro si avvertiva, prima dell'introduzione della normativa ora esaminata, che i concetti di riserva e quello di destinazione sussistono entrambi nell'ordinamento positivo, e perciò risultano inesatte sia le costruzioni dottrinali che tendono a risolvere la categoria dei beni pubblici in quella dei beni riservati, sia quelle che tendono a risolvere la categoria dei beni pubblici nella categoria dei beni a destinazione pubblica (p.50).

Si è quindi affermata la “scomposizione” del regime dei beni pubblici, retto tradizionalmente dalla destinazione e dalla riserva, focalizzando la prima a scapito della seconda³⁵.

Viene quindi proposto un modello, aggiornato anche nel lessico, ove la nozione di beni pubblici è sostituita con la più moderna di “beni a destinazione pubblica”³⁶.

In estrema sintesi, tratti salienti di questo modello teorico sono la possibilità di appartenenza privata e di utilizzazione economica, nonché la commerciabilità secondo il diritto civile.

Si recupera quindi il valore di scambio altrimenti precluso dall'incommerciabilità.

Tali attitudini possono svolgersi solo compatibilmente con la destinazione del bene e pertanto sono soggette ai poteri della pubblica amministrazione.

Secondo questo modello non si tratta, o almeno non soltanto, di preferire una gestione privata, perché nulla esclude la possibilità di apparati pubblici efficienti nella gestione dei beni.

In questa prospettiva, del resto, è organizzata l'Agenzia del Demanio che ha tra i compiti essenziali quello di massimizzare la rendita economica del patrimonio statale (art. 1 d.lgs. 173/03).

Il punto è un altro: la perdita del valore di scambio derivante dall'incommerciabilità.

Questo modello, che afferma l'erosione della riserva, e quindi la possibilità di circolazione del bene vincolato da un onere reale di destinazione, sarebbe quindi idoneo a superare l'immobilizzazione del patrimonio recuperando il valore di scambio del bene.

5. Dai beni pubblici ai beni comuni

Però, per parafrasare Collodi, nel diritto c'è sempre un però che rovina ogni cosa.

Ed è in proposito da richiamare l'osservazione, forse più predicata che praticata, che i beni pubblici non costituiscono una categoria, almeno non in senso giuridico³⁷, perché sotto questa dizione sono raggruppati beni fra loro eterogenei aventi diversa funzione e diverso regime giuridico³⁸.

Si distinguono infatti, ma la classificazione non pretende di essere esaustiva, beni utilizzabili per produrre risorse allo sviluppo produttivo del paese, per servire direttamente gli scopi dell'amministrazione, per il godimento libero della collettività, per garantire lo svolgimento di servizi pubblici³⁹.

³⁵ Il termine “scomposizione”, o anche “disarticolazione” sono di G. NAPOLITANO *La patrimonio dello Stato S.P.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?* In *Annuario A.I.P.D.A.* 2003 cit., p. 251

³⁶ Il riferimento è a M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004

³⁷ Come osserva V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, II, 1987, p.275 “Occorre qui tenere presente, come essenziale criterio metodologico, che un concetto giuridico in tanto presenta una validità scientifica (e la sua applicazione ha effetti pratici) in quanto indica gruppi di fattispecie la cui individuazione in concreto comporta ad esse medesime l'applicazione di una determinata disciplina (concetto giuridico tipologico della realtà come diceva Ascarelli) ovvero indica istituti di disciplina positiva richiamati al fine della loro applicazione in concreto (cioè, a determinate fattispecie), sia cioè espressione abbreviata di una determinata normativa, *regula juris* appunto. Orbene, il concetto di demanio (e a maggior ragione quello di patrimonio indisponibile) non possiede questi caratteri ...”

³⁸ Cfr. M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano 2003. Ma già la necessità di individuare il regime giuridico per specie di beni e non per l'inserimento nella categoria del demanio e del patrimonio era nella teoria della “*échelle juridique de la demanialité*” di DUGUIT; e Pugliatti nel noto saggio sulla proprietà e le proprietà metteva in luce la differenza tra il demanio militare con tanto di avvertimenti *off limits* ed il demanio marittimo aperto all'uso di tutti.

³⁹ La varietà dei beni e delle loro utilità spiegano le divergenze della dottrina, che nella prima metà del secolo scorso ricercava l'essenza della demanialità. Le ricerche di allora erano condizionate non solo dall'approccio metodologico diretto a ricercare l'essenza dei concetti giuridici, ma anche dalla prospettiva pratica di tracciare una linea di demarcazione tra demanio e patrimonio indisponibile. Al contrario di oggi, la legislazione differenziava il regime

Vi sono differenze relative al tipo di cosa e differenze di disciplina.

Ciò che si afferma per alcuni tipi di bene non vale per altri tipi di bene.

Vi sono beni per i quali il modello incentrato sul vincolo della destinazione non sembra rispondere a tono alle questioni sollevate⁴⁰.

Nella prospettiva dell'indagine, anticipata all'inizio del discorso, di verificare la distanza dell'attuale disciplina dei beni pubblici dalla nozione di bene comune, si può dire che il modello incentrato sulla destinazione a scapito della riserva non consente un avvicinamento a tale nozione, perché non ne fornisce gli strumenti adeguati.

Invero, per i beni comuni la questione non verte sulla titolarità del bene⁴¹ ed i limiti allo sfruttamento economico non derivano dalla titolarità necessaria dell'ente pubblico.

giuridico tra demanio e patrimonio, ma non offriva criteri distintivi certi perché l'elencazione dei beni demaniali non era ritenuta di carattere tassativo. Occorreva allora ricercare il criterio distintivo della demanialità, tale che vi rientrassero tutti i beni demaniali. Il criterio fu individuato nella destinazione ad un servizio pubblico, o di pubblica utilità, all'uso pubblico diretto ed immediato, nell'identità tra attività e godimento del bene da parte dell'ente pubblico, nella destinazione immediata ad un fine amministrativo, nella necessità ad una funzione esclusiva dell'ente territoriale. Nota è la critica di GIANNINI, *I beni pubblici* cit., p. 52: "...Solo che arrivati a questo punto la nozione di demanio non serve più a nulla... Solo il genio dell'astrazione la può mantenere in vita, salvo poi a dover ogni momento risolvere gli intrighi che essa crea." La possibilità di affermare una categoria unitaria sostenuta da CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, è fondata sulla destinazione, che può essere suddivisa in tre tipi fondamentali: destinazione del bene ad un uso esercitato direttamente dalla collettività, destinazione ad un uso esercitato dall'ente pubblico attraverso i suoi organi, destinazione a soddisfare determinati interessi pubblici generalmente inerenti alla cultura e all'economia nazionale.

⁴⁰ Invece dal punto di vista dogmatico il modello che legge la privatizzazione affermando l'erosione del regime della riserva e la centralità del vincolo di destinazione può essere considerato coerente con la teoria della proprietà pubblica. Già in tempi remoti si affermava che "la natura demaniale non segue la proprietà, giacché essa non dipende dalla proprietà, ma dalla destinazione, e deve quindi incominciare e cessare dove incomincia e cessa la destinazione" O. RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, ora in *Scritti giuridici scelti, IV I beni pubblici*, Camerino, 1992, p.184. Si riteneva inoltre che, nonostante la proprietà demaniale non sia mai stata riferita ad enti diversi dallo Stato, dal comune e dalla provincia ciò ha valore come principio consuetudinario, S. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1912, p. 473.

⁴¹ Un'altra ipotesi di sottrazione alle regole del mercato, si presenta con riguardo alle reti dei servizi di pubblica utilità (l'aeroporto, l'acquedotto, la rete elettrica, la rete ferroviaria). Come si è precedentemente osservato, le privatizzazioni hanno già consentito la titolarità privata di beni di questo tipo. Ora, a seguito delle liberalizzazioni, occorre evitare che la proprietà dell'infrastruttura realizzi rendite di posizione in un regime di libera concorrenza nell'erogazione del servizio. Quando la rete non è duplicabile, quindi in presenza di un monopolio naturale, è necessario garantire l'accesso alla rete a più gestori del servizio in condizioni di parità. Il problema si può porre così. Da una parte vi è l'esigenza di garantire l'accesso ad una pluralità dei gestori del servizio, dall'altra di rendere redditizia l'infrastruttura. Scelta la strada della privatizzazione occorre remunerare la proprietà del bene, perché nessuno è disposto a sopportare i costi per l'acquisto, o la costruzione, e la gestione di un'opera senza l'aspettativa di un guadagno. Le esigenze sono in conflitto perché, in caso di monopolio naturale, vi è materiale coincidenza tra l'accesso all'infrastruttura e l'accesso al mercato dei servizi. Solo l'accesso alla rete consente l'accesso al mercato dei servizi che si svolge, appunto, mediante quell'unica rete. In sintesi è necessario rendere redditizia la proprietà della infrastruttura, ma allo stesso tempo evitare che il mercato dei servizi sia fondato sulla proprietà della infrastruttura. In altre parole si deve rendere la proprietà del bene inidonea a fondare il mercato dei servizi. In questa luce possono essere lette alcune regole ricorrenti: l'obbligo di consentire l'accesso ai gestori che ne facciano richiesta, la tassatività delle ipotesi di legittimo rifiuto, l'obbligo di motivazione del rifiuto, il potere dell'autorità di ordinare al gestore della rete di consentire l'accesso. Si nota che, anche in questo tipo di beni, lo *jus excludendi* è, per così dire, sfilato dal mazzo delle prerogative della proprietà e governato da valutazioni autoritative. Si possono evidenziare almeno due aspetti. Il primo: il problema dello sfruttamento economico non è legato alla titolarità del bene. Il secondo aspetto è questo: il modello che afferma la "dissociazione" tra destinazione e riserva (con soppressione di quest'ultima) non è quindi adeguato. Appare preferibile adottare un modello fondato sulla "dissociazione" tra diverse prerogative sul bene ed una loro intestazione a diversi soggetti, in sostanza, per usare gli stessi termini dell'altro modello ciò che risulta frammentato non è il regime demaniale ma il concetto stesso di proprietà. Occorre pensare alla regolazione di questi beni abbandonando il modello di proprietà come monade compatta

La questione centrale, o quantomeno la questione dalla quale occorre partire, è quella di conciliare il libero godimento con lo sfruttamento economico⁴².

Per i beni comuni il fulcro della regolazione non risiede nella proprietà dell'ente, vincolata dalla destinazione e protetta dalla incommerciabilità, secondo lo schema della proprietà pubblica.

Il fulcro della regolazione risiede nella privazione per chiunque, compreso il titolare del bene, del potere di escludere altri dall'uso.

In assenza di tale potere, l'uso del bene non può essere oggetto di scambio e quindi non può produrre reddito, perché un'utilità che non è resa esclusiva dal diritto non può essere oggetto di una domanda di mercato, ossia di una domanda pagante.

Per dirla banalmente, nessuno ha interesse ad acquistare un bene che lui stesso e chiunque altro può utilizzare senza averne la proprietà.

L'esempio tradizionale nella dottrina anglosassone è quello del faro che nessuno ha interesse ad acquistare perché a fronte dei costosissimi investimenti non crea alcun reddito visto che non è possibile chiedere il pedaggio alle navi che passano.

In questo esempio l'inconciliabilità tra lo sfruttamento economico e la resa di servizi indivisibili è più evidente perché dipende dalla natura della cosa.

Ma il problema si pone allo stesso modo per quei beni che, pur se per natura sarebbero idonei allo sfruttamento economico, non possono esserlo perché, per scelta dell'ordinamento, ne è preclusa l'utilizzazione esclusiva.

Ed è opportuno sottolineare che questa scelta non si ispira necessariamente ad istanze giusnaturalistiche, come garanzia di libertà, o di eguaglianza all'accesso delle risorse naturali, ma può ben dipendere da ragioni di valutazione economica come già era stato rilevato da Adam Smith⁴³ e che sono all'attenzione degli studiosi di analisi economica del diritto, i quali, dopo aver analizzato "*the tragedy of commons*", hanno anche evidenziato "*the tragedy of anticommons*"⁴⁴.

Questa scelta di sottrarre i beni all'utilizzazione esclusiva provoca una incommerciabilità che ha una consistenza diversa rispetto al semplice limite di intestare il bene ad un soggetto privato.

Si potrebbe definire questa situazione come incommerciabilità pura⁴⁵, nel senso che il bene è sottratto alle regole del mercato.

sintesi di poteri e facoltà aggregati attorno al soggetto che ne è titolare e pensare piuttosto ad un fascio di prerogative disaggregate ed allocate a soggetti diversi.

⁴² Affermare che il bene può essere privatizzato purché permanga la destinazione, se la destinazione consiste nella resa di servizi indivisibili, contraddice alla logica di mercato. In altre parole, la destinazione dei beni aperti all'uso collettivo è una sintesi verbale degli effetti vincolistici determinati dalla carenza di legittimazione all'appropriazione esclusiva del bene, vale a dire del regime che preclude la possibilità di diritti incompatibili con l'uso collettivo. Il problema non è quindi di verificare se il bene possa circolare, pur gravato dalla destinazione, ma di individuare il modo di contemperare lo sfruttamento economico con il libero godimento di tutti, a chi spetti, e secondo quali criteri, il potere di garantire che l'uso collettivo non sia limitato e di conseguenza selezionare le forme d'uso compatibili ed entro che limiti si possa disporre di esse.

⁴³ Quando si disse "*Nulle terre sans seigneur*", le vie, le acque, le rive dei fiumi e dei mari furono bensì una fonte di reddito, ma a danno dell'economia del commercio e delle comunicazioni, quando "pedaggi e diritti di ogni specie, estorti colla violenza anche o coll'astuzia furono imposti per il loro uso" per citare CAMMEO, *Demanio*, cit. p. 848.

⁴⁴ Cfr. nota 3

⁴⁵ Si potrebbe dire, per riportarsi agli stessi termini della teoria che afferma la "scomposizione del regime demaniale" che è proprio la "riserva" (intesa però nel secondo dei due significati indicati alla nota 30) il pilastro che occorre tener fermo. Riserva cioè intesa non come protezione della proprietà dell'ente territoriale, ma come carenza di legittimazione ad una appropriazione di tipo esclusivo. E si può aggiungere che in questa diversa accezione la riserva che essa appare più concretamente rivolta a proteggere la prerogativa di tutti all'uso del bene a fronte di rischi di appropriazione esclusiva dei benefici della risorsa, piuttosto che per prevenire il rischio di vendita del bene, assumendo cioè "*le point de vue du metre carré*" "Si ... les dépendances du domaine public sont déclarés inaliénables, ce n'est pas tant pour faire

Infatti, nei beni che l'ordinamento ha inteso aprire all'uso comune, l'eventuale diritto di escludere (l'uso esclusivo e quindi economicamente produttivo) è consentito solo a seguito di una concessione⁴⁶.

Tale provvedimento non è però sostituibile con uno strumento di diritto privato, perché è espressione di una valutazione procedimentalizzata e revocabile diretta a garantire che il diritto di escludere sia circoscritto nel tempo e nello spazio in modo da non precludere l'uso collettivo.

L'ente pubblico agisce comunque in veste di autorità non in veste di proprietario. Quindi, anche cambiando il proprietario, l'uso del bene, se permane la scelta dell'ordinamento relativa al regime che assicura l'uso di tutti, rimane soggetto ad una valutazione autoritativa, cioè ad una regola dell'autorità alternativa alle regole di mercato.

La sottrazione del diritto di escludere, che dunque appare il fulcro sul quale costruire un modello di bene pubblico⁴⁷ che consenta di guardare all'idea di bene comune comporta, per una sorta di effetto domino, uno sparpagliamento tra diversi soggetti di tutti i poteri sulla cosa e delle utilità che essa è in grado di fornire, proprio perché i criteri di allocazione di tali poteri e utilità risultano svincolati dal tradizionale modello proprietario.

Sui beni comuni la facoltà di godimento spetta a chiunque, i poteri decisionali sono attribuiti ad una autorità amministrativa, gli usi esclusivi dipendono da una valutazione dell'autorità amministrativa, mentre all'intestatario del bene non spetta necessariamente neppure il corrispettivo per l'uso del bene quando esso sia dato in concessione per un uso esclusivo⁴⁸.

Si può allora evidenziare che per alcuni beni la diversa intestazione del titolo proprietario non comporta l'ingresso del mercato ed il recupero del valore di scambio.

Piuttosto, il regime cui sono soggetti li sottrae alle regole di mercato. Potranno entrare nel mercato alcune utilità offerte dalla risorsa ma secondo regole per gran parte dettate dall'autorità.

6. Conclusioni

Per riepilogare brevemente il percorso svolto, si è partiti dall'osservazione che nell'attuale contesto giuridico, ma più in generale in quello sociale, sembrano emergere due forze contrapposte, vale a dire un continuo impulso alla privatizzazione dei beni pubblici da un lato e un rinnovato interesse per i beni comuni dall'altro.

Si è allora cercato di scendere nel dettaglio della normativa sulle privatizzazioni, notandosi come il legislatore abbia per così dire tirato dritto, senza considerare il sistema dei beni pubblici nella sua complessità che va ben oltre l'oramai superata tripartizione codicistica tra beni demaniali, beni

obstacle à des aliénations en masse que pour rendre difficiles des aliénations partielles. On ne voit pas bien comment l'administration de l'Etat pourrait être tentée d'aliéner en masse tous les rivages de la mer ou toutes les routes nationales, mais on voit très bien comment elle pourrait être tentée d'aliéner quelques mètres carrés du rivage ou quelques mètres carrés pris sur les accotements d'une route et l'on comprend qu'il y ait besoin d'une précaution » HARIOU, *Précis de droit administratif et droit public*, Paris, 1911, p. 661.

⁴⁶ Esempio paradigmatico è l'art. 36 del codice della navigazione "L'amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l'occupazione e l'uso anche esclusivo, di beni demaniali e di zone del mare territoriale per un determinato periodo di tempo".

⁴⁷ Ben si intende con riguardo a quei beni che per caratteristiche naturali e/o per scelta dell'ordinamento sono riconducibili a questo modello, tenuto presente quanto in precedenza osservato sull'impossibilità di individuare i beni pubblici come categoria in senso giuridico e come sia necessario ragionare per specie di beni come ammoniva Duguit.

⁴⁸ Come è il caso dei beni del demanio idrico i cui canoni concessori spettano alle regioni pur essendo intestati allo Stato.

patrimoniali indisponibili e beni patrimoniali disponibili⁴⁹.

Si è poi richiamato il modello elaborato dalla dottrina per affrontare la materia dei beni pubblici a seguito delle modifiche impresse dal "tratto di penna del legislatore".

Con estrema semplificazione il modello può essere sintetizzato così: la proprietà pubblica si regge su due pilastri: la riserva (l'esclusione della possibilità di un soggetto diverso dall'ente territoriale di divenire proprietario) e la destinazione.

Caduta la riserva, rimane la destinazione, quindi il bene può circolare, gravato da un onere di destinazione.

Certo, questo modello non consente grandi possibilità di evoluzione interpretativa delle disposizioni del codice civile in una prospettiva di beni comuni.

Si è allora assunta rispetto a detto modello una posizione critica, non in senso generale ma con riferimento a beni per i quali il tratto essenziale risiede nell'apertura all'uso comune.

Si è quindi proposto, o meglio richiamato⁵⁰, un diverso modello nel quale rimane nell'ombra il tema dell'intestazione proprietaria, perché il cono di luce investe il regime delle utilità e delle prerogative che non trovano per così dire in un unico soggetto, il proprietario, un nucleo di condensazione ma che rimangono divise e distribuite tra diversi soggetti.

Questo modello potrebbe descriversi come rovesciato rispetto all'altro perché parte dall'idea che il fulcro della regolazione di questi tipi di bene pubblico non consista nella proprietà dell'ente (protetta dalla extracommercialità) ma proprio nella extracommercialità, da intendersi non limitata ai rapporti di dominio, ma diretta a precludere tutti i rapporti idonei a precludere il godimento collettivo.

Insomma in questa prospettiva l'extracommercialità consente solo gli usi che rendono il bene accessibile a tutti, perché eventuali usi esclusivi sono ammessi solo se compatibili con l'uso comune.

Se si allarga lo sguardo dal codice civile alle norme di settore, già emerge che la disciplina dell'accesso ai beni ad uso collettivo non è governata dalla proprietà, ma da una valutazione procedimentalizzata.

Ed il fenomeno è risultato ancor più netto nel momento in cui, a seguito delle Bassanini, le funzioni amministrative sono state conferite alle regioni e agli enti locali pur permanendo la proprietà del bene in capo allo Stato.

Questo modello sembra idoneo a misurare la distanza tra il concetto di bene pubblico ed il concetto di bene comune come era nella prospettiva dell'indagine.

Per giungere, dunque, ad una conclusione che fornisca appunto questa misura si può dire allora che, per prima cosa, va abbandonata ogni vischiosità legata all'idea che esista un concetto di bene pubblico, partendo invece dalla premessa, come peraltro si è sempre affermato, che tale categoria non esiste giuridicamente e forse nemmeno descrittivamente.

⁴⁹ Per quanto riguarda il superamento della tripartizione codicistica si è già richiamata la sintesi di M. Renna, per quanto riguarda la complessità del sistema può essere richiamata l'opinione di M.S. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 4 "Il quasi completo silenzio normativo per i beni pubblici e i diritti reali pubblici fa contrasto con la disciplina dei beni e dei diritti reali privati, e sembra quasi smentire il principio di tipicità dei diritti reali o almeno parzialmente derogarvi. Se però dalle norme passiamo alla dottrina, ci avvediamo che sui beni e i diritti reali esiste un corpo di tradizione dottrinale che si presenta dotato di una solida consistenza. ... Siamo così in presenza di uno dei non molti settori del diritto positivo odierno del nostro paese, in cui vige una normazione giurisprudenziale, nel senso storico del concetto; una normazione su cui si fondano e in cui si confondono elaborati consuetudinari con insegnamenti della scienza e pronunce giurisdizionali".

⁵⁰ Per questo modello, pensato con riguardo a determinati beni demaniali, quelli cioè ad uso collettivo, sia consentito il rinvio a M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005.

Dall'altro lato, lo stesso discorso vale per il concetto di bene comune. Anche in questo caso è difficile riferirsi ad una categoria giuridica tanto più se si cerca attraverso di esso di accorpare fenomeni, diritti, situazioni, rapporti della più varia natura. Si pensi in proposito al fatto che tra i beni comuni è da taluno fatto rientrare anche il diritto alla salute, che, in quanto diritto fondamentale, costituzionalmente tutelato, non ha certo bisogno di passare per le strettoie di altri concetti al fine di ottenere riconoscimento e protezione.

Se allora si restringe il campo a determinati beni, e ciò vale sia per i beni pubblici sia per i beni comuni, la distanza tende ad annullarsi con l'impiego del modello qui proposto anche sul piano del diritto vigente e ciò senza per questo negare che l'attuale disciplina dei beni andrebbe ripensata ma anche nella consapevolezza che i lavori della commissione Rodotà difficilmente vedranno uno sbocco quantomeno nel breve periodo.

Un'ultima osservazione.

I beni comuni pongono essenzialmente un problema di gestione ed il problema della gestione per questi beni tende a risolversi in un problema di pubblica amministrazione: problema di strumenti, ma anche problema di atteggiamento culturale.

La garanzia dell'attuazione di questo modello, vale a dire l'apertura del bene all'uso comune, l'ammissibilità di usi esclusivi solo se compatibili con l'uso comune, la stessa consistenza del bene con tutti gli interventi eventualmente necessari per la manutenzione della cosa, sono rimessi all'autorità amministrativa, che, come noto, non è sempre il miglior campione nella tutela dell'interesse pubblico, "questo strano personaggio in nome del quale se ne combinano di tutti i colori".

Ed è altrettanto noto che la pubblica amministrazione tende ad essere forte con i deboli e debole con i forti.

Ma, per essere diversa da come attualmente (forse non è, ma come certo) è percepita, l'autorità amministrativa deve disporre di strumenti adeguati quali:

- Una forte competenza tecnica ed una struttura idonea alla ricerca dei dati reali in modo da garantire indipendenza di valutazione evitando la "cattura della regolazione" da parte degli operatori economici.
- Una capacità di programmazione e gli strumenti anche economici per attuarla ma, allo stesso tempo, un alto grado di discrezionalità, con la possibilità di un rapido adattamento delle decisioni al mutare delle situazioni.
- Trasparenza delle scelte e coinvolgimento della collettività, non escluso il *favor* per le proposte e le iniziative dei cittadini.

In breve, un modello che si profila alternativo al mercato fondato sulla proprietà esclusiva non può essere meno efficiente di quest'ultimo.

E per ottenere questo occorre un'amministrazione forte, dove per forte si intende competente, autorevole, e dotata dei poteri necessari.

Non sembri che questa prospettiva contraddica la moderna visione dell'amministrazione trasparente e partecipata, perché anzi è soprattutto la debolezza che conduce a rendere l'amministrazione chiusa in sé stessa.

Ma soprattutto è richiesto un adeguato atteggiamento culturale.

Si riporta come esempio un fatto realmente verificatosi.

Nella pianificazione di alcuni tratti di spiaggia, quindi di un bene aperto per disposizione codicistica all'uso di tutti, a fronte di alcune domande di pianificazione di comparti presentate da imprenditori che prevedevano in parte zone ad uso esclusivo ed in parte zone libere, l'amministrazione ha preteso che tutte le aree del comparto fossero acquisite in concessione cioè ad uso esclusivo.

Il motivo?

Le aree libere, a differenza di quelle in concessione ad uso esclusivo, non producono reddito. Come è facile notare questa scelta è orientata proprio in senso contrario all'idea stessa di bene comune.

Concludendo: la sopravvivenza dei beni comuni, dello stesso concetto di bene comune dipende da tante cose, tra queste la più importante risiede in una cultura dei beni comuni a tutti i livelli, ma soprattutto in capo a chi detiene i concreti poteri decisionali, quindi in capo alla pubblica amministrazione.