

FONDAZIONE
CESIFIN
ALBERTO PREDIERI

centro per lo studio delle istituzioni finanziarie
promosso dall'ente cassa di risparmio di Firenze

RICCARDO VIRGILIO¹

Il regime dei beni

Convegno

"Le Società Pubbliche"

Firenze, Saloncino del Teatro La Pergola

Venerdì 20 maggio 2005

¹Presidente
Consiglio di Giustizia Amministrativa
per la Regione siciliana

Società Pubbliche e Regime dei beni

Sommario:

Premessa	pag. 3
1) Società pubbliche operanti nei pubblici servizi	pag. 10
<i>a) Il regime dei beni pubblici tradizionale</i>	pag. 11
<i>b) La oggettivizzazione della attività amministrativa</i>	pag. 16
<i>c) Le privatizzazioni formali</i>	pag. 19
<i>d) I principi comunitari ed i riflessi sui beni dei servizi a rete</i>	pag. 22
<i>e) I beni strumentali a rete delle società pubbliche</i>	pag. 35
<i>f) Le nuove prospettive comunitarie nei servizi a rete e non</i>	pag. 39
<i>g) I precedenti dei porti, degli aeroporti e delle autostrade</i>	pag. 46
<i>h) Il servizio universale e la Costituzione Europea</i>	pag. 52
<i>i) Le privatizzazioni sostanziali</i>	pag. 59
<i>l) I servizi pubblici locali ed i beni strumentali</i>	pag. 63
2) Privatizzazioni di enti non economici e regime dei beni strumentali	pag. 73
3) Privatizzazione di beni a fini di valorizzazione patrimoniale	pag. 76
<i>a) La cartolarizzazione</i>	pag. 79
<i>b) Patrimonio S.p.A. ed Infrastrutture S.p.A.</i>	pag. 86
<i>c) Cartolarizzazione di beni delle Regioni e degli enti locali</i>	pag. 93
<i>d) La privatizzazione degli uffici pubblici</i>	pag. 97
<i>e) Società di trasformazione urbana</i>	pag. 100
<i>f) I beni culturali delle società pubbliche</i>	pag. 104

Società Pubbliche e Regime dei Beni

Premessa

Sia le Società pubbliche che il regime dei beni da esse posseduti hanno subito profondi mutamenti negli ultimi 30 – 40 anni dovuti per lo più a meccanismi economici ed alla influenza del diritto comunitario.

Si passa dall'azionariato di Stato all'assetto attuale delle privatizzazioni – cambia la filosofia dell'intervento pubblico nell'economia e quindi anche le funzioni delle società pubbliche vengono in questa fase almeno in parte modificate. Si assiste anche alla nascita di nuove categorie di società di tipo misto in cui, data la compresenza del pubblico con il privato, si tende sempre più ad uniformarsi alle regole di mercato.

Come già accennato, si passa dall'azionariato di Stato all'attuale fase di privatizzazione. Nell'azionariato di Stato tipico di cui alla legge 22 dicembre 1956 n. 1589 ed al D.P.R. 14 giugno 1967 n. 554 accanto al Ministero delle partecipazioni statali si collocavano i vari enti di gestione, (IRI, ENI, IMI, EFIM, EGAM, etc.) enti pubblici economici in veste di vere *holding* di settore che detenevano in tutto od in parte i pacchetti azionari delle società operative¹.

¹ v. Galgano “*Il nuovo diritto societario*” in “*Trattato di diritto commerciale*” vol. XXIX CEDAM 2003 pag. 439 e segg.

L'intervento degli enti di gestione e delle società operative nei settori di competenza era improntato, come disponeva l'art. 3 della L. 1589/1956, a "*criteri di economicità*".

Sul concetto di economicità e sulle sue differenze rispetto allo scopo lucrativo tipico delle società di diritto comune *ex art.* 2247 c.c. molto si è scritto² ma in generale veniva riconosciuta una sostanziale differenza, in considerazione del fatto che la istituzione e la attività degli enti di gestione era condizionata da motivi e finalità politiche che si esprimevano attraverso direttive impartite dal Ministero delle partecipazioni statali.

Di solito, l'intervento statale in un certo settore veniva motivato dalla esigenza di perseguire uno sviluppo industriale più incisivo di quello che si sarebbe ottenuto dall'investimento privato, poco incentivato a rischiare in quel settore, ma a tale finalità propriamente economica se ne affiancavano non di rado altre di carattere sociale, quali promuovere l'occupazione in determinate zone del territorio oppure, contro ogni logica e regola di mercato, tentare il salvataggio di imprese in crisi (GEPI).

In tale prospettiva, attesa la commistione tra finalità pubbliche e attività privata, i criteri di economicità che dovevano informare l'attività degli enti di gestione tendevano a privilegiare in sostanza le prime, nel senso che lo sviluppo dell'economia cui

² v. Peticari voce "*Partecipazioni statali*" in Edd. Giuffrè 1982 vol. XXXII pag. 43 e segg.

tendeva il sistema dell'azionariato di Stato poteva considerarsi conseguito con il pareggio dei bilanci societari poiché, come è peraltro logico, l'azionista pubblico Stato, per sua natura, privilegia le finalità pubbliche rispetto al conseguimento dell'utile di esercizio.

Pertanto, sussisteva un regime di economia mista con la presenza contemporanea sul mercato di operatori condizionati dalla mano pubblica e di operatori puramente privati spesso in concorrenza tra loro.

Il sistema ha operato per molti anni ed ha tuttavia svolto una sua funzione, contribuendo in modo rilevante allo sviluppo economico del Paese.

Il sistema delle partecipazioni statali è poi andato in crisi per la concomitanza di due fattori: uno interno al sistema stesso ed uno esterno.

Quanto al primo, ci si è resi conto che, una volta stimolata la industrializzazione in un settore, l'impresa privata, motivata dal lucro, vantava un grado di produttività molto superiore rispetto all'impresa pubblica e che quindi, una volta avviato il processo, la successiva espansione della industrializzazione ben poteva essere lasciata alla autonomia privata.

Il secondo fattore, stavolta esterno al sistema, è riconducibile alla affermazione, sempre più incisiva, dei principi comunitari sulla concorrenza e sulla libertà di stabilimento.

Lo Stato, con la sua illimitata capacità di indebitamento,

allorché scende in campo con l'impresa privata rappresenta un fattore distorsivo del mercato ed altera le regole della concorrenza³.

Lo Stato imprenditore viene perciò, lentamente ma progressivamente, costretto ad uscire o accettare le regole del mercato e della concorrenza che debbono, in linea di massima (o dovrebbero) restare uguali tanto per la impresa pubblica che per quella privata.

Inizia così l'era delle privatizzazioni, inaugurata con la L. 8 agosto 1992 n. 359, proseguite con il D.L. 31 maggio 1994 n. 332 e tuttora in corso.

Alla base della politica delle privatizzazioni risiede la volontà di liquidare il precedente sistema di economia mista. In questa fase si passa progressivamente da una privatizzazione dapprima soltanto formale (in cui gli enti di gestione si trasformano in società di diritto comune, ma continuano ad essere interamente posseduti dallo Stato) ad una privatizzazione sostanziale (in cui i pacchetti azionari vengono collocati in tutto o in parte sul mercato).

Il processo di privatizzazione, come accennato, è tuttora in corso e non mancano criticità come ad esempio allorché lo Stato, pur privatizzando in senso sostanziale, tende a riservarsi il controllo delle società privatizzate attribuendosi taluni poteri

³ v. Galgano op. loc. cit. pag. 444

speciali di indirizzo e controllo (cosiddette *golden share*)⁴ ma, come verrà meglio chiarito in prosieguo, l'inesco e l'influenza del diritto della Unione Europea appare sempre maggiore e con effetti autogeneranti nei confronti dei sistemi economici nazionali degli Stati membri.

Anche nel regime dei beni pubblici si può notare una parallela evoluzione. Nel sistema ereditato dal diritto francese⁵ l'uso del bene pubblico era inscindibilmente legato al regime della proprietà pubblica, ed i riflessi di tale concezione sono tuttora presenti negli articoli 41 e 42 della Costituzione e negli articoli da 822 a 830 del codice civile.

Peraltro, mentre nel passato rilevavano maggiormente i beni pubblici destinati ad un utilizzo collettivo degli stessi, rientranti per lo più nel cosiddetto demanio naturale (spiagge, porti, acque, etc.) progressivamente lo sviluppo dell'economia e l'affermarsi di esigenze sociali hanno evidenziato come non pochi beni pubblici, rientranti per lo più nel cosiddetto demanio artificiale, siano strumentali per fornire servizi essenziali per la collettività (strade, autostrade, ferrovie, aeroporti, acquedotti, etc.).

⁴ v. art. 2 D.L. 31 maggio 1994 conv. in L. 30 luglio 1994 n. 474 e F. Bonelli "*La privatizzazione delle imprese pubbliche*" Milano 1996 pag. 21 e segg.

⁵ v. Cerulli Irelli "*Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*" in Annuario 2003 della Associazione italiana dei Professori di diritto amministrativo Giuffrè 2004 pag. 3 e segg.

Nel regime di economia mista questi beni potevano essere realizzati e poi gestiti monopolisticamente dagli enti di gestione senza particolari difficoltà giuridiche, trattandosi in sostanza di enti strumentali dello Stato, ancorché economici.

I problemi si presentano e si riacuiscono invece con le privatizzazioni (siano esse formali che sostanziali) poiché si tratta di giustificare la proprietà o l'uso di beni realizzati con risorse pubbliche, attribuito, a volte anche in esclusiva, a soggetti, per lo più formalmente, ma a volte anche sostanzialmente privati.

Su tali problematiche, già di per sé di non facile soluzione, si sono poi inserite quelle di derivazione comunitaria la quale, nell'ottica di ampliare il mercato concorrenziale, tende sempre più a limitare i cosiddetti diritti speciali ed esclusivi delle imprese pubbliche ed a liberalizzare l'accesso ai beni pubblici strumentali quantomeno alle imprese che intendono fornire l'erogazione di pubblici servizi.

Non va infine dimenticato l'altro fattore che ha influenzato ed influenza il regime dei beni pubblici, almeno a partire dagli anni '90, e cioè l'esigenza, legata all'appartenenza dell'Italia alla Comunità Europea (ed ora alla Unione Europea), di diminuire dapprima il cronico disavanzo del bilancio pubblico, ed ora di rientrare altresì nei limiti del patto di stabilità sancito dal Trattato di Amsterdam del 1997, nell'ottica di una politica economica

comune⁶.

Tale esigenza ha portato alla constatazione della esistenza di un relevantissimo patrimonio pubblico, non strumentale a pubblici servizi di natura economica e per lo più immobiliare che non solo non produceva reddito (se non in modo irrisorio), ma che non poche volte consumava ricchezza⁷.

Queste esatte ed inoppugnabili considerazioni macroeconomiche, unite alle esigenze di bilancio sopra indicate, hanno spinto negli ultimi tempi tra l'altro ad una privatizzazione pura e semplice nell'intento di fare cassa il più rapidamente possibile con strumenti semplici (vendita diretta o tramite società specializzate) o più sofisticati (fondi comuni, cartolarizzazioni).

Altre volte invece si è scelta (autonomamente o contemporaneamente) la via della valorizzazione dei beni pubblici stimolandone la attitudine a produrre reddito ed affidando tale compito, a seconda dei casi, a società interamente pubbliche⁸ ovvero a società miste⁹.

Come accennato, sia l'uno che l'altro fattore hanno

⁶ v. ora anche gli articoli 1 – 3 e III 177 e seguenti della Costituzione Europea di cui alla legge di ratifica 7 aprile 2005 n. 57

⁷ v. Cassese “*Conclusioni*” in “*Annuario*” cit. pag. 379 e segg.

⁸ v. ad es. la Patrimonio dello Stato S.p.A. di cui all'art. 7 del D.L. 15 aprile 2002 n. 63 conv. in L. 15 giugno 2002 n. 112

⁹ es. società di trasformazione urbana di cui all'art. 120 del T.U. 18 agosto 2000 n. 167 e dell'art. 30 del D.L. 30 settembre 2003 n. 269 conv. in L. 24 novembre 2003 n. 326

modificato, più o meno profondamente, il regime dei beni pubblici di ciò si tenterà di fornire una breve panoramica, senza pretesa di completezza, iniziando dalle società pubbliche operanti nel settore dei pubblici servizi.

1) Società pubbliche operanti nei pubblici servizi

Si tratta per lo più, tranne alcune eccezioni vecchie e nuove¹⁰, di società derivanti da fenomeni di privatizzazione, per così dire formale degli enti di gestione operanti nei vari settori¹¹, e cioè di acquisto di forma societaria, peraltro con conservazione della precedente funzione per cui, anche il regime dei beni pubblici sotto questo profilo resta immutato. Restano cioè sempre beni strumentali sotto il profilo aziendalistico così come lo erano in precedenza.

Ciò che è mutato profondamente è invece la filosofia della loro strumentalità.

¹⁰ per le vecchie si può citare ad esempio la RAI su cui v. D.P.R. 29 marzo 1973 n. 176 e D.P.R. 1 agosto 1988 367 e per le nuove le società miste regolate ora dall'art. 113 del T.U. 267/2000 su cui v. *post.* lettera m)

¹¹ v. art. 1 D.L. 5 dicembre 1991 conv. in L. 29 gennaio 1992 n. 35

a) *Il regime dei beni pubblici tradizionale*

Secondo il regime precedente, ereditato, come accennato in premessa, dal sistema francese il bene, di per sé atto per natura a soddisfare un interesse generale (demanio naturale), ovvero creato artificialmente a tale scopo (demanio artificiale), non poteva che appartenere allo Stato o, meglio, non poteva che essere di proprietà pubblica. Il concetto di fondo alla base di quel regime parte dal presupposto che il privato, per sua natura, di solito non è mai interessato a perseguire fini generali altruistici, ma prevalentemente quelli egoistici. Perciò, se si vuole che il bene assolva la sua funzione di mezzo per soddisfare interessi connessi a servizi pubblici, ovvero se ne vuole assicurare una fruizione generale e collettiva, occorre che rimanga sempre di proprietà pubblica.

Il parallelismo tra destinazione pubblica e proprietà pubblica porta, come logica conseguenza, alla regola della inalienabilità del bene pubblico, alla impossibilità di costituire su di esso diritti a favore di terzi (art. 823 c.c.) alla sottrazione dello stesso ad azioni esecutive alla sua inusucapibilità (art. 1145 c.c.).

Per alcune categorie di beni la destinazione è perciò inscindibilmente legata *ex lege* alla proprietà pubblica e ciò vale in particolare per il demanio cosiddetto necessario (sia naturale che artificiale) *ex art. 822 primo e secondo comma del c.c.*, nel

qual caso parte della dottrina parla di proprietà riservata¹².

La destinazione pubblica è perciò l'elemento centrale e, per i beni demaniali, discende *ex lege* per il fatto della sola esistenza del bene in natura e per la appartenenza ad una delle categorie previste come proprietà riservata .

Da ciò discende che la inclusione del bene negli elenchi dei beni demaniali ha carattere dichiarativo, al pari degli atti di delimitazione del demanio e delle pronunce giurisdizionali all'esito di un eventuale contenzioso in materia¹³.

Per il demanio artificiale non è previsto in generale un provvedimento espresso di destinazione pubblica e per lo più si ricorre al concetto di demanializzazione implicita (es. derivante dalla costruzione di un acquedotto) o tacita (es. apertura al pubblico di una strada). Anche in questo caso, perciò, la dottrina attribuisce carattere dichiarativo alla classificazione nel senso che la classificazione registra eventi maturati prima e al di fuori di essa¹⁴.

Alla stessa stregua, la cessazione della demanialità dipende dalla cessazione della destinazione del bene (es. distruzione dell'immobile, inaridimento della sorgente) ed anche in questo

¹² v. Cerulli Irelli "*Proprietà pubblica e diritti collettivi*" Padova 1983 pag. 418 e segg.

¹³ v. Renna "*La regolazione dei beni a destinazione pubblica*" Giuffrè 2004 pag. 26 e segg. e dottrina ivi richiamata in nota 46

¹⁴ v. M.S. Giannini "*I beni pubblici*" Roma 1963 pag. 110 e segg.

caso la relativa, dichiarazione prevista dall'art. 829 c.c., si ritiene abbia effetto dichiarativo¹⁵.

Ciò è molto chiaro per il c.d. demanio naturale *ex art. 822* primo comma c.c. poiché per questi beni la sclassificazione dipende da mutazioni naturali¹⁶. Il carattere dichiarativo è meno evidente per il demanio artificiale (strade, opere di difesa nazionale, acquedotti, aerodromi, etc.) in cui invece la perdita della demanialità può anche dipendere dalla volontà della P.A.. Va tuttavia considerato che, anche in relazione al demanio artificiale, non è previsto (come per l'acquisto) un provvedimento, né tipico né costitutivo di sclassificazione.

Pertanto, così come per il demanio artificiale l'atto di classificazione registra fatti e/o volontà maturati altrove, similmente anche la perdita della demanialità dipende dal venir meno dell'uso pubblico, il che spesso trova riscontro in atti amministrativi impliciti (es. chiusura al traffico di un aeroporto). In realtà, anche per il demanio artificiale è previsto che debba intervenire la sclassificazione *ex art. 829* primo comma c.c., ma, sempre secondo la dottrina prevalente, anche in questo caso la sclassificazione, presuppone la ricognizione di una volontà preesistente desumibile anche meri da comportamenti della P.A.

¹⁵ v. Cerulli Irelli "*Proprietà pubblica e diritti collettivi*" cit. pag. 20 e segg.

¹⁶ v. M.S. Giannini "*I beni pubblici*" cit. pag. 105

incompatibili con l'uso pubblico¹⁷.

Vicende analoghe si verificano per il patrimonio indisponibile (art. 826 c.c.) dal momento che anche esso può essere naturale (foreste, miniere, cave, beni artistici nel sottosuolo) o artificiale (caserme, uffici, arredi degli uffici) e altri beni (non tipizzati) destinati uso pubblico (es. autovetture).

Per il patrimonio indisponibile naturale la applicazione dello speciale regime discende, come per il demanio naturale, da eventi indipendenti da ogni volontà per solo il fatto di venire in esistenza con quelle caratteristiche e, di converso, il regime viene meno per effetto dello snaturamento del bene che perde le sue caratteristiche (es. foresta bruciata, cava esaurita, etc.)¹⁸.

Anche per il patrimonio indisponibile artificiale si può quindi pervenire alle stesse conclusioni raggiunte per il demanio artificiale¹⁹. La destinazione al pubblico servizio non si rinviene in provvedimenti *ad hoc*, *ex se* di natura costitutiva, bensì si evince da atti e/o comportamenti ricognitivi della volontà maturata aliunde della P.A. (es. bando di appalto per costruire un pubblico ufficio). Analogamente si può concludere in relazione alla perdita della indisponibilità (trasferimento dell'ufficio in altra sede, chiusura della caserma). Va infatti osservato che, a

¹⁷ v. Renna op. cit. pag. 45 e segg.

¹⁸ v. A.M. Sandulli voce "*Boschi e Foreste*" in Edd. vol. VI Milano 1960 pag. 617

¹⁹ v. Renna op. cit. pag. 73

differenza dei beni demaniali, non è previsto per il patrimonio indisponibile un provvedimento di sclassificazione analogo a quello previsto dall'art. 829 per i beni demaniali. Di conseguenza, a parte alcuni provvedimenti tipici (es. radiazioni di navi da guerra) la perdita della indisponibilità, o meglio la revoca della destinazione pubblica, va ricondotta non poche volte a comportamenti o atti della P.A. incompatibili appunto con il mantenimento della destinazione pubblica.

In parte diversa è la situazione per i beni del patrimonio indisponibile non tipizzati (es. autovetture) in cui la indisponibilità sembra più riconducibile ai provvedimenti che direttamente li riguardano e da cui dipende il vincolo all'uso pubblico. Per questa categoria di beni parte della dottrina²⁰ ha messo in discussione il carattere meramente ricognitivo dei provvedimenti che li riguardano.

Comunque, una volta che per effetto di provvedimenti espressi (sclassificazione) ovvero di provvedimenti impliciti e/o di comportamenti concludenti²¹, i beni siano transitati dal demanio o dal patrimonio indisponibile a quello disponibile, gli stessi passano *tout court* sotto il regime della proprietà privata,

²⁰ v. Cassarino *“La destinazione dei beni degli enti pubblici”* Milano 1962 pag. 119

²¹ v. ad es. l'art. 7 del D.L. 24 dicembre 2002 n. 282 conv. in L. 21 febbraio 2003 n. 27 che ha disposto la vendita di uffici pubblici statali facendone cessare l'uso governativo

sono perciò liberamente alienabili, sono pignorabili, usucapibili, possono assumere qualsiasi destinazione anche diversa dall'uso pubblico.

b) *La oggettivizzazione della attività amministrativa*

Peraltro, in questo assetto tradizionale, anche prima delle privatizzazioni formali, interviene ed influisce un fenomeno di oggettivazione della attività amministrativa.

La attività amministrativa, tradizionalmente monopolio della Pubblica Amministrazione in senso soggettivo, viene sotto vari aspetti e varie forme demandata o affidata o concordata con soggetti privati²².

Sorgono strumenti programmatori negoziati sia a livello nazionale che comunitario²³ ed anche in specifici settori quale ad esempio i pubblici appalti, sorgono istituti come il *general contractor*, il *project financing* etc., che sono tutti espressione di un coinvolgimento del privato nel conseguimento di obiettivi pubblici.

²² v. Palma – Forte “*I beni pubblici in appartenenza individuale*” in *Annuario cit.* pag. 282 e segg.

²³ v. ad esempio gli accordi di programma di cui all'art. 34 del T.U. 267/2000, i programmi integrati mediterranei di cui al reg. CE 23 luglio 1985 e, sul problema in generale v. Pericu “*La attività consensuale dell'Amministrazione pubblica*” in AA.VV. *Diritto Amministrativo*, Bologna 1998 pag. 1625 e segg.

Si fa strada il concetto che i pubblici interessi possono essere curati e perseguiti anche tramite il concomitante interesse privato, e ciò viene canonizzato in via generale inserendo nel diritto amministrativo il provvedimento negoziato di cui all'art. 11 della legge 241/1990²⁴.

Una conferma di tale indirizzo si ritrova nell'art. 118 ultimo comma della Costituzione come modificato dalla legge costituzionale n. 3/2001, con riferimento alla cosiddetta sussidiarietà orizzontale²⁵.

Corollario del principio di sussidiarietà orizzontale secondo cui i privati, se più idonei, possono realizzare attività di interesse generale, è anche quello che essi debbano poter usare i mezzi necessari per questa attività e, di conseguenza, che tra tali mezzi possono essere compresi, a seconda dei casi, anche beni pubblici nel senso tradizionale prima passato in rassegna.

Anche la Unione Europea era ed è orientata nella stessa direzione concettuale²⁶, anche se i termini del rapporto sono in parte diversi rispetto al diritto costituzionale interno in quanto, in

²⁴ v. C.d.S. Sez. VI 15 maggio 2002 n. 2636 v. Caringella – Delpino e del Giudice “*Diritto Amministrativo*” – Simone 2005 pag. 589 e segg.

²⁵ v. BIN “*La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*” in *Le Regioni* 2002 pag. 365 e segg.

²⁶ v. art. 5 del Trattato della Comunità Europea modificato dal Trattato di Maastrich e di Amsterdam ed ora artt. 1 – 11 della Costituzione Europea ratificata con L. 7 aprile 2005 n. 57

base al principio di sussidiarietà²⁷, l'azione CEE riorganizza l'attività normativa dal basso in alto.

La CEE interviene solo in caso in cui l'azione degli Stati membri è inadeguata, insufficiente, ovvero nel caso in cui l'intervento CEE si dimostra comunque più efficace di quello che potrebbero porre in essere gli Stati membri.

In sostanza però il concetto di base risiede sulla affermazione che il potere pubblico autoritativo non deve continuare a svolgere compiti che più utilmente possono essere lasciati al mercato ed alla concorrenza.

In questa ottica, ripresa anche dall'art. 118 quarto comma della Costituzione, si valorizza e rivitalizza, anche il principio, già contenuto nell'art. 42 della Costituzione, della funzione sociale della proprietà privata, al cui godimento possono perciò essere posti limiti nell'interesse generale. Tale fenomeno si presenta, con riferimento poi al regime dei beni, in non pochi casi di privatizzazioni sia formali che sostanziali.

In effetti, come verrà anche meglio chiarito in prosieguo, l'accento si sta sempre più spostando dal proprietario del bene all'uso del bene medesimo.

Non è più importante accertare di chi è il bene, quanto l'uso che se ne fa. Perde vigore la convinzione che l'uso pubblico

²⁷ v. Tizzano *“Le competenze dell’Unione e principio di sussidiarietà”* in Riv. Dir. Eur. 1997 pag. 229, G. Tesaro *“Diritto comunitario”* Padova 2001

è garantito solo se il proprietario è un soggetto pubblico anch'esso²⁸.

In questa ottica va inquadrato il regime dei beni della prima categoria di società pubbliche citate in precedenza e cioè le società privatizzate derivanti da enti pubblici economici che fornivano pubblici servizi.

c) *Le privatizzazioni formali*

Si suole affermare in questi casi che la privatizzazione finora ha avuto carattere soltanto formale e non sostanziale.

La privatizzazione formale si verifica quanto l'ente perde il connotato pubblicistico e viene trasformato in soggetto privato (per lo più la veste è di S.p.A.). Muta quindi solo la veste giuridica, e si perdono anche a volte i fondi di dotazione, ma resta la proprietà pubblica delle quote o azioni in via totalitaria (es. FF.SS. S.p.A., ANAS S.p.A., Poste S.p.A.).

Si ha invece la privatizzazione sostanziale quando, oltre alla forma, cambia anche l'assetto proprietario e le azioni e quote sono detenute anche da privati in via maggioritaria o

²⁸ oltre a Cerulli Irelli "*Utilizzazione economica*" cit. paragrafo 4 v. anche G. Corso "*I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*" in *Annuario 2003* cit. pag. 29 e segg.

minoritaria²⁹.

Le ragioni della privatizzazione solo formale sono varie e per lo più legate ad aspettative di economie di gestione, che l'ente pubblico economico potrebbe conseguire (si spera) operando come società per azioni in regime privatistico (es. sul fronte dell'impiego, negli acquisti di beni e servizi, etc.).

Tuttavia, nella sostanza, pur mutando forma giuridica, moduli organizzativi e processi di gestione, l'impresa pubblica così privatizzata non esce dal sistema della organizzazione pubblica e continua a perseguire le sue finalità originarie.

E in sostanza una privatizzazione per alcuni aspetti di facciata,³⁰ ma sotto altri profili è rilevante perché segna innanzitutto la fine (anche se per il momento ora formale) di un monopolio pubblico in taluni di servizi essenziali i cui costi erano divenuti sempre più elevati e proprio in dipendenza di una gestione in regime di monopolio legale. In secondo luogo la privatizzazione, anche solo formale, segna la avanzata del diritto comunitario³¹.

Si tratta di un primo passo poiché, in effetti, la

²⁹ v. Amiconi *“Enti pubblici e Privatizzazione”* in Foro Amministrativo 1999 pag. 1

³⁰ v. la importante decisione 466/1993 della Corte costituzionale circa la sottoposizione a controllo delle società derivanti dalla trasformazione degli enti strumentali in società per azioni

³¹ v. Amorosino *“Le privatizzazioni in Italia mito e realtà”* in Foro Amministrativo 1999 pag. 1367

privatizzazione solo formale, di per sé, se non accompagnata da altre misure, non comporta, almeno inizialmente, altro che la sostituzione di un monopolio privato ad un monopolio pubblico³².

Anche sotto il profilo del regime dei beni la situazione, dal punto di vista sostanziale, rimarrebbe tutto sommato immutata.

Invero, i beni destinati al pubblico servizio e già qualificati come demaniali o patrimoniali indisponibili, continuano per lo più, e non di rado per legge, a restare assoggettati alla medesima destinazione pubblica malgrado sia mutata la veste giuridica del proprietario che, a seconda dei casi, passa da un soggetto pubblico (Stato o altro ente pubblico territoriale o non) ad un soggetto, almeno nella forma, privato.

Peraltro, come già accennato, sulle società pubbliche erogatrici di servizi succedute agli enti di gestione (o scorporate dai vari Ministeri) e sul regime dei beni strumentali da esse possedute o ad esse attribuite in seguito alla privatizzazione (anche se solo formale) incide profondamente il diritto comunitario e, in particolare, due principi.

³² v. Amiconi op. cit. par. 5

d) *I principi comunitari ed i riflessi sui beni dei servizi a rete*

Il primo è la liberalizzazione dei pubblici servizi³³ e la conseguente libertà di concorrenza e di stabilimento, ed il secondo è il divieto di aiuti di Stato³⁴.

Naturalmente, non tutti i servizi pubblici ricadono sotto questo regime. Restano fuori, almeno per ora, i servizi non economici o sociali³⁵ e restano fuori secondo taluni, anche quelli costituzionalmente qualificati di interesse primario dai singoli Stati³⁶.

Per quelli invece che la CEE ritiene comunque liberalizzabili il monopolio, ormai formalmente privato delle

³³ v. artt. 16 e 86 del Trattato CEE (TCE) su cui v. Munari *“La disciplina dei cosiddetti servizi essenziali tra diritto comunitario, prerogative degli Stati membri e interessi generali”* in Riv. Dir. Eur. 2002 I pag. 39 e segg.

³⁴ v. articoli 87 – 89 TCE

³⁵ sui servizi sociali v. Caputi Iambrenghi in *“Diritto Amministrativo”* a cura di L. Mazzaroli e altri Rimini 2001 pag. 1019 e segg.. Sulla esclusione dei servizi cosiddetti sociali dalle regole di concorrenza v. la Comunicazione della Commissione CEE 2001/C/17/04 *“I servizi di interesse generale in Europa”* in G.U.C.E. C 17/4 del 19 gennaio 2001. v. anche sullo stesso tema e con le stesse conclusioni Corte di Giustizia 22 gennaio 2002 in causa C 218/00 relativa al caso INAIL e 4 marzo 2003 C/319/99 relativa al caso del servizio sanitario della Spagna

³⁶ v. Sorace *“Diritto delle Amministrazioni pubbliche”* Bologna 2002 pag. 124

società pubbliche privatizzate, e il relativo regime dei beni viene ad essere fortemente intaccato³⁷.

La figura della società pubblica come unico gestore del servizio o concessionaria in via esclusiva *ex lege* anche se in alcuni casi permane viene a subire tuttavia profondi condizionamenti.

Innanzitutto la concessione o l'affidamento *ex lege* tende ad essere superato per effetto delle regole che impongono di assicurare la concorrenza tra imprese dei paesi membri e la libertà di stabilimento, per cui, al regime di monopolio *ex lege* si sostituisce progressivamente il principio della necessità della gara comunitaria³⁸.

³⁷ v. Corso op. cit. pag. 35

³⁸ è interessante notare che la Commissione CEE in una apposita comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario (2000/C 121/02) si è data carico di precisare che, indipendentemente da una disciplina comunitaria specifica sulle concessioni (di lavori e dei servizi nonché di questi nei settori speciali), risulterebbero comunque applicabili ad esse talune disposizioni del Trattato. Viene di seguito a distinguere a seconda della natura giuridica del concedente e dell'attività da esso esercitata.

Innanzitutto la Commissione ritiene che i principi del Trattato applicabili alle concessioni, (concessioni ancora non specificatamente disciplinate dalle direttive), siano quelli di non discriminazione, di parità di trattamento, di trasparenza, mutuo riconoscimento e proporzionalità.

In particolare per i settori esclusi, se si tratta – prosegue la Commissione - dello Stato ovvero di un ente che non opera

Il principio della necessità della gara comunitaria si afferma storicamente per prima in relazione alla realizzazione

specificatamente in uno dei settori esclusi e che voglia attribuire una concessione in uno di essi dovrà rispettare gli anzidetti principi del Trattato ed inoltre, se si tratta di una concessione di lavori, dovrà rispettare anche la direttiva lavori.

Non è chiaro se con tale ultima disposizione la Commissione abbia inteso estendere nei settori speciali la disciplina della concessione di costruzione e gestione dettata per i lavori e se tale indicazione debba ritenersi superata dall'articolo 18 della recente direttiva 17/2004.

Probabilmente il pensiero della Commissione, come viene meglio esplicitato nella seconda ipotesi, va collegato al settore di attività in cui opera il concedente. A questo proposito, non è neanche del tutto chiaro cosa intenda la Commissione per ente pubblico non operante specificatamente in uno dei quattro settori. L'interrogativo si pone in modo particolare per gli enti locali territoriali i quali sovente operano negli anzidetti settori in regime di monopolio di fatto.

La seconda ipotesi della Commissione si riferisce ad un ente pubblico operante specificatamente in uno dei settori speciali il quale, se vorrà affidare una concessione (si intende nel settore in cui opera) dovrà rispettare soltanto i sopracitati principi generali del Trattato. Ciò anche se la concessione comprenda anche la realizzazione di lavori poiché, in questo caso, la inapplicabilità della direttiva lavori è ricollegata alla attività dell'ente aggiudicatore.

Infine se il concedente è un ente privato, questo non sarà soggetto né ai principi del Trattato né alle direttive, il che sembra presupporre una avvenuta liberalizzazione del mercato e, cioè sembra presupporre che tale ente, ancorché privato, non goda più di diritti speciali od esclusivi.

delle infrastrutture necessarie per erogare il servizio pubblico³⁹.

In conseguenza non poche di queste infrastrutture vengono realizzate da imprese private che si sono aggiudicate gli appalti in virtù delle norme nazionali di recepimento delle norme comunitarie⁴⁰.

Vengono così realizzati i numerosi beni strumentali funzionali alla erogazione di servizi pubblici essenziali. Per questi ci si è chiesto quale fosse il momento dell'acquisto del carattere di demanialità o di indisponibilità. La risposta che viene prevalentemente data a questo interrogativo è nel senso che questi beni o vengono acquisiti direttamente, al momento della loro realizzazione, dallo Stato o dagli enti pubblici territoriali che li hanno commissionati, entrando così nel demanio o nel patrimonio indisponibile, ovvero, se realizzati ad esempio in regime di concessione e gestione, rimangono beni privati finché, al termine della concessione, non interviene la devoluzione a favore del concedente. Sino ad allora però restano vincolati al

³⁹ v. da ultimo la direttiva 2004/18 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e servizi, la direttiva 2004/17 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali

⁴⁰ v. L. 109/1999 e successive modifiche e integrazioni nonché D.Lgs. 17 marzo 1995 n. 158 come modificato dal D.Lgs. 25 novembre 1999 n. 525

pubblico esercizio come beni privati di interesse pubblico⁴¹ o a destinazione pubblica⁴².

Peraltro il problema si pone negli stessi termini (possesso di un bene strumentale necessario per l'erogazione di un servizio pubblico) non solo nel caso del realizzatore concessionario privato di costruzione e gestione, ma anche nel caso di privatizzazione formale del soggetto che precedentemente lo deteneva il quale continua a farne un uso connaturale alla sua destinazione pubblica.

Taluni⁴³, in questi casi, ritengono possa affermarsi la esistenza di un parallelismo tra la privatizzazione anche solo formale dell'ente e quella del bene, nel senso che anche il bene, come l'ente, sarebbe stato solo privatizzato formalmente (l'esempio più noto è quello del patrimonio ferroviario delle FF.SS.), mentre il regime giuridico dei beni resterebbe nella sostanza identico a quello precedente, e cioè finalizzato al perseguimento di un pubblico interesse⁴⁴.

In particolare, resterebbe anche a carico del soggetto

⁴¹ v. Amorosino *"I beni autostradali"* in Annuario 2003 cit. pag. 49 e A.M. Sandulli voce Autostrade in Edd. vol. IV Milano 1959

⁴² v. M.S. Giannini *"I beni pubblici"* Roma 1963

⁴³ v. Francario *"Privatizzazioni dismissioni e destinazione naturale dei beni pubblici"* in Annuario 2003 cit. pag. 219

⁴⁴ v. Corso *"I beni pubblici etc."* cit. pag. 34; v. anche C.d.S. Sez. IV 14 dicembre 2002 n. 6923 e C.d.S. Sez. V 4 giugno 2003 n. 3074 circa la privatizzazione del patrimonio ferroviario

formalmente divenuto privato, il divieto di sottrarre il bene alla sua destinazione al pari di quanto dispone il codice civile per i beni patrimoniali indisponibili all'art. 828 secondo comma c.c..

A volte il legislatore sancisce chiaramente questo principio in occasione di norme particolari sulle privatizzazioni di precedenti enti pubblici⁴⁵.

Peraltro, sia che si tratti di beni realizzati *ex novo*, sia che si tratti di beni, per così dire, ereditati, per la dottrina prevalente⁴⁶ restano beni, ancorché privati, comunque di interesse pubblico e cioè funzionalizzati a pubblico servizio. Tale caratteristica si dovrebbe evincere, in mancanza d'altro, per i beni di nuova realizzazione, dalla dichiarazione di pubblico interesse dell'opera e dalla conseguente attività di espropriazioni ed acquisizioni poiché non di rado, malgrado la privatizzazione formale, alle società pubbliche privatizzate continuano ad essere attribuite

⁴⁵ ad esempio nel caso ferroviario l'art. 15 della L. 15 maggio 1985 n. 210 sulla trasformazione della Azienda Autonoma FF.SS. in Ente autonomo dispone che i beni passavano all'ente "*secondo il regime civilistico della proprietà privata*" ma che "*i beni destinati a pubblico servizio non possono essere sottratti alla loro destinazione senza il consenso dell'Ente*". Per la trasformazione dell'ANAS in società per azioni v. l'art. 76 della L. 27 dicembre 2002 n. 289 il quale dispone che il trasferimento non modifica il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829 primo comma c.c. dei beni demaniali trasferiti

⁴⁶ v. M.S. Giannini e A.M. Sandulli op. cit.

funzioni amministrative in materia⁴⁷.

A seconda dei casi, come già osservato, l'opera realizzata o resta privata sino al termine della concessione o diviene immediatamente di proprietà della società pubblica privatizzata.

Il vincolo di destinazione tuttavia sussiste comunque. Taluno assimila il vincolo anzidetto ad un onere reale di destinazione⁴⁸ altri, con riferimento ad altra categoria di beni⁴⁹ lo qualificano come una obbligazione *propter rem*, ma tutti concordano nel ritenere che l'obbligo di destinazione pubblica incomba ad ogni proprietario, anche futuro, indipendentemente dalla sua natura giuridica.

I beni in questione verrebbero quindi a costituire una sorta di patrimonio separato all'interno delle società privatizzate o del privato concessionario che ne ha la gestione.

Si tratterebbe peraltro di un patrimonio separato *sui generis*, diverso da quello disciplinato agli articoli 2447 *bis* – 2447 *decies* del codice civile, poiché, se è vero che questi beni non possono essere comunque distolti dalla loro destinazione, è invece dubbio che possano essere assoggettati ad esecuzione forzata, e ciò a differenza dei patrimoni separati disciplinati dalle

⁴⁷ v. Amorosino “*I beni autostradali*” cit. pag. 46, Renna op. cit. pag. 128

⁴⁸ v. Napolitano “*Patrimonio dello Stato S.p.A. etc.*” in *Annuario* 2003 cit. pag. 255

⁴⁹ v. Foà “*Gestione e alienazione dei beni culturali*” in *Annuario* cit. pag. 174

norme di cui sopra, la cui funzione è quella rispondere separatamente dalla società per tutte le obbligazioni contratte per il singolo affare in vista del quale sono stati costituiti⁵⁰.

Piuttosto, qualche problema potrebbe porsi in sede di individuazione, perché non sempre è agevole accertare con precisione quali potrebbero essere i beni assoggettati a questo regime e quali no (v. C.d.S. Sez. V 4 aprile 2003 n. 3074 circa gli immobili da considerare pertinenza a quelli strettamente serventi l'esercizio ferroviario e v. anche C.d.S. Sez. VI 23 ottobre 2001 circa i diritti su beni strumentali demaniali ancorché di proprietà di altre Amministrazioni).

Nel patrimonio delle società pubbliche privatizzate confluiscono ed esistono beni strumentali direttamente funzionali al pubblico servizio e beni privi di tale caratteristica (es. sede di uffici).

A loro volta, anche nell'ambito degli stessi beni strumentali vi possono essere forme di utilizzazione estranee al servizio pubblico erogato e, pertanto, in questi limiti la società privatizzata e/o il concessionario ne potrebbe liberamente disporre.

Il problema si è posto per i beni autostradali nel senso cioè della compatibilità di un uso privato concomitante con l'uso

⁵⁰ v. Galgano *“Il nuovo diritto societario”* in Trattato di diritto commerciale vol. XXXIX Cedam 2003 pag. 17 e segg.

pubblico del bene strumentale⁵¹.

La pronuncia giurisprudenziale che ne è scaturita (Cass. 2817/2003) ha riconosciuto che la installazione di cartelloni pubblicitari lungo l'autostrada, limitatamente alle aree di sosta, non presenta connessioni con il servizio pubblico e che quindi la società proprietaria dell'autostrada può trattare con chi vuole in regime privatistico. A tale conclusione si è potuti ovviamente arrivare anche sul presupposto di una proprietà almeno formalmente privata del bene autostradale.

Altra problematica, che incide notevolmente sul regime dei beni delle società pubbliche è rappresentato dal modello dei servizi pubblici a rete⁵².

Questi servizi presuppongono la presenza di beni strumentali (la rete appunto) di grandi complessità (rete ferroviaria elettrica, idrica, del gas, autostradali, telematica) che comporta costi molto elevati (di realizzazione e di manutenzione).

Tradizionalmente questi servizi costituivano oggetto di monopolio, per lo più statale o di enti pubblici territoriali.

Si tratta dei servizi pubblici avvertiti come i più importanti

⁵¹ v. Amorosino *“I beni autostradali”* cit. pag. 53

⁵² v. Tonoletti *“Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete”* in Annuario cit. pag. 333 e segg.; v. Amorosino *“Le funzioni dei pubblici poteri nazionali nell'era delle reti”* in Foro Amministrativo 2000 pag. 3777 e segg.

ed essenziali dai cittadini e che non di rado toccano anche interessi, per così dire, strategici degli Stati europei (è sufficiente pensare alle reti di trasporto ferroviario dell'energia, a quelle telematiche) (v. ad esempio l'art. 1 settimo comma lettera i) della L. 23 agosto 2004 n. 239).

La U.E., come è noto, ha cercato e sta cercando di sostituire ai monopoli un mercato concorrenziale nei servizi a rete, con un processo che ricalca quello della liberalizzazione del mercato dei pubblici appalti, e cioè emanando direttive, inizialmente di principio, e, di seguito, sempre più particolareggiate e con vincoli sempre più stringenti.

Il processo è iniziato da più di 15 anni (la prima direttiva è la 88/301 in materia di telecomunicazioni) ed il processo è ancora in corso.

Anche in questo campo il motore della liberalizzazione risale alla necessità di applicare a questi servizi, che la U.E. definisce “*di interesse economico generale*” i principi della concorrenza⁵³.

Innanzitutto ci si è resi conto che in questi servizi, oltre all'aspetto economico industriale, è presente anche una forte componente di regolazione.

Sussiste cioè sempre a monte una disciplina delle modalità secondo cui questi servizi debbono venire resi all'utenza. Si è quindi evidenziato che la coesistenza negli stessi soggetti (tipica

⁵³ v. art. 86 secondo comma TCE cit.

del monopolio pubblico) del potere di regolazione del servizio e della attività di prestazione del servizio medesimo, avrebbe costituito un ostacolo alla liberalizzazione poiché il soggetto regolatore avrebbe cercato di dettare regole intese a favorire la sua concomitante attività di prestatore del servizio⁵⁴.

Di qui la prima regola comunitaria intesa alla separazione netta delle funzioni di regolazione delle funzioni operative nei servizi a rete⁵⁵, istituendo inoltre apposite autorità di regolazione nazionali, autorità in teoria anche indipendenti dai tradizionali apparati burocratici governativi⁵⁶.

Peraltro, una volta assicurata la terzietà del regolatore del servizio rispetto al gestore del medesimo, restava da risolvere un'altra criticità legata alle caratteristiche del bene strumentale "rete".

La finalità della liberalizzazione di un servizio a rete implica che più imprese possano concorrere nella fornitura del servizio agli utenti finali, e tale risultato sarebbe difficilmente ottenibile se non sterilizzando l'interesse economico del possessore della rete.

In altri termini, per chi detiene il possesso e il controllo

⁵⁴ v. Munari op. cit. par. 1 e 2

⁵⁵ v. da ultimo 11° *considerando* della dir. 2003/21 in materia di comunicazioni elettroniche

⁵⁶ v. da ultimo 15° *considerando* della direttiva 2003/54 in materia di mercato comune della energia elettrica, 13° *considerando* della direttiva 2003/55 sul mercato interno del gas

della rete deve restare indifferente, sotto il profilo economico, che la rete venga utilizzata da una piuttosto che da altra impresa.

Di qui la esigenza di separare la proprietà e/o la gestione della rete, dalla gestione del servizio reso attraverso la rete.

L'esempio più noto è quello ferroviario il quale risale alla direttiva 91/440 che ha separato la gestione della infrastruttura ferroviaria dal gestore del servizio di trasporto ferroviario⁵⁷.

Analoghi parallelismi possono essere riscontrati nei settori della energia elettrica e del gas⁵⁸.

Il diritto comunitario si preoccupa quindi della proprietà delle "reti" come di un bene la cui utilizzazione non è libera da parte del proprietario, ma che deve essere messo a disposizione del mercato in modo da consentirne, in regime concorrenziale, sia una corretta utilizzazione, sia anche lo sviluppo.

In questa prospettiva, la UE detta regole precise a carico del proprietario e/o gestore della infrastruttura a rete il quale deve garantire la possibilità di accesso alla rete, a condizioni non discriminatorie⁵⁹, alle imprese che intendono utilizzare la rete per rendere il servizio all'utenza.

Ovviamente, le modalità dell'accesso possono essere

⁵⁷ v. IV *considerando* della direttiva 91/440 e anche art. 2 lettera c) del D.Lgs. n. 189/2003

⁵⁸ v. direttiva 2003/54 sesto ed ottavo *considerando* e direttiva 2003/55 settimo e decimo *considerando*

⁵⁹ v. Tonoletti op. cit. pag. 359, Munari op. cit. par. 5

diverse a secondo del tipo di rete, e cioè se si tratta di rete duplicabile (es. telecomunicazioni) ovvero di reti non duplicabili o difficilmente duplicabili (strade ferrate, reti elettriche).

A seconda dei casi il proprietario o gestore della rete deve cioè mettere a disposizione la sua rete a chi voglia utilizzarla per gestire il servizio, ovvero, più limitatamente, deve consentire la interconnessione di altre reti con la propria (es. nelle reti elettriche o telematiche). In ogni caso, per il diritto comunitario il bene rete, quale che ne sia il proprietario (soggetto pubblico o privato), è un bene destinato ad uso comune del mercato e ciò vale anche nel caso del cosiddetto servizio universale e cioè di quel servizio in cui accedono come utenti sia imprese che cittadini comunitari ed extracomunitari⁶⁰.

Il gestore – proprietario, perciò, quale conseguenza, (e al tempo stesso presupposto), dell'obbligo di mettere a disposizione la rete ha anche quello di mantenerla in efficienza e, occorrendo, di svilupparla⁶¹.

A tal fine il diritto comunitario gli riconosce anche un

⁶⁰ sul servizio universale v. Giglioni “*Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*” in Foro Amministrativo 1998 pag. 2265, Munari op. cit. pag. 4 e v. anche direttive di servizio universale in materia di reti e servizi di telecomunicazioni n. 2002/22

⁶¹ v. ad es. 14° *considerando* della direttiva 2002/22 circa la rete telefonica fissa; v. art. 11 del D.Lgs. 188/2003 in tema di trasporto ferroviario; v. 8° *considerando* direttiva 2003/54 in tema di mercato elettrico; v. 10° *considerando* della direttiva 2003/55 sul gas

compenso che gli permette, oltre alla copertura dei costi fissi anche un compenso aggiuntivo per stimolare ulteriori investimenti di sviluppo della rete.

Appare evidente un parallelismo con la disciplina dei beni patrimoniali indisponibili di cui all'art. 829 secondo comma c.c. e con il regime giuridico delle società pubbliche derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici.

e) *I beni strumentali a rete delle società pubbliche*

In effetti, dottrina e giurisprudenza prevalenti sono orientate nel ritenere che i beni già demaniali e/o patrimoniali, costituenti le reti trasferite alle società succedute agli enti pubblici economici, innanzitutto vengono a far parte del loro patrimonio a titolo di proprietà e non a titolo di concessione da parte dello Stato⁶².

Peraltro, rimane applicabile a questi beni lo stesso vincolo di destinazione cui erano in precedenza assoggettati, e così, ad esempio, oltre a riprodurre formule analoghe a quelle utilizzate per beni destinati all'esercizio ferroviario⁶³ si definiscono

⁶² v. Renna op. cit. pag. 125

⁶³ v. art. 15 primo comma D.L. 16/1993 relativo ai beni di FS S.p.A. che richiama l'art. 15 della L. 210/1985 nonché l'art. 43 della L. 448/1998 modificato dall'art. 5 primo comma L. 488/1999 e v. anche l'art. 76 della L. 289/2002 relativo a ANAS S.p.A.

“pubbliche” le reti telefoniche malgrado la loro proprietà sia attribuita a soggetti privati. A questo proposito è interessante evidenziare che l’elemento pubblicistico viene ravvisato dal legislatore soltanto nell’essere la rete utilizzata interamente, o prevalentemente, per fornire servizi di comunicazione elettronica o telefonica accessibili al pubblico⁶⁴.

In sostanza, come già avvertito in precedenza, si sta consolidando una *communis opinio* sul fatto che, ancorché in assenza di una precisa normativa a carattere generale, i beni destinati a pubblici servizi a rete mantengono il loro regime speciale anche dopo la privatizzazione formale degli enti pubblici cui appartenevano.

Nel caso della privatizzazione dell’ANAS S.p.A. di cui all’art. 7 del D.L. 138/2002 come modificato dall’art. 76 della L. 289/2002 è stato precisato - ripetesì - che il trasferimento alla società della rete stradale e autostradale non modifica il regime di cui agli articoli 823 e 829 primo comma c.c. dei beni demaniali trasferiti.

La disposizione è indubbiamente chiara, ma forse il suo valore è meno reale di quanto appaia poiché le reti non sono beni, per così dire, statici ma, specie nell’epoca attuale, sono soggetti a continui interventi di manutenzione, ampliamento, sostituzione

⁶⁴ v. definizione aa) e bb) dell’art. 1 del Codice delle Comunicazioni elettroniche di cui al D.Lgs. 259/2003 e v. già l’art. 1 numero 2 della direttiva 2002/77

con nuove infrastrutture etc..

Di conseguenza, non è sufficiente risolvere il problema dei beni demaniali o patrimoniali indisponibili trasferiti, ma occorre anche darsi carico del regime dei nuovi beni della rete acquistati o fatti costruire dalle società privatizzate⁶⁵.

Sotto questo profilo, come già accennato, appaiono più utili per la soluzione della questione in esame le norme che attribuiscono alle società privatizzate ed ai gestori delle reti talune funzioni amministrative in vista della esecuzione delle opere necessarie alla realizzazione delle nuove infrastrutture a rete⁶⁶.

In altri termini, le forme di pubblicità della realizzazione di tali beni sarebbero l'indice più rilevante della pubblicità della loro destinazione e quindi (anche se non dichiarato) del loro futuro regime una volta venute in essere.

Sotto altro profilo, poi, la destinazione ad un uso pubblico, coerente con la natura di questi beni, ne impone, nel loro uso, la sottoposizione ad un preciso regime di regolazione da parte di pubblici poteri (a seconda dei casi organi burocratici tradizionali o Autorità di regolazione indipendenti).

⁶⁵ v. Renna op. cit. pag. 123

⁶⁶ v. la norma generale di cui all'art. 14 comma 4 *bis* del D.L. 333/1992; l'art. 7 secondo comma del D.L.138/2002 per l'ANAS; l'art. 1 *sexies* del D.L. 239/2003 modificato dalle L. 186/2004 e 239/2004 nel settore energetico

Il riconoscimento della destinazione ad un uso collettivo di tali beni e la necessità di regolarne l'uso comporta quindi anche in definitiva, la necessità di ammettere l'esistenza di un corrispondente vincolo di uso pubblico, almeno finché permanga tale destinazione⁶⁷.

Di conseguenza, dal momento che per tali beni più che un provvedimento formale di classificazione rileva la destinazione effettiva e dal momento che i vincoli di uso pubblico esistono e permangono indipendentemente dalla natura giuridica del proprietario, probabilmente la regola della inalienabilità, tipica dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili, potrebbe essere non più del tutto coerente una volta spezzato il binomio proprietà pubblica = destinazione pubblica.

Invero, una volta ammesso che la categoria dei beni "rete" per ciò solo è vincolata (in quanto bene di uso pubblico) a chiunque appartenga, la alienabilità tra soggetti privati potrebbe anche essere ammessa nel presupposto ovviamente del mantenimento della destinazione⁶⁸.

⁶⁷ v. Renna op. cit. pag. 293 ed art. 1 *quinquies* del D.L. 239/2003 citato che disciplina le modalità con cui gli impianti energetici possono essere posti fuori servizio

⁶⁸ es. cessioni di rami di azienda tra produttori o distributori di energia o nel settore delle telecomunicazioni

f) *Le nuove prospettive comunitarie nei servizi a rete e non*

Da ultimo va sottolineato come nella materia in esame appare sempre più incisiva la influenza del diritto comunitario.

La Costituzione europea⁶⁹ innanzitutto sembra avere rafforzato il ruolo della Unione Europea su quello degli Stati membri.

Innanzitutto, oltre ad essere ora codificato il principio della prevalenza di tutto il diritto comunitario su quello interno⁷⁰, per quanto qui interessa rileva il principio della individuazione dei settori di competenza esclusiva della UE e di quelli a competenza concorrente con gli Stati membri (articoli da 1 – 11 a 1 – 14).

Il tradizionale principio di sussidiarietà, che limita l'intervento comunitario nel caso di azione insufficiente o inadeguata agli Stati membri nel perseguimento degli obiettivi comunitari, si conferma come ormai limitato alle sole materie di competenza concorrente⁷¹.

Sembrerebbe quindi che nelle materie di competenza esclusiva e cioè in quelle in cui *“solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti”*⁷² il diritto comunitario

⁶⁹ ratificata con L. 7 aprile 2005 n. 57

⁷⁰ v. l'art. 1 – 6 che inserisce ora tra i principi generali quello che era frutto di una evoluzione giurisprudenziale

⁷¹ v. l'art. 1 – 11 terzo comma e già in precedenza l'art. 5 TCE

⁷² v. l'art. 1 – 12 primo comma

incontri ormai, forse, soltanto il tradizionale limite della proporzionalità e cioè di non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi della Unione⁷³.

Orbene, mentre le materie del mercato interno, dei trasporti dell'energia, delle reti transeuropee, che qui interessano, sono materie a competenza concorrente con gli Stati membri e quindi soggiacciono al principio di sussidiarietà (v. art. 1 – 14), la materia “*definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno*” è di competenza esclusiva dell'Unione (art. 1 – 13 lettera b).

Per quanto poi concerne i servizi in esame, qualificati dalla UE come servizi di interesse economico generale, va osservato innanzitutto che il loro accesso da parte dei singoli è dapprima inserito nella carta dei diritti fondamentali dell'Unione (art. III 96) e, di poi, che la loro concreta disciplina è soggetta alle regole di concorrenza come espressamente previsto dall'art. III 166 primo e secondo comma.

Il testo di quest'ultima disposizione ricalca l'art. 86 primo e secondo comma del trattato precedente sull'Unione Europea e della Comunità Europea, ma la filosofia appare in parte mutata.

Innanzitutto la competenza esclusiva dell'Unione sulle regole di concorrenza e, soprattutto, la possibilità di prescindere dal principio di sussidiarietà, possono consentire alla Unione, malgrado la riserva contenuta nell'art. III 166 secondo comma, di

⁷³ v. l'art. 1 – 11 quarto comma

sgretolare progressivamente le residue situazioni di monopolio delle imprese pubbliche⁷⁴.

Sotto il profilo invece dei beni destinati ai servizi di interesse economico generale, o ai servizi universali, è presumibile che i vincoli di destinazione previsti dalla normativa europea diverranno in futuro ancora più incisivi e stringenti.

Ciò potrebbe essere dovuto non solo per effetto delle regole sulla concorrenza, ma anche per il riconoscimento, a livello di Costituzione Europea (e non più di Trattato), di una serie di valori (art. 1 – 2) e di obiettivi (art. 1 – 3) di grande pregio politico, etico, culturale e sociale che trascendono (o quantomeno possono anche condizionare) i valori, pur fondamentali, ma puramente economici, della libera concorrenza e che trovano espressione nella Carta Europea dei diritti fondamentali inserita ora nella Costituzione Europea⁷⁵.

In questo senso è probabile che l'inclusione del diritto di accesso ai servizi di interesse economico generale tra i diritti di

⁷⁴ v. Pace *“La dichiarazione di Laeken e il processo costituente europeo”* in Riv. Trim. Dir. Pubbl. 2002 pag. 613; v. anche Von Bogdandy *“I poteri dell’Unione: una questione di competenza. L’ordine verticale delle competenze e proposte per la sua riforma”* in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit. 2002 pag. 303 e segg.

⁷⁵ sulla portata dell’inserimento della Carta Europea dei diritti fondamentali sulla Costituzione Europea oltre agli autori citati nella nota precedente v. Craig *“Costituzioni, costituzionalismo e l’Unione Europea”* in Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit. 2002 pag. 357 e segg. e Munari op. cit. par. 6

solidarietà di cui debbono godere tutti coloro che si trovino nella Unione, rafforzi in prospettiva i vincoli per i beni destinati a soddisfare tale diritto.

Sviluppando i precedenti accenni, e tenendo conto di quanto affermato da buona parte della dottrina comunitaria, si può osservare che la nascita di una costituzione scritta europea, ancorché ripeta norme e principi ereditati dai precedenti trattati e/o dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, come è noto, ha svolto in vari campi una funzione integrativa dei trattati stessi, una Costituzione scritta - ripetesi - assume un significato politico del tutto diverso rispetto al passato e viene da taluni considerata come una evoluzione, sia pure agli inizi, della trasformazione della UE da organismo di diritto internazionale ad organismo costituzionale vero e proprio⁷⁶.

In altre parole la UE, dotandosi di una propria Costituzione scritta aspirerebbe a porsi, sia pure in prospettiva, da organismo derivato ad organismo originario, aspirando cioè a trasformarsi in futuro da unione di Stati a Stato federale.

In questo senso, un passo importante sarebbe costituito proprio dalla inclusione nella costituzione europea della carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei i quali, in base ad essi potrebbero avanzare una legittimazione e pretese nei confronti dei loro stessi Stati⁷⁷ e ciò perché questi diritti non sono più

⁷⁶ v. Craig op. cit. sub III - C

⁷⁷ v. Craig op. cit. sub. VI C

individuati, come in passato, con riferimento a quelli riconosciuti dagli Stati Membri, ma sono quelli specificatamente elencati dalla Costituzione europea che ne descrive anche il contenuto minimo⁷⁸.

La costituzionalizzazione europea di tali diritti, la possibile difesa contro la loro violazione da parte degli Stati membri (art. III 365 quarto comma e v. anche art. II, 111, 112, 113) rafforza evidentemente la tesi per così dire costituzionalistica europea in contrapposto a quella internazionalistica⁷⁹.

Nella stessa ottica si pone la costituzionalizzazione del principio della prevalenza del diritto comunitario su quello interno.

La clausola di supremazia contenuta nell'art. 1 – 6 è coerente con la giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma il suo inserimento tra i principi guida dell'Unione, nel Titolo primo della parte prima, segna probabilmente un punto importante a favore della Corte di Giustizia nei confronti delle Corti costituzionali europee. Queste ultime, finora, sia pure in certi limiti, sono riuscite, o hanno tentato con varie argomentazioni, di sottrarsi alla supremazia del diritto comunitario, allorché ritenuto in contrasto con norme e principi fondamentali delle Carte

⁷⁸ v. Pace op. cit. sub 8

⁷⁹ v. sulle due tesi Cannizzaro *“Democrazia e sovranità nei rapporti tra Stati membri ed Unione europea”* in Dir. Un. Eur. 2000 pag. 241

costituzionali dei singoli Stati⁸⁰.

Similmente, la ripartizione, ormai costituzionalizzata a livello europeo, delle competenze verticali e orizzontali e la precisa individuazione delle verticali ha comportato, specie se collegata alla clausola di supremazia, la probabile perdita del diritto degli Stati a determinare unilateralmente le proprie competenze e l'annoso problema della competenza sulle competenze probabilmente si risolverà a favore della Corte di Giustizia⁸¹.

Sarà quindi probabilmente la Corte a decidere, in ultima istanza anche nelle materie a competenza concorrente, circa la applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità, di modo che la interpretazione di questi principi, che pure sono stati introdotti per contrastare un possibile aumento delle competenze dell'Unione⁸², verrà attribuita all'Unione medesima e per essa alla Corte di Giustizia in funzione di risoluzione di conflitti di competenza.

In questo possibile scenario è probabile che diventeremo, almeno in alcune materie, sempre più giudici comunitari e sempre meno giudici nazionali ed è quantomeno dubbio che in

⁸⁰ v. Craig. op. cit. sub IV F

⁸¹ v. l'art. III 369 primo comma lettere a) e b) e l'art. III 375 secondo comma e vedi già la nota causa Tobacco Advertising c. 376/98 decisa dalla Corte di Giustizia in questo senso a proprio favore.

⁸² v. Pace op. cit. par. 1

futuro i giudici Costituzionali nazionali possano sottrarsi, come a volte hanno fatto finora, all'obbligo di rinvio alla Corte di Giustizia delle questioni di interpretazione del diritto comunitario⁸³.

E' probabile quindi che anche la regolazione dei servizi pubblici economici essenziali, dei relativi beni strumentali, dei loro vincoli di destinazione, delle modalità di uso e di accesso, riceverà una disciplina comunitaria sempre più pregnante e che, se verrà dettata, come è stato finora, in vista di obiettivi di liberalizzazione, (e quindi soggetta a norme sulla concorrenza), dal momento che queste ultime sono ormai di competenza esclusiva comunitaria è probabile – ripetesì – che in questo campo non vi saranno più margini significativi per una regolazione nazionale.

Ciò avverrà probabilmente per tutti i beni strumentali in esame siano essi materiali (reti fisiche) che immateriali come dimostrano, in questo ultimo caso, gli interventi nel mondo delle telecomunicazioni caratterizzato, in alcuni specifici, settori, dall'uso di un bene immateriale tutto sommato limitato (etere o frequenze radio che dir si voglia) e da obblighi di servizio universale e che viene puntualmente disciplinato dall'Unione con invasioni nel potere degli Stati anche, secondo taluni, al livello

⁸³ v. Cannizzaro op. cit. sub 9 b

tipicamente amministrativo⁸⁴.

g) I precedenti dei porti, degli aeroporti e delle autostrade

D'altra parte ciò non dovrebbe costituire una novità se si pone mente a quanto è accaduto in tema di uso e gestione di importanti servizi e infrastrutture pubbliche con particolare riferimento ai porti agli aeroporti ed alle autostrade.

Quanto ai porti è noto come il regime dei beni sia stato indirettamente, ma significativamente, influenzato proprio dai principi comunitari sulla libera prestazione dei servizi portuali.

Il bene porto, come risultava dal codice civile e dal codice della navigazione del 1942 oltre ad avere la classica natura di bene demaniale (art. 822 primo comma c.c.) era interamente regolato, quanto alle attività economiche che vi si svolgevano, da regolamentazioni amministrative adottate direttamente da organi statali centrali e periferici, ovvero da speciali enti pubblici i quali, oltre ad attività amministrative, svolgevano anche attività economiche (e cioè talune operazioni portuali), in regime inizialmente di sostanziale monopolio. Va osservato che su tale regime non hanno influito tanto le cosiddette autonomie

⁸⁴ v. op. cit. Pace par 1 e v. anche le direttive 2002/21, 2002/22, 2002/20, 2002/19 e la fondamentale direttiva di liberalizzazione 2002/77

funzionali⁸⁵, quanto, com'è noto, l'intervento CEE sulla cosiddetta riserva di lavoro portuale di cui all'art. 110 C.N., riserva che affidava l'esecuzione delle operazioni portuali in esclusiva alle compagnie portuali. La condanna, da parte della Corte di Giustizia, del sistema monopolistico italiano delle operazioni portuali (in quanto contrario alle regole della libera concorrenza nonché alla libera circolazione delle merci⁸⁶), ha portato alle modifiche sostanziali di cui alla L. 28 gennaio 1994 n. 84 e s.m.i ed alla nascita delle Autorità portuali. Ad esse sono stati attribuiti compiti esclusivamente di controllo ed indirizzo, mentre le operazioni portuali vengono affidate ad imprese private che operano in regime di piena concorrenza, ancorché limitata dalle dimensioni del bene porto su cui debbono operare.

Quest'ultimo - e cioè il porto - permane quindi con la sua etichetta di bene demaniale marittimo, ma il suo uso ormai assume una connotazione aziendalistica⁸⁷ nel senso che diventa il luogo in cui si svolgono attività di imprese private, che l'Autorità portuale può bensì regolamentare, ma secondo i criteri di

⁸⁵ v. art. 19 L. 84/1994 e cioè le autorizzazioni concesse a talune imprese private di gestire l'intero ciclo delle operazioni portuali specie se connesse al proprio ciclo produttivo (imprese siderurgiche e metallurgiche) ovvero se relative a porti turistici

⁸⁶ v. Corte Giust. 10 dicembre 1991 causa C – 179/90

⁸⁷ v. Carbone *“La cosiddetta privatizzazione dei porti e delle attività portuali in Italia tra disciplina nazionale e diritto comunitario”* in Dir. Un. Eur. 2000 pag. 1

liberalizzazione riconosciuti necessari dalla U.E. e cioè di privatizzazione delle attività (l'Autorità non può riservarsi talune delle operazioni portuali) di non discriminazione (l'Autorità non può favorire operatori nazionali). L'Autorità deve poi consentire alle imprese la autoproduzione dei servizi portuali ed infine, anche per i cosiddetti servizi di interesse generale del porto (es. trasporti ferroviari interni, servizi ecologici, di telecomunicazioni, etc.) si applica ormai, anche per l'intervento dell'antitrust, il principio dell'affidamento ad imprese terze tramite gara comunitaria⁸⁸.

Gli spazi portuali vengono invece affidati alle imprese dei servizi portuali in regime di concessione e quindi, di fatto se non di diritto, anche il porto stesso risulta almeno in parte “*privatizzato*” ed almeno per la durata della concessione.

Per gli aeroporti la vicenda si è svolta in modo analogo per quanto concerne i servizi di assistenza a terra⁸⁹. Per i servizi aerei ha invece disposto il regolamento 2408/92 in forza del quale è stato liberalizzato l'accesso agli aeroporti da parte dei vettori aerei in regime di concorrenza, specificando inoltre che per aeroporto doveva intendersi non già una singola infrastruttura bensì un sistema di infrastrutture⁹⁰.

⁸⁸ v. Carbone op. cit. par. 3

⁸⁹ v. la direttiva 96/67 in tema di liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità

⁹⁰ v. art. 8 reg. 2409/92 e all. 1 e 2 concernenti l'Italia

In base al regolamento anzidetto la ripartizione del traffico aereo sui vari scali è stato fortemente condizionato dall'Unione Europea, come dimostra la condanna ricevuta dall'Italia nel caso Malpensa⁹¹ in cui è stato considerato discriminatorio e contrario alle regole di libera prestazione di servizi il riservare lo scalo di Linate alla sola compagnia di bandiera.

La dottrina ha avvertito immediatamente⁹² come il principio di sussidiarietà non abbia impedito che la CEE imponesse un certo utilizzo di beni pubblici, in quanto destinati ad un servizio ritenuto dalla Comunità di interesse economico generale e ciò senza tenere in alcuna considerazione le argomentazioni del Governo italiano il quale, in base all'anzidetto principio ed alla ripartizione delle competenze, rivendicava il proprio potere di conseguire anche altri pubblici interessi⁹³.

Analoga è la vicenda che ha interessato l'utilizzo della rete autostradale austriaca⁹⁴. In quel caso è stata ritenuta incompatibile con il diritto comunitario, poiché discriminatoria,

⁹¹ v. Corte Giustizia 18 gennaio 2001, in causa C – 361/1998

⁹² v. Carbone “*Principio di sussidiarietà e disciplina comunitaria di porti aeroporti ed infrastrutture di trasporto*” in Dir. Un. Eur. 2002 pag. 425 e segg.

⁹³ del decongestionamento del traffico aereo perché troppo vicino ad una grande città, l'interesse alla creazione di un indotto in una certa area etc.

⁹⁴ Corte Giustizia, 26 settembre 2000 causa C – 205/98

la imposizione al traffico in transito di tariffe autostradali maggiorate, tariffe ritenute anche in grado di compromettere il commercio tra Stati.

Anche in questo caso il principio di sussidiarietà e la distribuzione delle competenze tra Stati e UE non sono stati sufficienti a far prevalere le esigenze del Governo austriaco intese a ripartire il traffico su varie reti (non solo autostradali) evidenziandone i benefici effetti sul traffico stesso, sulla sicurezza pubblica e sull'ambiente.

In conclusione, come si è cercato di dimostrare, nei servizi pubblici essenziali ormai il regime dei beni strumentali (materiali e non, a rete o a singole infrastrutture) dipende sempre meno dall'elemento soggettivo, nel senso che la veste pubblica o privata del proprietario resta indifferente in relazione agli obblighi cui è sottoposto e, di converso, l'uso che se ne può fare, l'utilità che se può ritrarre (tariffe), il modo come deve essere messo a disposizione, gli obblighi di manutenzione, le norme tecniche da osservare in qualità dei servizi resi sono tutte norme oramai pressoché interamente di derivazione comunitaria.

Si può quindi concludere che ormai non solo il regime ma anche la effettiva tutela di quel regime dipenderà sempre maggiormente dalla applicazione del diritto comunitario la cui ultima e definitiva istanza rimarrà, come si è accennato, la Corte di Giustizia alla quale è riservata anche l'ultima parola sulla distribuzione delle competenze tra l'Unione e gli Stati membri.

Ciò si verifica anche nel caso in cui vengono eccezionalmente mantenuti diritti speciali o esclusivi a favore di imprese pubbliche⁹⁵ in vista della esigenza di fornire un servizio universale che altrimenti il mercato non fornirebbe ovvero non fornirebbe a quel prezzo⁹⁶.

Sarebbe infatti un errore ritenere che in sede comunitaria la normativa si preoccupi esclusivamente della libera concorrenza e quindi della sola massimizzazione del profitto.

Invero, se così fosse, ci si potrebbe astenere dal consegnare la posta ovvero di installare luce e telefono in qualche villaggio in montagna ovvero infine si potrebbe abolire lo scalo aereo a Pantelleria, servizi tutti palesemente antieconomici.

L'Unione Europea ha inteso superare l'impresa di Stato nella convinzione e nella constatazione che nei settori in cui gli Stati intervenivano, costituivano un elemento distorsivo della concorrenza e quindi un fattore di squilibrio del mercato⁹⁷.

⁹⁵ v. art. 86 primo e secondo comma TCE ed ora art. 166 primo e secondo comma della Costituzione Europea

⁹⁶ v. ad es. 11° e 12° 22°, 23° *considerando* delle direttive sul servizio universale postale n. 97/67 come integrato dalla direttiva 2002/39, nonché l'art. 4 della direttiva medesima sugli obblighi del fornitore del servizio universale postale

⁹⁷ v. Galgano op. cit. pag. 444

h) *Il servizio universale e la Costituzione Europea*

L'Unione Europea peraltro non ignora che determinati servizi debbono essere comunque resi anche se a volte in condizioni antieconomiche. L'Unione ha chiara questa esigenza ed ha elaborato la nozione di servizio universale associandolo a volte al potere degli Stati membri di riservare, se non l'intero servizio, un segmento di esso ad un monopolista nazionale⁹⁸.

Peraltro, anche in questo caso, la UE si preoccupa di fissare norme sulla qualità del servizio universale, sul controllo e sulle garanzie per gli utenti, sulla trasparenza contabile del fornitore del servizio universale e sui principi tariffari che deve rispettare⁹⁹.

In altri termini, la posizione del gestore dei beni destinati al servizio universale può anche essere di monopolio (a volte e per lo più naturale come nel caso ferroviario o stradale), ma innanzitutto deve sempre sussistere la separazione tra gestore del bene ed erogatore del servizio, e, comunque, si tratta pur sempre di un monopolio controllato e regolato poiché lo scopo del servizio universale è quello, enunciato in varie direttive, di un servizio *“che offra un insieme minimo di servizi di qualità*

⁹⁸ v. Munari op. cit. par. 4 e v. anche ad esempio l'art. 7 della direttiva 97/1967 sul servizio postale universale

⁹⁹ v. ad esempio il 26°, 31° e 39° *considerando*, nonché gli articoli 1, 3, 5, 7, 12 della direttiva 97/67

specifica che devono essere forniti in ciascuno Stato membro ad un prezzo accessibile a tutti gli utenti indipendentemente dalla loro localizzazione geografica nella Comunità”¹⁰⁰.

Inoltre, anche quando il mercato è completamente liberalizzato e non sussistono più, in nessun segmento del servizio, monopoli o diritti speciali ed esclusivi a favore di imprese pubbliche o private, l’Unione Europea si è data carico di riscontrare, in vari settori di pubblici servizi, la esistenza di esigenze di servizio universale in senso obiettivo, e quindi impone ai vari operatori, anche quando sono in concorrenza piena tra loro, in tutti i segmenti di uno specifico settore, quelli che la Unione stessa definisce quali “*oneri di servizio pubblico*” e cioè, ad esempio, “*qualsiasi onere imposto ad un vettore aereo di prendere tutte le misure necessarie, relativamente a qualsiasi rotta sulla quale sia stato abilitato ad operare da parte di uno*

¹⁰⁰ 11° considerando della direttiva citata 97/67 ma v. anche il quarto considerando della direttiva 2002/22 in cui si afferma che “*il fatto di assicurare un servizio universale (ossia la fornitura di un insieme minimo definito di servizi a tutti gli utenti finali a prezzo abbordabile) può comportare la prestazione di determinati servizi a determinati utenti finali a prezzi che si discostano da quelli risultanti dalle normali condizioni di mercato. Tuttavia, il fatto di fornire un compenso alle imprese designate per fornire tali servizi in dette circostanze non deve tradursi in una distorsione di concorrenza, purché tali imprese ottengano un compenso per il costo netto specifico sostenuto e purché l’onere relativo a tale costo netto sia indennizzato in un modo che sia neutrale in termini di concorrenza*”.

stato membro, per garantire la prestazione di un servizio che soddisfi determinati criteri di continuità, regolarità, capacità e tariffazione criteri cui il vettore stesso non si atterrebbe se tenesse conto unicamente del suo interesse commerciale”¹⁰¹.

Le stesse formule sono poi riprese anche dal legislatore nazionale¹⁰².

In conclusione si può affermare che nella Unione Europea si è fatta strada una “*nozione di pubblico servizio*”¹⁰³ che è di portata e ampiezza superiore a quello degli Stati membri in quanto viene per lo più visto in una prospettiva di servizio universale e ne viene rafforzata sia la diffusione, attraverso la previsione di reti transeuropee¹⁰⁴, sia la tutela che viene garantita agli utenti e consumatori per effetto di una normativa che rientra nelle competenze concorrenti della UE *ex art. 1 – 14 lettera f*).

Da questi sviluppi dell’ordinamento comunitario anche il regime dei beni strumentali nei pubblici servizi potrà risultare influenzato significativamente.

Infatti, nel precedente articolo 295 del TCE era canonizzato il principio della neutralità del diritto comunitario rispetto al regime della proprietà pubblica o privata con la

¹⁰¹ ad esempio *ex art. 2* direttiva 2408/92

¹⁰² v. ad esempio art. 1 D.Lgs. 16 marzo 1999 n. 79 in materia di mercato interno della energia elettrica

¹⁰³ v. art. III 238 Cost. Eu.

¹⁰⁴ v. art. 154 TCE ed ora art. 1 – 14 Cost. Europea che le include nelle materie a competenza concorrente nonché art. III 246

seguinte formula: “*il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri*”¹⁰⁵.

Attualmente l’art. III 77 della Costituzione Europea è impostato in modo del tutto diverso.

Il diritto di proprietà è inserito a pieno titolo nella carta dei diritti fondamentali dell’Unione.

Non è più presente il rinvio al diritto interno degli Stati. La UE colloca la proprietà tra i diritti fondamentali dei cittadini europei e ne traccia essa stessa i contenuti secondo la tradizionale formulazione romanistica attribuendo al proprietario il potere di godimento e di disposizione *inter vivos* e *mortis causa*.

La norma infatti così recita “*ogni persona ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquisito legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità . Nessuna persona può essere privata della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L’uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall’interesse generale*”. E’ da notare che, pur non essendo prevista (come nella nostra Costituzione) una proprietà pubblica viene ugualmente affermata la funzione sociale della proprietà privata e l’esproprio per pubblico interesse.

E’ quindi evidente che ormai si può parlare di un regime di

¹⁰⁵ v. Munari op. cit. par. 1 e Carbone “*Principio di sussidiarietà*” cit.

proprietà comunitaria e, in prospettiva, di una espropriazione comunitaria per pubblico interesse e, già da ora, di vincoli comunitari alla proprietà per motivi di pubblico interesse.

La formula comunitaria riprende principi conosciuti dal nostro ordinamento in quanto contenuti nell'art. 42 della Costituzione e che quindi non suscitano meraviglia in quanto tali.

Ciò che invece appare rilevante è la riserva a favore del diritto dell'Unione della salvaguardia e sviluppo dei principi e dei diritti fondamentali¹⁰⁶.

Particolarmente rilevante è poi anche la riserva di attuazione dei diritti stessi, riserva che non è limitata agli atti legislativi dell'Unione ma che si estende anche agli atti esecutivi dell'Unione stessa¹⁰⁷.

La attuazione di questi diritti presuppone poi anche la predisposizione dei pubblici servizi necessari per rendere concreto il loro esercizio e neppure va dimenticato che a non pochi di questi diritti (alla istruzione, II – 74, alla salute, II 95, alla sicurezza e assistenza sociale II 94), corrispondono servizi che noi definiremmo tipicamente sociali.

E' probabile quindi, come più volte accennato, che i vincoli attuali e futuri al regime dei beni strumentali impiegati nei servizi pubblici e specie per quelli che verranno realizzati *ex*

¹⁰⁶ v. il preambolo alla parte II nonché agli art. II - 111 e II - 112

¹⁰⁷ v. art. 11 – 112 quinto comma e cioè i regolamenti o decisioni esecutive *ex* art. I, 37 quinto comma

novo da imprese ormai del tutto private e che entreranno in un mercato liberalizzato dipenderanno sempre meno da scelte autonome degli Stati membri e sempre più da scelte della Unione.

Nell'effettuare poi queste scelte la Comunità si dimostra indifferente rispetto allo stato giuridico delle imprese¹⁰⁸ e nel concetto di pubblico servizio tende ad accomunare sia quelli che essa definisce come “*servizi di interesse generale*”, e cioè quelli che noi definiremmo servizi sociali, sia i “*servizi di interesse economico generale*” e cioè quelli che per noi sono i pubblici servizi *tout court*.

La introduzione poi, a livello europeo, del servizio universale con caratteristiche di interesse generale (e cioè nella sostanza con finalità sociali) e con modalità, qualità e controlli demandati esclusivamente alla normativa della Unione, non potrà che declassare l'intervento degli Stati nei settori dei servizi che verranno man mano occupati dall'Unione.

E così, malgrado la identità di letterale formulazione dell'art. 86 TCE rispetto all'art. III 166 della Costituzione europea, sembrerebbe potersi affermare che mentre il testo antecedente veniva considerato una riserva di deroga alle regole

¹⁰⁸ v. Giglioni “*Osservazioni sulla evoluzione della nozione di servizio pubblico*” in Foro Amm. 1998 pag. 2265 par. 11 e comunicazione Commissione CEE 25 settembre 1996 n. 281 in G.U.C.E. 26 settembre 1996

di concorrenza, deroghe che uno Stato membro poteva effettuare a favore delle proprie imprese pubbliche in vista di propri irrinunciabili pubblici interessi, in quello attuale il rapporto appare rovesciato: nel senso cioè che i diritti speciali ed esclusivi non potranno mai derogare alle regole poste dal diritto comunitario in attuazione della Costituzione europea¹⁰⁹.

Una volta infatti che la Unione dovesse assumere a suo carico in senso normativo determinati servizi universali, specie per dare attuazione ai diritti fondamentali inseriti in Costituzione quali la libertà di espressione e di informazione, il diritto alla istruzione, quello della salute, quello alla sicurezza ed assistenza sociale quello alla libertà di circolazione¹¹⁰, una volta - ripetesi - che l'Unione dovesse assumere questi servizi come universali, la eventuale limitazione alle regole della concorrenza ed i vincoli al regime dei beni strumentali saranno quelli fissati dall'Unione e non già dagli Stati Membri. L'art. III 166 della Costituzione europea sarà applicato direttamente e discrezionalmente dall'Unione medesima anche alle imprese pubbliche (ove ancora sussistano) e sarà sempre l'Unione a imporre gli obblighi di servizio pubblico universale e sarà infine essa e non più lo Stato

¹⁰⁹ v. Giglioni op. cit., Munari op. cit. e v. altresì in questo senso la comunicazione della Commissione 20 settembre 2000 n. 580 che facevano salve le valutazioni dello Stato membro di natura politica valutazioni che la CEE avrebbe potuto contestare solo in caso di “*errore manifesto*”

¹¹⁰ v. artt. II 71, II 74, II 95, II 94, II 105

a fissare le relative misure di compensazione per remunerare il fornitore cui sono stati imposti obblighi antieconomici di servizio pubblico.

L'Unione quindi sembra procedere speditamente verso servizi pubblici europei siano essi a contenuto solo economico che anche sociale, sia che utilizzino reti materiali che immateriali, sia che riguardino i cittadini dell'Unione, sia che vengano offerti a tutte le persone presenti nella Unione ancorché non appartenenti ad essa.

i) *Le privatizzazioni sostanziali*

In linea di massima, le problematiche dianzi delineate potranno influenzare il regime dei beni strumentali impiegati, nei servizi pubblici essenziali, sia nel caso di privatizzazioni soltanto formali (F.S. S.p.A., ANAS S.p.A., ENEL S.p.A. Poste Italiane S.p.A.), sia anche nel caso di privatizzazioni sostanziali.

Nella prima accezione, come è noto, le società sono definite quali enti pubblici in forma societaria¹¹¹ questione su cui già si era pronunciata la Corte costituzionale¹¹² e nella cui scia si è pronunciata ripetutamente anche la successiva giurisprudenza

¹¹¹ v. Pizza “*Società per azioni di diritto singolare, enti pubblici e privatizzazioni: per una rilettura di un recente orientamento del Consiglio di Stato*” in Dir. Proc. Amm. 2003 pag. 518

¹¹² v. Corte Cost. n. 466/1993

amministrativa¹¹³.

Per queste privatizzazioni, che tra l'altro gestiscono i più importanti servizi a rete (F.S., ANAS, ENEL) o un servizio universale (Poste Italiane S.p.A.) è, tutto sommato, agevole sostenere che, malgrado la forma privata, costituiscono tuttora entità strumentali dello Stato e che, di conseguenza, anche al di là delle esplicite affermazioni normative¹¹⁴, il regime dei loro beni rimanga sostanzialmente immutato rispetto al passato in cui era pacificamente riconosciuto il carattere di bene demaniale o di bene patrimoniale indisponibile.

Peraltro, come già in precedenza osservato, il concetto di bene pubblico ha spostato l'accento dal proprietario pubblico all'uso pubblico ed alla conseguente regolazione. Perciò attualmente la proprietà dei beni che sono strumentali a questi servizi pubblici per effetto del diritto interno (sempre più di derivazione comunitaria) è gravata di vincoli che restano inalterati anche in caso di trasferimento della proprietà dei beni stessi.

Di conseguenza anche la privatizzazione sostanziale di talune imprese pubbliche (es. Telecom) in realtà non ha modificato il regime dei beni.

Con la privatizzazione sostanziale delle società pubbliche

¹¹³ C.d.S. Sez. VI 20 maggio 1995 n. 498 , Sez. VI 28 ottobre 1998 n. 1478, Sez. VI 1° aprile 2000 n. 1885, Sez. VI 2 marzo 2001 n. 1206

¹¹⁴ per le F.S. e l'ANAS v. le norme riportate *ante* alla nota 44

si realizza una evoluzione del fenomeno della privatizzazione formale. Lo Stato, per ragioni che non sono più di economicità di gestione, ma che rispondono piuttosto alla necessità di diminuire il debito pubblico e gli impegni di spese per allinearsi ai parametri dell'Unione Europea¹¹⁵ si induce a dismettere, in tutto o in parte, le proprie partecipazioni nelle imprese pubbliche erogatrici di servizi pubblici essenziali collocandole sul mercato¹¹⁶.

Peraltro, nel momento in cui lo Stato dismetteva le proprie partecipazioni, non poteva ignorare che si trattava di società che gestivano le cosiddette *public utilities* e cioè servizi pubblici essenziali. Perciò il legislatore ha ritenuto di circondare il nuovo assetto privatistico (stavolta sostanziale) da talune cautele. Innanzitutto, anche sulla spinta comunitaria, sono state istituite nei vari settori Autorità di regolazione del mercato indipendenti¹¹⁷, onde evitare che il nuovo regime si risolvesse a danno dell'utenza.

A queste autorità è tra l'altro attribuito il compito di fissare le tariffe dei servizi e la loro qualità, nonché di disciplinare l'accesso al mercato. Ormai, le autorità di regolazione sono

¹¹⁵ v. Amorosino “*Le privatizzazioni in Italia: mito e realtà*” in Foro Amm. 1999 pag. 1367

¹¹⁶ D.L. 333/1994 conv. in L. 474/1994

¹¹⁷ v. Amiconi op. cit. punto 6, e v. art. 1 *bis* del D.L. 333/1992 conv. in L. 359/1992

entrate nella filosofia comunitaria con competenza generale su tutte le imprese che operano nei vari settori di: “*interesse economico generale*” secondo la definizione comunitaria, siano esse pubbliche o private (formalmente o sostanzialmente) e, quindi, rispetto alla fase precedente di privatizzazione formale, il regime dei beni come sopra descritto, non muta.

Piuttosto, nell’ottica di mantenere il controllo sui servizi pubblici essenziali, la normativa (art. 2 D.L. 332/1994) disponeva che prima di procedere alla privatizzazione sostanziale occorreva introdurre negli statuti societari speciali clausole che attribuivano al precedente unico azionista pubblico (Tesoro) poteri speciali che gli avrebbero consentito, in pratica, di mantenere il controllo effettivo della società (cosiddetta *golden share*) e cioè poteri di gradimento sulla assunzione di partecipazioni rilevanti, poteri di gradimento sulle validità dei patti parasociali di controllo, poteri di veto su delibere di particolare importanza sulla vita, sull’oggetto della società e sullo statuto, poteri infine di nomina di amministratori.

Com’è noto, queste disposizioni sono state censurate in sede europea¹¹⁸.

In conseguenza la *golden share* è stata riproposta¹¹⁹ con l’accortezza di precisare, onde evitare nuove censure europee, che la loro introduzione è finalizzata ad interessi pubblici

¹¹⁸ v. Corte di Giustizia 23 maggio 2000 in causa n. 58/1999

¹¹⁹ v. art. 66 L. 188/1999 e D.P.C.M. 11 febbraio 2000

generali non economici (ordine e sicurezza pubblica, difesa, sanità) e che comunque, le *golden shares* ed il loro esercizio non possono contrastare con gli obiettivi ed i principi comunitari.

Peraltro, l'esistenza o meno della *golden share* mentre può rilevare quanto alla libera circolazione dei capitali e dei servizi¹²⁰ non incide sul regime sostanziale dei beni strumentali impiegati nei servizi essenziali, regime che resta inalterato, come più volte evidenziato, quale che sia il proprietario.

Per concludere l'argomento sui servizi pubblici e sul regime dei beni ad essi strumentali occorre, sia pure brevemente, accennare al problema dei servizi pubblici locali e dei relativi beni e, da ultimo alla privatizzazione dei cosiddetti servizi sociali¹²¹.

l) *I Servizi pubblici locali ed i beni strumentali*

I servizi pubblici locali di rilevanza economica sono ora disciplinati dall'articolo 113¹²² del T.U. 267/2000.

In proposito, va rammentato che la disciplina del servizio pubblico locale è stata più volte modificata in relazione alle

¹²⁰ v. Francario op. cit. pag. 201

¹²¹ v. Francario op. cit. pag. 206 - 207

¹²² per quelli privi di rilevanza economica disponeva anche l'articolo 113 *bis* del Testo Unico 267/2000 dichiarato incostituzionale con sentenza Corte Cost. 272/2004

modalità di assunzione diretta del servizio da parte degli enti locali ovvero del loro affidamento a terzi¹²³.

Con l'articolo 35 della legge 448 del 2001 il sistema è stato modificato profondamente e, per quanto concerne il regime dei beni strumentali che qui interessa, il legislatore innanzitutto si è adeguato ai principi comunitari separando perciò definitivamente la proprietà delle reti e degli impianti, dalla erogazione dei servizi pubblici e, di poi, ha distinto i servizi a seconda della loro rilevanza industriale o non industriale¹²⁴.

¹²³ L'originaria stesura dell'articolo 113 del Testo Unico 267/2000 riproduceva l'articolo 22 della legge 142/1990 e prevedeva ipotesi di assunzione diretta o attraverso enti strumentali (azienda speciale o istituzione) a seconda della rilevanza imprenditoriale o meno del servizio. L'affidamento a soggetti terzi avveniva invece o attraverso ordinarie concessioni (e quindi con procedimenti ad evidenza pubblica) ovvero a società a partecipazione pubblica maggioritaria o anche minoritaria e ciò tramite affidamento diretto bilanciato esclusivamente dall'obbligo di individuare il socio privato mediante procedure ad evidenza pubblica in ambedue le ipotesi secondo quanto ritenuto dalla giurisprudenza, sia amministrativa che civile (v. C.d.S. Sez. V 19 febbraio 1998 n. 182 e Cass. SS.UU. 29 ottobre 1999 n. 754)

¹²⁴ Per quelli a rilevanza industriale ed in relazione alla gestione delle reti separata dalla erogazione dei servizi, rimaneva l'affidamento diretto a società a partecipazione pubblica maggioritaria e ciò in alternativa all'affidamento esterno ad imprese terze tramite procedure ad evidenza pubblica. Tale ultima modalità era l'unica prevista dal legislatore dell'epoca in relazione all'affidamento di servizi.

Parallelamente veniva disposto per i servizi privi di rilevanza

L'anzidetta disciplina era stata criticata dalla Commissione europea già con riferimento all'affidamento diretto a società a partecipazione pubblica prevalente *ex art. 22* terzo comma lettera e) della legge 142/1990¹²⁵. Successivamente, in relazione all'art. 35 della legge 448/2001, la Commissione¹²⁶ criticava l'affidamento diretto della gestione separata delle reti nonché quello dei servizi privi di rilevanza industriale ed infine la deroga al principio della concorrenza nel settore del servizio idrico integrato¹²⁷.

industriale introducendo un art. 113 *bis* nel Testo Unico 267/2000 nel quale tuttavia l'affidamento diretto poteva avvenire anche a favore di aziende speciali ed istituzioni e sopravviveva anche l'esecuzione diretta in economia.

La dottrina tentava di operare distinzioni tra le due categorie di servizi (a rilevanza industriale o meno) a volte facendo riferimento al lucro oggettivo che il servizio poteva rendere, altre volte al regime organizzativo del servizio da parte dell'ente locale (e cioè se attraverso di esso veniva prefigurato un profitto, indipendentemente poi dal suo effettivo conseguimento). Altri infine discriminavano in relazione alla introdotta separazione tra erogazione del servizio e proprietà delle reti ritenendo *tout court* industriali i servizi che per il loro espletamento implicavano l'utilizzo delle reti stesse.

¹²⁵ v. nota 8 novembre 2000 V/108243

¹²⁶ v. nota 26 giugno 2002 C/2329

¹²⁷ La Commissione in proposito sottolineava come l'affidamento diretto fosse possibile solo nelle ipotesi in cui l'affidatario costituisse un vero e proprio ente strumentale dell'amministrazione aggiudicatrice, in altri termini una sorta cioè di delegazione interorganica secondo le nostre categorie giuridiche e rilevava quindi

Il legislatore nazionale, con l'art. 14 del D.L. 269/2003, interviene nuovamente sugli articoli 113 e 113 *bis* del T.U. 267/2000 e innanzitutto modifica la qualificazione dei servizi pubblici locali. In secondo luogo, tenta nuovamente di adeguarsi alle osservazioni della commissione CEE.

Sotto il primo profilo, l'attuale versione dell'art. 113 T.U. 267/2000 distingue ora tra servizi di rilevanza economica e servizi privi di rilevanza economica, richiamando in parte la classificazione originaria dell'art. 22 della legge 142/1990¹²⁸.

L'altra innovazione, introdotta dalle ultime modifiche all'art. 113 e 113 *bis*, è costituita dalla limitazione delle ipotesi di affidamento diretto poiché viene stabilito che può essere affidata la gestione dei beni strumentali per i servizi pubblici locali a società a partecipazione pubblica, ma a condizione non solo che

come non fosse in linea con il diritto comunitario l'affidamento diretto a società partecipate *in toto*, o anche maggioritariamente da enti pubblici

¹²⁸ Sembra quindi reintrodotta la originaria distinzione tra servizi economici (e cioè afferenti ad attività produttive) e servizi sociali basati su principi di solidarietà e senza finalità lucrative, distinzione che riproduce l'orientamento della Corte di giustizia della CEE la quale aveva definito attività economica quella che implica la offerta di beni e servizi su un determinato mercato (anche se non a fine di lucro) ed attività non economica quella di un ente che eroga servizi in adempimento ad una funzione sociale basata su principi solidaristici (v. le già citate decisioni 22 gennaio 2002 C-218/00 INAIL e 4 marzo 2003 C-319/99 sul Servizio sanitario nazionale spagnolo)

la partecipazione sia totalitaria, ma altresì a patto che sussistano anche le altre condizioni individuate dalla giurisprudenza comunitaria¹²⁹ e cioè un controllo analogo a quello esercitato dalla Amministrazione aggiudicatrice sui propri servizi, ed inoltre che la società totalitariamente pubblica svolga la sua attività, in via maggioritaria, a favore degli enti controllanti.

In alternativa all'affidamento diretto viene previsto l'affidamento esterno (per la gestione delle reti e/o per l'erogazione dei servizi) ad imprese da individuare con pubblica gara. Viene poi reintrodotta l'affidamento senza gara a società a capitale misto pubblico o privato in cui peraltro il socio privato sia stato previamente individuato attraverso gara ad evidenza pubblica¹³⁰.

¹²⁹ v. Corte Giustizia 18 novembre 1999 causa "*Teckal*"

¹³⁰ In relazione all'anzidetta disciplina sono peraltro intervenute due decisioni che potrebbero influire sulla loro portata pratica.

La prima si riferisce alla decisione della Corte costituzionale n. 272/2004 che ha dichiarato parzialmente incostituzionale il settimo comma dell'art. 113 del testo Unico 267/2000 e, in via consequenziale, l'intero art. 113 *bis*. La seconda decisione è della Corte di giustizia europea 11 gennaio 2005 in causa C-26/03.

La decisione dianzi citata 272/2004 ha dichiarato parzialmente incostituzionale il settimo comma dell'articolo 113 ritenendo la norma estremamente dettagliata e perciò illegittimamente compressiva delle autonomie regionali in quanto non giustificata e proporzionata rispetto all'obiettivo di competenza esclusiva statale della tutela della concorrenza.

Per effetto di tale caducazione resta ferma la necessità della gara

comunitaria, (necessità riaffermata dalla Corte costituzionale), ma rimane un vuoto nella disciplina relativa che dovrà essere colmato con norme regionali.

Resta comunque da disciplinare *ex novo* l'intera materia dei servizi privi di rilevanza economica in quanto materia in cui non rilevarebbe la tutela della concorrenza e che quindi lo Stato non avrebbe potuto disciplinare esercitando una propria competenza come sembra potersi dedurre dalla decisione di cui sopra.

Dubbia è invece ora sotto il profilo comunitario la coerenza dell'art. 113 quinto comma lettera b) in relazione all'affidamento diretto della erogazione del servizio a società a capitale misto pubblico o privato. E' bensì vero che in questo caso è prevista la gara per la scelta a monte del socio privato, ma va altresì considerato che recentemente, con la citata decisione 11 gennaio 2005 C-26/03, la Corte di giustizia sembra avere affermato il principio secondo cui, in caso di società con partecipazione di capitale pubblico e privato, (anche se quest'ultimo minoritario), non possa mai farsi luogo all'affidamento diretto, ma occorra sempre espletare le procedure di affidamento tramite gara poiché, (tale sembra essere l'orientamento della Corte di Giustizia), l'affidamento diretto sarebbe ammissibile nelle sole ipotesi in cui sulla società partecipata si eserciti un controllo analogo a quello che l'Amministrazione esercita sui propri servizi.

Occorre quindi chiedersi se, dopo tale presa di posizione, gli organi della U.E. reputino ancora sufficiente a garantire il rispetto delle norme comunitarie la sola previa individuazione del socio privato attraverso una procedura di gara.

La comunità, infatti, sotto questo profilo sembrerebbe ritenere necessario l'espletamento di due gare una prima tesa all'individuazione del soggetto privato ed una seconda per l'espletamento dei lavori.

In sostanza quindi il legislatore nazionale, per quanto concerne i beni strumentali dei servizi pubblici locali, si adegua innanzitutto al principio comunitario della separazione della proprietà e della gestione rispetto alla erogazione. Inoltre, sempre in ossequio a principi comunitari, vuole anche evitare che nelle società pubbliche, che gestiscono i beni strumentali, possano in un modo o nell'altro introdursi interessi privati che potrebbero indirettamente influenzare il soggetto erogatore. Di conseguenza il legislatore si è dato anche carico, per questi servizi, (non pochi dei quali sono a rete), di disciplinare il regime dei beni (a rete e non) necessari per la loro erogazione.

A tal fine la proprietà di questi beni viene vincolata alla mano pubblica locale poiché al secondo comma dell'art. 113 viene vietato agli enti locali di cedere la proprietà delle reti degli impianti e delle altre dotazioni destinate all'esercizio dei pubblici servizi e, al successivo tredicesimo comma, pur ammettendo che questi beni possano essere conferiti a società di capitali, si dispone che in tali società la partecipazione pubblica sia totalitaria ed incedibile¹³¹.

In questo senso avrebbe infatti recentemente sottoposto a critica un bando di gara che con unica procedura tendeva ad individuare sia il socio privato di una società mista sia ad affidare ad esso i lavori.

¹³¹ Alla luce di tale disposizione sulla incedibilità della partecipazione pubblica totalitaria è stato ritenuto tuttora sussistente il regime demaniale (si trattava di un acquedotto) nella considerazione che l'art. 113 citato pur ammettendo la privatizzazione formale non contiene

Nel caso poi del tutto eccezionale, (per effetto di uno speciale regime transitorio) di cedibilità di partecipazioni di società già quotate è stato disposto che i beni strumentali ceduti restino tuttavia gravati da “*un diritto di uso perpetuo ed inalienabile a favore degli enti locali*”¹³².

E’ stato quindi rilevato come ancora una volta la proprietà di beni, anche demaniali, possa transitare nelle mani di un soggetto privato ferma restandone la sostanziale necessaria destinazione pubblica e come tale vincolo si applichi, attesa la formula della disposizione, financo ai beni mobili. Il tutto dimostrerebbe la irrilevanza delle forme di organizzazione dei pubblici servizi, nonché della distinzione tra demanio e patrimonio indisponibile, regimi ambedue superati da vincoli *ad hoc* per taluni versi anche più rigorosi¹³³.

Da ultimo, va rilevato che l’articolo 113 primo e quinto comma del T.U. 267/2000 sanciscono espressamente un rinvio dinamico alla normativa comunitaria la quale, quindi, man mano che verrà emanata avrà l’effetto di integrare la normativa interna e/o disapplicarla.

Alla luce del rinvio dinamico di cui sopra è evidente che

deroghe espresse all’art. 823 c.c. e che comunque l’incommerciabilità dei beni demaniali appare congruente con la incommerciabilità della partecipazione pubblica. (v. TAR Liguria Sez. II 16 dicembre 2004 n. 1716)

¹³² art. 35 undicesimo comma L. 448/2001

¹³³ v. Renna op. cit. pag. 146

anche per i beni strumentali dei servizi pubblici locali si applicheranno, in sede di realizzazione delle infrastrutture, le regole di concorrenza nell'affidamento di appalti¹³⁴, mentre per il regime dei beni una volta realizzati (proprietà) e per il loro uso (gestione), nonché per l'affidamento dei servizi, non potrà che riprendere vigore, in virtù del rinvio, la disciplina comunitaria che verrà emanata ed eventualmente anche quella nazionale di attuazione della prima.

Alla luce dell'anzidetto rinvio e per effetto della prevalenza del diritto comunitario, anche le disposizioni dianzi esaminate circa la incedibilità della proprietà pubblica dei beni strumentali per i servizi pubblici locali potrebbe un domani essere messa in discussione.

Invero, così come il diritto comunitario ha liberalizzato ormai completamente le comunicazioni elettroniche, alla stessa stregua potrebbe liberalizzare anche la proprietà dei beni stessi mantenendone peraltro inalterati obblighi di accesso della utenza, di manutenzione, e gli eventuali obblighi di servizio pubblico universale¹³⁵.

¹³⁴ v. da ultimo la direttiva 17/2004 nei settori speciali e la direttiva 18/2004 per gli appalti ordinari

¹³⁵ v. ad es. dir. 2002/1977 che abolisce tutti i diritti speciali ed esclusivi nei mercati delle reti e dei servizi di comunicazione elettronica (art. 2, 4, 5, 6); v. anche l'art. 3 del D.Lgs. 259/2003. In futuro ciò potrebbe ipotizzarsi con maggiore probabilità nei servizi (a rete e non) che non implicano un monopolio naturale

La funzione di regolazione dei servizi e dei beni sta quindi riversandosi a cascata negli ordinamenti nazionali, ma il regime dei beni strumentali, per quanto concerne i vincoli di destinazione degli stessi, malgrado queste prospettive future, ancora non emerge con sufficiente chiarezza dalla normativa comunitaria che, per il momento, sembra più preoccupata del problema, peraltro fondamentale, di contemperare le regole di concorrenza con le esigenze sociali di assicurare taluni servizi anche nei casi in cui si dimostrino non remunerativi.

Anche nel diritto interno in verità la situazione non sembra del tutto chiara. A parte talune disposizioni normative esplicite, e per lo più relative ad attribuzioni di beni demaniali a soggetti privati, manca nell'ordinamento una disposizione di principio a carattere generale che qualifichi i beni strumentali dei pubblici servizi (e specie quelli di nuova realizzazione) come vincolati alla loro destinazione, quale che ne sia il proprietario, e li sottragga ad alienazioni (volontarie o forzose), se non a favore di soggetti che ne mantengano inalterata la destinazione. In questo senso, la affermazione della esistenza di un onere reale¹³⁶ potrebbe essere una soluzione ma, per risultare realmente efficace, dovrebbe essere dettata come norma di principio, specificando chiaramente che i beni, da chiunque posseduti e destinati a pubblico servizio per disposizioni di diritto interno o comunitario non possono essere sottratti alla loro destinazione se

¹³⁶ v. Napolitano op. cit. pag. 255

Se mai un problema si porrà per i beni acquisiti da questi enti dopo la trasformazione poiché le disposizioni dei commi indicati in nota 139 sembrano riferirsi esclusivamente ai beni per così dire “*ereditati*” (v. in particolare il comma ottavo) di modo che si potrebbe dubitare circa il regime applicabile ai beni di nuova acquisizione.

Per altri enti pubblici non economici, trasformati invece in S.p.A., a volte il legislatore tace sul regime dei beni¹⁴⁰.

disposizioni, e non possono essere alienati o gravati di alcun diritto se non in base a specifica ed espressa autorizzazione del Ministero vigilante, secondo la vigente normativa, da rilasciarsi in casi eccezionali.

Gli atti adottati in mancanza di autorizzazione non possono essere trascritti e sono nulli di diritto, fatta salva ogni diversa forma di responsabilità prevista dalle vigenti disposizioni.

Il regime di autorizzazione permane sino a che sussista l'esercizio delle funzioni o dei servizi pubblici in via di convenzione o di concessione. Allo scadere definitivo delle convenzioni o concessioni, il regime di autorizzazione è prorogato sino alla convenzionale determinazione della destinazione finale dei beni. Le limitazioni di cui al presente articolo devono, in ogni caso, risultare negli statuti degli enti di diritto privato derivanti dalla trasformazione e sono iscritte nel registro di cui all'articolo 33 del codice civile”.

Al comma successivo è stato disposto che “*negli inventari patrimoniali degli enti di diritto privato derivanti dalla trasformazione sono distintamente elencati i beni che provengono dall'ente pubblico trasformato e quelli di successiva acquisizione*”.

¹⁴⁰ v. ad es. D.Lgs. 116/1999 concernente l'Istituto poligrafico dello Stato

Altre volte invece richiama espressamente un regime pubblicistico¹⁴¹.

Altre volte infine i beni a regime pubblico per natura vengono scorporati e attribuiti ad un ente territoriale¹⁴².

Per altro ente pubblico non economico di rilevante importanza e cioè l'Azienda autonoma assistenza al volo di cui al D.P.R. 145/1981, poi trasformata in ente autonomo dalla L. 665/1996 e, da ultimo, in società per azioni *ex art. 2* della citata L. 665/1996, nel silenzio della legge sulla sorte delle sue infrastrutture destinate a un pubblico servizio essenziale, è stato necessario acquisire un articolato parere del Consiglio di Stato per affermarne che pur nella assunzione di veste societaria i beni trasferiti mantenevano i caratteri della demanialità¹⁴³.

¹⁴¹ v. art. 1 quarto comma ed art. 2 terzo comma D.L. 141/1999 sulla privatizzazione dell'Ente Autonomo acquedotto Pugliese

¹⁴² v. ad es. art. 4 D.Lgs. 304/1999 sulla privatizzazione dell'Ente Eur laddove le strade, piazze, la rete ferroviaria e le altre infrastrutture di pubblici servizi già di proprietà dell'ente sono state trasferite al Comune di Roma

¹⁴³ v. in questo senso il parere del 26 gennaio 1999 su affare 1531/1998 in C.d.S. 1999 parte I pag. 1278 e non solo per i beni per così dire "*ereditati*" dallo Stato, ma altresì per i beni strumentali acquisiti successivamente. In quella occasione è stato affermato per la prima volta che malgrado il silenzio della norma di cui all'art. 35 L. 17 maggio 1999 n. 144 sulla futura privatizzazione, il regime dei beni del precedente ente pubblico (e cioè dell'Azienda Autonoma di assistenza al volo) e già trasferiti ad essa dal demanio dello Stato, mantengono tale vincolo ancorché passati in proprietà di ente non

3) Privatizzazione di beni a fini di valorizzazione patrimoniale

Esaurito, sia pure per sommi capi, l'esame delle privatizzazioni formali e sostanziali nei pubblici servizi, si può passare all'esame di altre forme di privatizzazione che riguardano i beni pubblici sotto il profilo della loro idoneità a produrre reddito e che sono ispirate da finalità diverse rispetto a quelle sin qui evidenziate.

Finora si è osservato come la privatizzazione nel settore dei pubblici servizi si presenti con diverse modalità e cioè sia formale nel caso in cui vi sia mutamento soltanto della forma giuridica, ma senza la fuoriuscita del soggetto privatizzato dal settore della organizzazione pubblica, ovvero possa anche assumere il contenuto di una privatizzazione sostanziale allorché si verifichi una vera e propria cessione dell'impresa pubblica a soggetti privati.

Nel primo caso lo scopo principale è quello di una mera

territoriale.

Piuttosto il problema in questo come in altri casi sarà quello di individuare i beni strumentali al pubblico servizio da quelli che tali non sono. Nell'anzidetto parere si afferma che questi ultimi sarebbero rimasti nel demanio dello Stato e che quindi l'ENAV (o ENAC S.p.A.) avrebbe dovuto corrispondere un canone per il loro utilizzo.

Il principio può essere condivisibile; ciò che invece sul piano pratico appare non agevole è individuare in concreto quali beni sono destinati ad *“assicurare in modo diretto ed immediato i servizi di assistenza al volo”* e quali no.

razionalizzazione, mentre nel secondo prevale l'esigenza di diminuire il disavanzo pubblico, ma in ambedue i casi va sottolineato che la privatizzazione del soggetto non comporta né la totale privatizzazione del pubblico servizio né la sottrazione del bene strumentale alla sua funzione.

In altri termini, sia per l'intervento del legislatore nazionale, sia per l'intervento di quello comunitario, il servizio precedentemente reso non viene abbandonato alle regole di mercato ma, sia pure in un'ottica di confronto tra più imprese, viene disciplinato in modo tale che continui ad essere fornito con livelli qualitativamente accettabili ed in modo che ne sia reso possibile l'accesso a ciascun richiedente a prezzi controllati e ragionevoli.

Nelle privatizzazioni in esame il problema non si pone negli stessi termini dianzi esposti.

Innanzitutto va esaminato un *corpus* normativo in cui il significato di privatizzazione equivale per lo più, o almeno tende, in prospettiva, alla alienazione.

Lo Stato, per ragioni eminentemente di cassa, decide di dismettere parte del suo patrimonio immobiliare.

Questo primo gruppo di disposizioni risale al D.L. n. 386 del 5 dicembre 1991 conv. in L. 35/1992 il quale, oltre alla trasformazione degli enti ed aziende autonome, prevedeva la alienazione di beni patrimoniali dello Stato suscettibili di

gestione economica¹⁴⁴.

Fin che l'alienazione concerne beni del patrimonio disponibile non si pongono particolari problemi. La funzione del patrimonio disponibile statale non differisce, sotto nessun aspetto, da quello del patrimonio privato. Si tratta cioè di beni destinati a produrre reddito, reddito che può essere ritratto con i comuni negozi di diritto privato quali la locazione o, appunto, la vendita.

E' stato perciò osservato¹⁴⁵ che queste operazioni sono pienamente compatibili con il regime giuridico e la destinazione del patrimonio disponibile e che, sotto questo profilo, restano ininfluenti le varie modalità attraverso cui si perviene alla alienazione.

Quest'ultima infatti può essere diretta¹⁴⁶, ovvero può avvenire attraverso intermediari (banche, società specializzate, società miste) come disponeva l'abrogato art. 2 del D.L. 386/1991 ed ora può essere effettuata anche in blocco a trattativa privata tramite la Agenzia del Demanio ai sensi dell'art. 7 del D.L. 24 dicembre 2002 n. 282.

La vendita può poi essere l'atto finale di operazioni più sofisticate come ad esempio, secondo quanto previsto dalla legge

¹⁴⁴ v. l'art. 2 del D.L. 386/1991 abrogato poi dall'art. 3 comma 97 della L. 23 dicembre 1996 n. 662

¹⁴⁵ Francario op. cit. pag. 210

¹⁴⁶ v. già l'art. 3 del R.D. 2440/1923 e l'art. 37 del R.D. 827/1924

finanziaria per il 1997¹⁴⁷, attraverso la sottoscrizione di quote di fondi immobiliari cui sono stati conferiti beni e diritti reali su immobili appartenenti al patrimonio dello Stato.

a) *La cartolarizzazione*

Anche le operazioni di cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico di cui al D.L. 25 settembre 2001 n. 351, in realtà, se riferite al patrimonio disponibile, non pongono problemi giuridici di rilievo per quanto concerne il regime dei beni.

I problemi, se mai, erano a monte di queste categorie di privatizzazioni, ed erano problemi tipici di amministrazione attiva.

Come è noto, infatti, una ricognizione del patrimonio immobiliare pubblico ancorché fosse stata prevista a suo tempo dalla legge di contabilità di Stato¹⁴⁸ per tutta una serie di ragioni, prevalentemente di ordine politico più che amministrativo, non era mai stata attuata. La ricognizione viene attuata a causa della

¹⁴⁷ v. l'art. 3 commi da 86 a 116 della L. 23 dicembre 1996 n. 662 e v. specialmente il comma 88 che, al pari dell'abrogato art. 2 D.L. 386/1991 si riferisce esclusivamente ai beni immobili appartenenti al patrimonio dello Stato e suscettibili di valorizzazione e di proficua gestione economica, v. anche in proposito Cerulli Irelli "*Utilizzazione economica etc.*" cit. pag. 10 – 11

¹⁴⁸ v. art. 2 R.D. 2440/1923 e artt. 11 e segg. R.D. 827/1924

necessità di finanza pubblica di rispettare i parametri del patto di stabilità di cui al trattato di Amsterdam del 1997¹⁴⁹. Di qui anche l'impulso alla attività amministrativa di ricognizione del patrimonio immobiliare pubblico affidata alla Agenzia del demanio *ex art. 1 del D.L. 25 settembre 2001, n. 351 convertito in legge 410/2001*.

Le operazioni di cartolarizzazione poi vengono effettuate attraverso la creazione di società veicolo a responsabilità limitata (cosiddette SCIP – società di cartolarizzazione di immobili pubblici). A queste società vengono trasferiti a titolo oneroso i beni immobili. Le società, per corrisponderne il prezzo, assumono finanziamenti ovvero emettono titoli che vengono sottoscritti dai risparmiatori o investitori istituzionali. Le società provvedono poi a valorizzare gli immobili (es. ne curano manutenzione o restauro) e/o procedono alla vendita sul mercato e con il ricavato rimborsano i finanziatori o i portatori dei titoli (ed eventualmente corrispondono anche il prezzo residuo rispetto a quello iniziale già pagato).

Si tratta di una tecnica in parte analoga a quella della cartolarizzazione dei crediti di cui alla legge 30 aprile 1999, n. 130, ma con finalità del tutto diverse.

Anche in quel caso una società veicolo diviene cessionaria di crediti (anche futuri). La provvista per corrispondere al cedente il prezzo dei crediti viene reperita dalla società veicolo

¹⁴⁹ v. Francario *op. cit.* pag. 213

emettendo titoli. Un altro soggetto, diverso dalla società veicolo, viene incaricato di riscuotere i crediti e con i proventi vengono rimborsati gli acquirenti dei titoli emessi dalla società veicolo.

Nella cartolarizzazione dei crediti lo scopo primario è di pulire il bilancio da poste di difficile realizzo attenuando il rischio dell'insolvenza dei debitori e acquisendo liquidità, almeno nell'immediato¹⁵⁰.

Nella cartolarizzazione del patrimonio immobiliare invece la finalità principale è quella di ottenere immediatamente liquidità¹⁵¹.

La SCIP si costituisce ad iniziativa del Ministero dell'economia¹⁵². Il capitale minimo delle SCIP è molto basso (10.000 €) anche perché non è il capitale che rappresenta la garanzia degli investitori. La caratteristica infatti della società è di costituire al suo interno uno o più patrimoni separati¹⁵³ nel

¹⁵⁰ v. Arena *“La cartolarizzazione dei crediti e dei proventi derivanti dalla dismissione del patrimonio immobiliare dello Stato: alcune riflessioni”* in Giur. Merito 2003 pag. 1078

¹⁵¹ v. Tombari *“La cartolarizzazione del patrimonio pubblico. I profili pubblicistici della dismissione”* in *“La cartolarizzazione del patrimonio immobiliare pubblico”* a cura di Giuseppe Morbidelli Quaderni Cesifin Giappichelli 2004 pag. 225 e 229

¹⁵² attraverso terzi, ma anche con atto unilaterale del Ministero in forma di S.r.l. (art. 2 primo comma D.L. 351/2001) e, in questo secondo caso, l'elemento negoziale del contratto di società è molto attenuato.

¹⁵³ v. art. 2 secondo comma D.L. 351/2001 cit.

senso che per ogni operazione di cartolarizzazione vengono individuati gli immobili destinati a soddisfare i diritti dei finanziatori o dei portatori dei titoli emessi per quella specifica operazione. Nessun altro creditore, della società in genere o di altre operazioni di cartolarizzazione, può promuovere azioni esecutive su quel patrimonio separato.

Si discute¹⁵⁴ se trattasi di società ordinaria ovvero di una società di diritto speciale, ma il tema, di grande interesse, che occupa i civilisti, non sembra incidere in modo rilevante sul regime dei beni.

Ritornando a questo argomento va ribadito che, come in precedenza osservato, la operazione di cartolarizzazione, qualora avesse ad oggetto immobili del patrimonio disponibile, non presenterebbe di per sé alcun particolare interesse. Gli interrogativi invece si pongono dal momento che le norme sulla cartolarizzazione, nell'ansia di fare cassa, hanno attribuito un particolare effetto giuridico ai decreti dell'Agenzia del demanio cui è affidata la propedeutica operazione di individuazione dei beni immobili dello Stato¹⁵⁵. Invero, a differenza di altre precedenti disposizioni, ai decreti dell'Agenzia non è stato soltanto attribuito effetto dichiarativo della proprietà statale con gli effetti dell'art. 2644 c.c. e cioè della trascrizione¹⁵⁶, ma è stato

¹⁵⁴ v. Tombari op. cit. pag. 235

¹⁵⁵ v. art. 1 primo comma D.L. 351/2001

¹⁵⁶ v. art. 1 terzo comma D.L. 351/2001

altresì loro attribuito l'effetto di far transitare i beni stessi nel patrimonio disponibile. L'art. 3 I comma del D.L. 351/2001 dispone infatti che *“l'inclusione nei decreti produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile”*.

La formula, come è noto, ha meritato la attenzione, ma anche le perplessità della dottrina¹⁵⁷, sembrando eccessivo che da un atto amministrativo, che avrebbe dovuto avere una mera funzione ricognitiva dell'esistente, potessero discendere effetti costitutivi così imponenti quale quello di sclassificare beni demaniali o revocare la destinazione del patrimonio indisponibile¹⁵⁸. La dottrina parte infatti dalla considerazione¹⁵⁹ che l'operazione delineata dal D.L. 351/2001 di per sé equivale a privatizzazione sostanziale del bene e cioè è intesa a farlo divenire, al termine dell'operazione di cartolarizzazione, oggetto di proprietà privata. In effetti la inclusione del bene in un patrimonio separato aggredibile dai finanziatori o portatori dei titoli non può condurre ad altra conclusione, poiché è ovvio che, o il bene si vende e con il ricavato si soddisfano i portatori dei titoli, (o i finanziatori) ovvero questi ultimi provocheranno la vendita forzata. Di conseguenza, la prevalente dottrina assume che un effetto di tale rilevanza non poteva essere affidato ad un

¹⁵⁷ v. Sorace *“Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici”* in Quaderni Cesifin cit. pag. 148

¹⁵⁸ v. anche Francario op. cit. pag. 226

¹⁵⁹ v. anche Renna op. cit. pag. 161

mero atto amministrativo quale la inclusione negli elenchi della Agenzia del demanio¹⁶⁰, e fa leva sulla formula contenuta nell'art. 3 comma diciottesimo del medesimo D.L. 351/2001, secondo cui “*restano fermi i vincoli gravanti sui beni trasferiti*”.

Questa disposizione starebbe a significare (in coerenza peraltro con l'art. 42 della Costituzione che riconosce la proprietà pubblica e con le norme del c.c. che ne disciplinano la dismissione), che ai decreti della Agenzia del demanio occorre riconoscere la nota ed usuale funzione di atto amministrativo meramente ricognitivo, senza possibilità di alterare il regime giuridico dei beni inclusi nel decreto.

In altri termini, saranno cartolarizzabili sicuramente i beni del patrimonio indisponibile, mentre per quelli demaniali o del patrimonio indisponibile sarebbe necessario, di volta in volta, che venga dichiarata la cessazione della demanialità o della indisponibilità secondo le regole e procedure ordinarie¹⁶¹.

Altri invece, facendo leva sul primo comma dell'art. 3 del D.L. 351/2001 e sulla formula richiamata secondo cui la inclusione del decreto “*produce il passaggio dei beni al patrimonio indisponibile*”, fanno notare come il legislatore sia libero di regolare, anche diversamente dal codice civile, le

¹⁶⁰ ora trasformata per di più in ente pubblico economico ex D.Lgs. 3 luglio 2003, n. 173 art. 3

¹⁶¹ v. Colombini “*Privatizzazione e obiettivi di finanza pubblica*” in Annuario 2003 cit. pag. 93 - 94

modalità del passaggio dei propri beni al patrimonio disponibile, e che quindi la norma in esame andrebbe letta come attuativa – integrativa dell’art. 829 primo comma c.c.¹⁶².

A tale esegesi si obietta che il legislatore potrebbe bensì legittimamente disciplinare in modo diverso intere categorie di beni in relazione alla loro natura ritenendola non più confacente a soddisfare interessi generali sottraendo così una intera categoria al regime demaniale e del patrimonio indisponibile (si parla ora di privatizzare le spiagge), ma che non potrebbe (e ciò specie con riferimento al demanio naturale) demandare ad un atto amministrativo di privatizzare un singolo bene ove esso continuasse, per le sue caratteristiche, a restare incluso in quella categoria di beni che rimane assoggettata a quel particolare regime pubblicistico¹⁶³.

A tali obiezioni si è risposto sostenendo che, alla luce di una corretta esegesi dell’art. 3 diciottesimo comma del D.L. 351/2001, coerente con i principi generali, la inclusione degli immobili nei decreti della Agenzia del demanio presuppone che gli stessi abbiano già perso quelle caratteristiche naturali cui era collegato il loro regime pubblicistico¹⁶⁴.

In proposito si può osservare che la Corte Costituzionale, come è noto, ha costantemente affermato che per alcuni beni

¹⁶² v. Renna op. cit. pag. 205 e Sorace op. cit. pag. 149

¹⁶³ v. Francario op. cit. pag. 228

¹⁶⁴ v. Renna op. cit. pag. 206, Sorace op. cit. pag. 149

esistono caratteristiche intrinseche che ne giustificano un particolare regime¹⁶⁵. Si tratterà di vedere se prevarrà, in una eventuale futura questione al riguardo, questo indirizzo ovvero le esigenze di finanza pubblica.

b) *Patrimonio S.p.A. e Infrastrutture S.p.A.*

Peraltro, proprio sulla spinta di tali esigenze, il legislatore ha proseguito nel chiaro intento di mettere quanto più a reddito il proprio patrimonio immobiliare e così ha costituito una società apposita e cioè la nota Patrimonio dello Stato S.p.A.¹⁶⁶ cui viene affiancata, con funzioni particolari la Infrastrutture S.p.A.¹⁶⁷.

La prima, a ben vedere, è società formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica con funzioni tipiche di ente strumentale¹⁶⁸ poiché il capitale non può essere che pubblico ed opera secondo direttive ministeriali previa delibera del CIPE¹⁶⁹.

Lo scopo della Società è quello di “*valorizzazione, gestione ed alienazione del patrimonio dello Stato*” peraltro - prosegue la norma - “*nel rispetto dei requisiti e delle finalità*

¹⁶⁵ v. Corte cost. n. 6/1966, n. 55/1968 in materia di vincoli paesistici n. 79/1971

¹⁶⁶ v. *ex art.* 7 primo comma del D.L. 63/2002 conv. in L. 15 giugno 2002, n. 112

¹⁶⁷ v. art. 8 del D.L. 63/2002

¹⁶⁸ v. Renna op. cit. pag. 155

¹⁶⁹ v. delibera CIPE 19 dicembre 2002, n. 124/2002

proprie dei beni pubblici". Pertanto, alla Società possono essere trasferiti ogni sorta di diritti gravanti su beni immobili pubblici, siano essi demaniali, che del patrimonio disponibile o indisponibile. Il trasferimento di questi beni "può" essere operato con le modalità e gli effetti della legge sulle cartolarizzazioni, ma viene espressamente previsto che il trasferimento non modifica il regime *ex artt.* 823 e 829 c.c. dei beni demaniali trasferiti, e che comunque restano fermi i vincoli gravanti sui beni trasferiti. Per i beni di particolare valore artistico è poi previsto che il trasferimento avvenga di intesa con il Ministro dei Beni culturali¹⁷⁰.

Da queste disposizioni la dottrina ha ravvisato un superamento, o meglio un ripensamento, rispetto alle norme sulle cartolarizzazioni, nel senso di una recuperata coerenza con il regime dei beni pubblici¹⁷¹.

Innanzitutto si è osservata la incongruenza tra il richiamo all'art. 3 primo comma del D.L. 351/2001, secondo cui la inclusione nei decreti produce il passaggio nel patrimonio disponibile, ed il richiamo, per i beni demaniali, agli articoli 823 e 829 c.c., e, per gli altri beni, il richiamo ai vincoli gravanti su di essi.

¹⁷⁰ v. art. 7 decimo comma D.L. 63/2002 come modificato dalla legge di conversione

¹⁷¹ v. Colombini op. cit. pag. 63, Sorace op. cit. pag. 149

La contraddizione viene risolta da taluni¹⁷² nel senso che il trasferimento dei beni alla Patrimonio S.p.A. può avere carattere anche soltanto formale. In altri termini, la previsione della semplice “*possibilità*” di trasferimento di immobili al fine di cartolarizzazione (e quindi di privatizzazione sostanziale), in concomitanza con la affermazione della perduranza del regime demaniale e dei vincoli di destinazione, starebbe ad indicare la necessaria propedeuticità degli ordinari procedimenti di sclassificazione per i beni demaniali o di revoca della destinazione per i patrimoniali disponibili. Ove invece i beni non vengano trasferiti con scopi di cartolarizzazione¹⁷³, gli stessi possono essere messi a reddito in ogni altro modo possibile che non ne incida sul regime (i beni demaniali potranno ad esempio essere oggetto di concessione) eventualmente previa valorizzazione (es. previo restauro e/o ampliamento). Si tratterebbe quindi di una ipotesi di privatizzazione soltanto formale, perché la Patrimonio S.p.A. agirebbe in sostanza come potrebbe agire la Amministrazione già proprietaria del bene.

Naturalmente, specie per i beni demaniali e del patrimonio indisponibile trasferiti a Patrimonio S.p.A., mentre appare congruo e coerente con la finalità della legge e con la natura dei

¹⁷² v. Renna op. cit. pag. 161

¹⁷³ e comunque, anche in quel caso, finché non intervengano i provvedimenti di sclassifica o di revoca della destinazione da parte delle autorità competenti

beni riservare alla società stessa la valorizzazione ed una più proficua gestione, non sembra possibile che la Società, che opera in regime privatistico, possa esercitare anche le funzioni amministrative connesse all'uso di quei beni. E così, ad esempio, la determinazione dei canoni e/o dei proventi per l'uso dei beni demaniali resterà di competenza del Ministero della economia; la regolamentazione dell'uso di beni del demanio marittimo resterà di competenza del Ministero dei Trasporti etc.¹⁷⁴.

La tutela in via amministrativa di questi beni nei confronti di terzi verrà poi espletata dalle medesime autorità amministrative competenti ad esercitare le funzioni di regolazione dell'uso del bene.

La Patrimonio S.p.A. in effetti rappresenta lo sbocco di un nuovo concetto della proprietà pubblica immobiliare. Invero, già nella nuova impostazione del conto del patrimonio dello Stato si prevedeva una classificazione dei beni al fine di individuarne quelli suscettibili di utilizzazione economica¹⁷⁵. Con la legge finanziaria per il 1999¹⁷⁶ si prevedeva poi la dismissione e, in particolare, la valorizzazione del patrimonio immobiliare statale, intento quest'ultimo che viene ribadito con la L. 2 aprile 2001 n. 136.

Con la creazione della Patrimonio S.p.A. cui vengono

¹⁷⁴ v. Napolitano op. cit. pag. 267

¹⁷⁵ v. L. 3 aprile 1997 n. 94 e D.Lgs. 7 agosto 1997 n. 279

¹⁷⁶ v. art. 19 L. 23 dicembre 1998 n. 448

trasferiti non solo beni destinati alla cartolarizzazione, ma anche beni in funzione di valorizzazione (del demanio e del patrimonio indisponibile), ma senza mutamento di destinazione, si può ravvisare un altro di quegli esempi in cui è venuto meno il legame tra proprietà e destinazione pubblica, dal momento che si continua a mantenere quest'ultima, anche tramite un soggetto privato, il quale, inoltre, persegue anche un'altra finalità, anche essa pubblica, volta all'incremento delle possibilità economiche del bene nei limiti ovviamente in cui risulti ciò compatibile con la sua destinazione pubblica¹⁷⁷.

Conclusioni in parte analoghe possono essere raggiunte con riferimento alla coeva "*Infrastrutture S.p.A.*".

Si tratta, come recita l'art. 8 del D.L. 63/2002, di una società finanziaria il cui scopo è appunto quello di finanziare, in via sussidiaria rispetto alle ordinarie operazioni di finanziamento, (banche o intermediari) le infrastrutture e le grandi opere pubbliche purché suscettibili di utilizzazione economica.

La particolarità, per quanto concerne il problema in esame, è data dalla circostanza che pure essendo una finanziaria,

¹⁷⁷ v. Cerulli Irelli "*Utilizzazione*" cit. pag. 16 – 17 che porta l'esempio di concessioni di beni minerari, di stabilimenti balneari, dei pedaggi autostradali, dei biglietti dei musei, degli usi collaterali dei beni pubblici quali concessioni o autorizzazioni di servizi ausiliari (ristoranti in musei, autogrill, servizi di assistenza, etc.)

(ancorché *sui generis*¹⁷⁸ in quanto necessariamente sussidiaria del finanziamento privato), può tuttavia detenere beni immobili¹⁷⁹ ed inoltre, per effetto del richiamo ai commi 10 e 12 del precedente articolo sette¹⁸⁰, alla società possono essere trasferiti, a titolo oneroso, beni dello Stato, degli enti pubblici non territoriali e di società controllate dallo Stato.

Lo scopo della società, peraltro, resta sempre quello di concedere finanziamenti, la cui liquidità è ottenuta con la previa emissione di titoli collocati presso i risparmiatori. A garanzia dei portatori dei titoli è previsto che la società possa destinare i propri beni e diritti al soddisfacimento dei diritti dei portatori dei titoli costituendo a tal fine anche patrimoni separati in relazione alle varie operazioni di finanziamento.

Ci si è quindi posto l'interrogativo¹⁸¹ se i beni demaniali o patrimoniali eventualmente ceduti a Infrastrutture S.p.A. potessero essere compresi in tali patrimoni (e quindi in definitiva privatizzati in senso sostanziale). All'interrogativo è stata data, prima dal Governo, e poi pressoché unanimemente dalla dottrina, risposta negativa nella considerazione che il richiamo alle norme

¹⁷⁸ v. Dugato “*Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.A.*” in *Annuario* 2003 cit. pagg. 124 e 131

¹⁷⁹ v. art. 8 terzo comma D.L. 63/2002

¹⁸⁰ v. art. 8 quarto comma D.L. 63/2002

¹⁸¹ v. Renna op. cit. pagg. 160 e 169 che richiama anche le perplessità espresse dal Capo dello Stato in occasione della promulgazione della legge

sulla Patrimonio dello Stato S.p.A. implica il rinvio anche al regime dei beni demaniali e patrimoniali indisponibili ivi delineato e quindi anche alla propedeutica necessità delle procedure in tema di sdemanializzazione, e di revoca della destinazione pubblica per i beni patrimoniali indisponibili. Tale conclusione resterebbe inoltre rafforzata dalla previsione contenuta nel quarto comma dell'articolo 8 D.L. 63/2002 come introdotto dall'art. 5 comma 27 del D.L. 269/2003 conv. in L. 326/2003 secondo cui *“restano ferme le competenze in materia di gestione di beni demaniali attribuite agli enti locali dalle norme vigenti”*.

Sarebbe invece ammissibile un trasferimento alla Società di beni demaniali o patrimoniali per fini diversi dall'essere posti a garanzia dei finanziamenti (e quindi destinati alla vendita).

I trasferimenti allora sarebbero effettuati ad altri fini, compatibili con il mantenimento delle loro destinazioni pubblica¹⁸².

Sarebbe quindi ammissibile sia il trasferimento ad essa di beni patrimoniali destinati alle cartolarizzazioni, sia di altri beni (demaniali e patrimoniali) destinati ad essere valorizzati ed a

¹⁸² v. Renna op. cit. pag. 169 e v. anche l'art. 1 comma 450 della L. 30 dicembre 2004 n. 311 che prevede il trasferimento a Infrastrutture S.p.A., a titolo oneroso di tratti di rete nazionale la cui gestione e manutenzione viene disciplinata con apposita convenzione con ANAS S.p.A..

produrre reddito. Ciò secondo taluni dimostrerebbe, ancora una volta, come bisogni collettivi di grande portata possano essere conseguiti anche attraverso soggetti formalmente privati; come i caratteri della demanialità e della indisponibilità siano sempre più slegati dalla appartenenza ad un soggetto pubblico; e come infine sia possibile conciliare la esigenza di tutelare i beni pubblici (ad esempio quelli culturali) con quella di valorizzarne la componente reddituale¹⁸³.

c) Cartolarizzazione di beni delle Regioni e degli enti locali

Analogo, seppur non identico, è il regime introdotto per consentire operazioni di cartolarizzazione dei beni delle Regioni e degli enti locali.

L'art. 84 della L. 289/2002 si è data carico di questo problema, rimasto insoluto nel D.L. 351/2001, e ne ha richiamato le disposizioni in quanto compatibili.

Per quanto concerne i beni conferibili alle società veicolo (SCIP regionali), è da notare che questi comprendono non solo i beni degli enti pubblici territoriali, ma anche i beni degli enti pubblici strumentali, oltretutto, in generale, quelli di tutti gli enti locali, comprese le Aziende sanitarie locali e le Aziende ospedaliere¹⁸⁴.

¹⁸³ v. Dugato op. cit. pagg. 134 - 135

¹⁸⁴ art. 84 cit. sesto comma

Per quanto invece concerne il regime dei beni trasferiti alle SCIP regionali, da un lato viene richiamata la norma¹⁸⁵ secondo cui la inclusione dei beni tra quelli da conferire ne produce il passaggio nel patrimonio disponibile, ma, dall'altro, si specifica, ancora una volta, che il trasferimento non modifica il regime dei beni demaniali trasferiti *ex artt.* 823 e 829 primo comma c.c.¹⁸⁶. A questo proposito taluni¹⁸⁷ interpretano la formula nel senso della prevalenza del regime demaniale, dal che discenderebbe la inalienabilità, e quindi la sostanziale inutilità di un trasferimento ad una SCIP che non potrebbe perciò cartolarizzarli. Altri, invece¹⁸⁸, interpretano il terzo ed il quarto comma dell'art. 84 D.L. 289/2002 partendo dal presupposto che le cartolarizzazioni degli immobili della regione e degli enti locali differiscano dalle cartolarizzazioni dei beni statali. Per queste ultime occorrerebbe comunque la previa sdemanializzazione in un modo o nell'altro, e cioè, (a seconda delle varie tesi), o per atto *ad hoc* o per effetto della inclusione negli elenchi. Nelle cartolarizzazioni regionali, invece, sarebbe possibile conferire beni del demanio regionale o comunale alle SCIP mantenendone inalterato il regime. La incongruenza tra la inalienabilità dei beni demaniali e la

¹⁸⁵ v. terzo comma dell'art. 84 D.L. 289/2002 che richiama l'art. 3 primo comma del D.L. 351/2001

¹⁸⁶ v. il quarto comma dell'art. 84 D.L. 289/2002

¹⁸⁷ v. Sorace op. cit. pag. 154

¹⁸⁸ v. Renna op. cit. pag. 214 e segg.

cartolarizzazione (finalizzata alla alienazione) viene risolta, sia pure dubitativamente, nel senso del superamento della regola della inalienabilità¹⁸⁹. In altri termini, questi beni potrebbero essere cartolarizzati, potrebbero essere alienati e circolare sul mercato, rimanendo tuttavia sottoposti al loro regime speciale quasi come si trattasse di un onere reale di destinazione pubblica e fermi i poteri di autotutela amministrativa di cui all'art. 823 secondo comma c.c..

La tesi, benché acutamente sostenuta, non sembrerebbe tuttavia del tutto convincente per alcune considerazioni teoriche e pratiche.

Sotto il profilo teorico non sembra agevole, nel silenzio della legge, amputare il richiamo espresso all'art. 823 c.c. di quella che è la caratteristica fondamentale dei beni demaniali ivi canonizzata, e cioè la inalienabilità. Sotto il profilo pratico, poi, se lo scopo della cartolarizzazione è quello di fare cassa immettendo i beni sul mercato, è prevedibile che difficilmente un privato sia invogliato ad acquistare un bene il cui utilizzo, attesa la destinazione pubblica, può non coincidere con gli interessi speculativi privati e la cui regolamentazione e tutela resta riservata alle autorità pubbliche.

Nel caso di Patrimonio S.p.A. e Infrastrutture S.p.A. la situazione è diversa. Si tratta infatti di società necessariamente pubbliche, e quindi in sostanza di entità strumentali dello Stato

¹⁸⁹ v. Renna op. cit. pag. 218

alla prima delle quali, inoltre *ex art. 8* primo comma del D.L. 63/2002, i beni demaniali possono essere trasferiti anche per scopi diversi dalla cartolarizzazione e cioè per la loro valorizzazione e proficua gestione. In questo senso si potrebbe aderire alla tesi dottrinale dianzi ricordata la quale sostiene che la privatizzazione dei beni demaniali avrebbe carattere soltanto formale così come solo formale sarebbe la veste privata delle anzidette società pubbliche.

In conclusione, sia pure con le debite riserve dovute a testi legislativi, unanimemente criticati dalla dottrina per la loro fattura e oscurità, riteniamo che nel caso delle cartolarizzazioni finalizzate esclusivamente alla privatizzazione sostanziale di beni immobili il legislatore abbia voluto privilegiare l'esigenza primaria del fabbisogno finanziario statale, e che quindi l'art. 84 della L. 289/2002 possa essere interpretato in coerenza con i commi 1 e 18 dell'art. 3 del D.L. 351/2001, nel senso cioè che le operazioni di cartolarizzazione regionali necessitano sempre e comunque propedeuticamente del venir meno del vincolo di destinazione pubblica dei beni trasferiti e che, in difetto, il trasferimento sia possibile solo allorché sia prevista, *a latere* della cartolarizzazione, anche la possibilità di valorizzazione e gestione rimanendo in questo caso inalterati i vincoli precedenti.

Dall'altra parte, va anche osservato che, allorché il legislatore ha voluto prescindere puramente e semplicemente da quel vincolo, lo ha disposto espressamente.

d) *La privatizzazione degli uffici pubblici*

Un esempio è chiaramente rinvenibile nelle disposizioni contenute nel collegato alla legge finanziaria del 2003 e precisamente nell'art. 7 del D.L. 24 dicembre 2002, n. 282.

Nell'ottica, espressamente enunciata dal legislatore, di fare cassa rapidamente è stata per legge autorizzata la vendita di alcuni beni immobili sicuramente rientranti nel patrimonio indisponibile in quanto adibiti a pubblici uffici e nominativamente indicati nell'allegato A al D.L. medesimo. L'operazione è stata reiterata con l'art. 29 del D.L. 269/2003 convertito in L. 326/2003.

In ambedue casi il legislatore era ben consapevole di quanto andava a disporre tanto è vero che la rubrica del citato art. 29 si intitola "*Cessione di immobili adibiti ad uffici pubblici*" e, con previsione stavolta generale, autorizza la Agenzia del demanio a vendere, anche in blocco a trattativa privata, gli immobili stessi stabilendo inoltre che la vendita ne fa venire meno l'uso governativo o l'uso pubblico. Di conseguenza, se lo Stato avesse avuto intenzione di mantenere la destinazione dell'immobile ad uffici, avrebbe dovuto prenderlo in locazione dal privato nuovo proprietario e, a tal fine, lo stesso art. 29 del D.L. 269/2003 stanziava in bilancio una somma per canoni di locazione.

Se non si fosse trattato dello Stato, costretto dalla

congiuntura non favorevole a rientrare nei limiti imposti dal patto di stabilità europeo, queste operazioni di finanza straordinaria difficilmente sarebbero state giustificabili, ma la corretta adesione all'Unione europea rappresenta un interesse collettivo di tale portata da rendere recessivi anche altri pubblici interessi pur meritevoli di tutela.

E così, le norme di cui sopra non si sono preoccupate della previa emissione di atti di sclassificazione o di revoca di destinazione, e la vendita non avviene a seguito di una operazione più o meno lunga di cartolarizzazione¹⁹⁰. Nell'art. 7 del D.L. 282/2002 non c'è alcun riferimento né a categorie di beni e neppure ad un procedimento di individuazione. Si indicano *tout court* nominativamente gli immobili da vendere. Nell'art. 29 del D.L. 269/2003 ricompare invece una qualificazione "*beni immobili adibiti ad uffici pubblici*" ed il riferimento ad un procedimento di individuazione che dovrebbe essere attuato con un decreto dirigenziale della Agenzia del demanio di concerto con i Ministeri interessati.

In ambedue le norme, per quanto qui interessa, è tuttavia presente un richiamo al II periodo del diciottesimo comma dell'art. 3 del D.L. 351/2001 e cioè che "*restano fermi i vincoli gravanti sui beni trasferiti*" ma (a meno che non si voglia fare riferimento ai vincoli storici ed artistici di cui si tratterà in

¹⁹⁰ v. Lipari "*La cartolarizzazione del patrimonio pubblici – I profili pubblicistici della dismissione*" in Quaderni Cesifin cit. pag. 260

proseguo) non è chiaro quali potrebbero essere questi vincoli dal momento che, ai sensi dell'art. 7 del D.L. 282/2002 - come già osservato - la vendita fa venir meno l'uso governativo e, che, *ex* art. 29 del D.L. 269/2003, la vendita fa venir meno anche l'uso pubblico.

In conclusione, si ha l'impressione che quando lo Stato è intenzionato a realizzare il proprio patrimonio, sceglie la via del mercato immobiliare, quali che siano gli strumenti tecnici utilizzati. Per quanto poi concerne i vincoli di destinazione pubblica si ha la generale impressione che il ricorso al mercato privato sia tutto sommato incompatibile con il mantenimento di una destinazione ed un vincolo pubblicistico il quale perciò, in un modo o nell'altro, debba sempre venire meno, anche se non sempre è chiaro il procedimento che occorre seguire¹⁹¹.

Un discorso in parte diverso può invece esser fatto allorché lo Stato, oltre a scopi più propriamente di politica di bilancio, intende contemporaneamente perseguire anche altre finalità, anche esse pubblicistiche.

A tale ultimo proposito occorre accennare al regime delle società di trasformazione urbana ed a quella dei beni culturali.

¹⁹¹ v. ad esempio la vendita a trattativa privata da parte della Agenzia del Demanio di quote indivise di immobili, di fondi interclusi, di alloggi cartolarizzabili di valore inferiore a 100.000 € e la procedura di dismissione di immobili della Difesa non più utili a fini istituzionali (v. articolo 1 commi 433, 436 e 443 legge 30 dicembre 2004 n. 311).

e) *Società di trasformazione urbana*

Per le società di trasformazione urbana dispone l'art. 30 del D.L. 269/2003.

Si tratta di un istituto già disciplinato dall'art. 120 del T.U. 267/2000 sugli enti locali, che è stato dapprima modificato dall'art. 44 della legge 1° agosto 2002, n. 166, ed ora è integrato dall'art. 30 del D.L. 269/2003 come modificato dalla legge di conversione n. 326/2003.

Lo scopo delle società di trasformazione urbana è quello di consentire operazioni di urbanistica cosiddetta operativa¹⁹². Si tratta in ogni caso di una iniziativa pubblica (sia pure con possibile intervento di capitale privato in società miste) per realizzare direttamente, in una determinata area, quell'assetto del territorio che è stato previsto a monte dallo strumento urbanistico. Nelle intenzioni del legislatore la sinergia del pubblico con il privato dovrebbe fornire la soluzione al problema della componente finanziaria connessa a tali interventi, problema di difficile soluzione ove gli interventi fossero rimessi alla sola edilizia privata la quale, in quanto usualmente più indirizzata alla mera speculazione, non sempre tiene nella dovuta considerazione gli aspetti più propriamente di interesse generale della pianificazione urbanistica.

¹⁹² v. De Lucia *“Le società di trasformazione urbana nell'ordinamento italiano”* in Riv. Giur. Edilizia 1998 pag. 67 e segg.

In pratica la società progetta un intervento di trasformazione urbana¹⁹³ e poi lo sottopone all'ente locale che lo approva. Acquisisce in seguito le aree interessate dall'intervento, (o direttamente dai proprietari ovvero tramite esproprio), e provvede infine alla attuazione dell'intervento ed alla commercializzazione degli immobili secondo quanto in prosieguo precisato.

Prevalentemente si tratta di recuperare ed inserire nel tessuto urbano aree industriali dismesse, aree degradate, aree oggetto di recupero e che necessitano quindi di una pianificazione attuativa più attenta alle finalità di interesse collettivo.

Per quanto concerne il tema in esame la disposizione che più interessa è rappresentato dalla possibilità che alle società di trasformazione urbana possono essere conferiti o attribuiti in concessione beni immobili di proprietà dello Stato¹⁹⁴.

Se gli immobili sono gravati da vincoli il trasferimento avviene d'intesa con le amministrazioni preposte alla loro tutela, ed è altresì espressamente previsto che il trasferimento non modifica il regime giuridico di cui agli articoli 823 e 829 primo comma c.c.. Il legislatore ripete in questo caso la formula già

¹⁹³ che può avere un contenuto vero e proprio pianificatorio ovvero meramente attuativo a seconda delle caratteristiche dello strumento urbanistico a monte: v. De Lucia op. cit. pag. 15

¹⁹⁴ v. il primo comma quarto periodo dell'art. 30 del D.L. 269/2003

utilizzata per i trasferimenti a Patrimonio S.p.A., ad ANAS S.p.A., nonché in relazione ai trasferimenti alle società di cartolarizzazione non statali¹⁹⁵.

E' anche interessante notare che la costituzione di queste società viene prevista come obbligatoria. Invero, una volta che l'Agenzia del demanio abbia individuato gli immobili, come possibili interessati al trasferimento alle S.T.U., si dispone che, in caso di inerzia dei comuni protrattosi per oltre 180 giorni, la costituzione della società è promossa dalla Agenzia del demanio che individua gli azionisti privati con procedure ad evidenza pubblica.

E' evidente come l'innesto della finalità pubblica della valorizzazione del patrimonio immobiliare, modifichi in parte il regime originario della S.T.U. in cui partecipa lo Stato, includendovi un fattore di obbligatorietà. Sembra infatti che il legislatore abbia voluto privilegiare questo strumento preferendolo forse anche alle ordinarie operazioni di cartolarizzazione.

Per quanto concerne il regime dei beni è interessante osservare come la attribuzione di beni del patrimonio statale alle S.T.U. possa avvenire sia in regime di concessione (es. beni del demanio marittimo), ovvero possano essere trasferiti in proprietà come lascia supporre la formulazione della norma che parla anche di beni "*conferiti*" alle società.

¹⁹⁵ art. 7 D.L. 63/2002, articoli 76 e 84 L. 289/2002

Ciò d'altra parte è coerente con la riserva di regime giuridico dei beni demaniali trasferiti i quali, se non previamente sdemanializzati, non potranno che essere attribuiti alle S.T.U. in regime di concessione. Ciò peraltro è logico specie considerando che il fine ultimo degli investitori privati coinvolti nelle S.T.U. è quello di ottenere profitto dal risultato della operazione di riqualificazione del territorio urbano, e che tale profitto può essere ritratto anche dall'uso dei beni ottenuti in concessione (ad esempio si pensi ad operazioni relative ad un porto turistico).

Analogamente dovrebbe ritenersi secondo la dottrina¹⁹⁶, per i beni patrimoniali indisponibili, malgrado l'assenza, nell'art. 30 del D.L. 269/2003, di un richiamo esplicito all'art. 828 secondo comma c.c.. Supplirebbe infatti a ciò la previsione normativa, contenuta nel medesimo articolo 30, secondo cui, per i beni gravati da vincoli, debbono essere sentite le Amministrazioni interessate.

Per quanto infine concerne i beni patrimoniali disponibili non dovrebbero sorgere problemi poiché il loro conferimento in proprietà alle S.T.U. in vista di una futura commercializzazione, sotto qualsiasi forma, è coerente con le caratteristiche ed il regime del bene patrimoniale oltretutto con le finalità delle S.T.U. in esame.

¹⁹⁶ v. Renna op. cit. pag. 179

f) *I beni culturali delle società pubbliche*

Il regime dei beni culturali è argomento troppo ampio e qui ci si limiterà a trattare, per rimanere nel tema del convegno, della sorte possibile dei beni culturali oggetto di cartolarizzazione, ovvero di trasferimento ad altri fini a società pubbliche o miste.

Per quanto concerne le cartolarizzazioni di beni statali di particolare valore artistico e storico, il comma 1 *bis* dell'art.3 del D.L. 351/2001 disponeva che il decreto ministeriale di inclusione negli elenchi doveva essere adottato di concerto con il Ministro dei beni culturali. La norma proseguiva stabilendo, al successivo comma 17, che le successive rivendite non erano soggette alle autorizzazioni di cui al testo unico 490/1999 sui beni culturali.

Sembrava quindi sufficiente il concerto tra i due ministri per privatizzare in senso sostanziale i beni in questione. Il D.L. 351/2001, infatti, neppure richiama l'art. 32 della L. 448/1998 ed il regolamento attuativo di cui al D.P.R. 7 settembre 2000 n. 283 che pure avevano disciplinato, in via generale, i casi, i limiti e le procedure per la alienazione degli immobili del demanio storico e artistico dello Stato e degli enti locali territoriali.

Dopo la emanazione del D.L. 351/2001 era poi intervenuto nella materia l'art. 27 del L. 269/2003, il quale aveva introdotto un procedimento generale di verifica della sussistenza dell'interesse storico, artistico, procedimento in realtà *sui generis* e foriero di inconvenienti.

Invero si era dapprima correttamente stabilito che ai beni mobili ed immobili dello Stato e degli enti pubblici territoriali si sarebbe applicato il regime di tutela del T.U. dei beni culturali 490/1999 (e cioè in pratica la temporanea inalienabilità secondo quanto previsto dal citato art. 32 L. 448/1998 e dal regolamento n. 283/2000), finché non fosse concluso il procedimento di verifica che accertasse la esistenza o meno del valore storico o artistico del bene. Peraltro, il procedimento di verifica era disciplinato contestualmente nel citato art. 27 del D.L. 269/2003 e veniva introdotto una sorta di silenzio assenso alla sottrazione di questi beni alla tutela tipica dei beni culturali. Infatti, era previsto che tale verifica dovesse essere effettuata dalle soprintendenze entro 120 giorni dal ricevimento delle schede descrittive del bene e che, in difetto di una espressa valutazione positiva, il silenzio avrebbe dovuto essere inteso come verifica della insussistenza del valore storico o artistico del bene¹⁹⁷. Ne sarebbe conseguita, ai sensi del precedente quarto comma dello stesso articolo 27, la possibilità di sdemanializzazione del bene, salva soltanto la ricorrenza di altre ragioni di pubblico interesse (evidentemente diverse da quelle culturali).

Si trattava quindi di una sdemanializzazione tacita di portata generale la quale, considerando la quantità dei beni culturali pubblici e la esiguità del tempo assegnato alle soprintendenze avrebbe condotto in linea di fatto al venir meno

¹⁹⁷ v. art. 27 citato decimo comma

della tutela su gran parte del demanio culturale dello Stato di cui al secondo comma dell'art. 822 c.c..

Inoltre, ai sensi dell'art. 29 del D.L. 269/03, la Agenzia del demanio avrebbe potuto procedere alla vendita a trattativa privata anche degli immobili adibiti ad uffici pubblici per i quali non si fosse conclusa positivamente la verifica delineata al precedente articolo 27 ed è noto che molti uffici pubblici hanno la loro sede in immobili di particolare valore storico e artistico.

La dottrina quindi non ha mancato di criticare questa disposizione¹⁹⁸.

Se tale disciplina del silenzio assenso fosse stata applicabile alle cartolarizzazioni *ex art. 3 primo comma bis* del D.Lgs. 351/2001 e cioè anche ai beni “*di particolare valore artistico e storico*” si sarebbe potuto ritenere, che decorso inutilmente il termine di 120 giorni di cui al citato decimo comma dell'art. 27 del D.L. 269/2003 il concerto con il Ministro dei beni culturali non sarebbe stato più necessario.

Le preoccupazioni, sollevate da più parti, nei confronti di questa tacita autorizzazione alla sdemanializzazione, e quindi alla cartolarizzazione dei beni di particolare valore artistico ed alla successiva loro alienazione senza vincoli di sorta, sembrano avere trovato eco nelle disposizioni del nuovo codice dei beni culturali di cui al D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42.

¹⁹⁸ v. Renna op. cit. pagg. 228 – 229 – 230 – 242; Francario op. cit. pag. 220

Il nuovo codice, infatti, oltre ad elencare espressamente una serie di beni comunque inalienabili¹⁹⁹ ribadisce la necessità della previa autorizzazione ministeriale all'alienazione per quelli comunque appartenenti al demanio culturale e non rientranti tra gli inalienabili.

L'alienazione, comunque, non può pregiudicare il godimento pubblico del bene e deve contenere le destinazioni di uso compatibili con il carattere del bene. La autorizzazione comporta bensì la sdemanializzazione del bene, ma non la sua sottrazione al regime di tutela²⁰⁰.

Il procedimento poi di verifica dell'interesse culturale è ridisciplinato dall'art. 12 del Codice 42/2004 ed il meccanismo del silenzio assenso di cui all'art. 27 del D.L. 269/2003 non sembra più applicabile, almeno a regime.

Invero, il richiamo contenuto nel decimo comma dell'art. 12 a tale disciplina è espressamente limitato ai commi 8 – 10 – 12 - 13 e 13 *bis* dell'art. 27 D.L. 269/2003 e sembra quindi riferirsi alla sola fase, ormai decorsa, di prima attuazione²⁰¹.

Sul punto però va riferito che, mentre alcuni dei primi commentatori ritengono abrogato *tout court* il sistema del

¹⁹⁹ v. art. 54 Codice 42/2004

²⁰⁰ v. art. 55 Codice 42/2004

²⁰¹ v. Cammelli “*Il codice dei beni culturali e del paesaggio: dall'analisi all'applicazione*” in Aedon 2/2004.

silenzio assenso²⁰², altri invece, pur criticandolo, lo ritengono tuttora operante a regime²⁰³.

Riteniamo preferibile l'opinione di chi sostiene che il richiamo di cui sopra resti limitato alla sola fase di prima attuazione e ciò sembra confermato da due decreti emanati dal Ministero dei beni culturali disciplinanti il procedimento di verifica dell'interesse culturale²⁰⁴. In ambedue questi decreti non si fa alcun riferimento al meccanismo del silenzio assenso, ma si richiama la disciplina generale del silenzio inadempimento e del relativo procedimento disciplinato dall'art. 21 *bis* della legge 1034/1971 come introdotta dalla legge 205/2000²⁰⁵.

Si può quindi ritenere, sia pure con le cautele di una prima approssimazione, che nelle operazioni di cartolarizzazione dei beni del demanio culturale occorra sempre attendere l'esito del procedimento di verifica che deve concludersi con un provvedimento esplicito. Qualora poi la verifica abbia dato esito (esplicito) negativo le cose sono sdemanializzate e liberamente

²⁰² v. Feroni "*Profili di diritto amministrativo delle cartolarizzazioni del patrimonio immobiliare degli enti pubblici*" su www.giustamm.it 2005 par. 5

²⁰³ v. Sciallo "*La verifica dell'interesse culturale (art. 12)*" in Aedon 2 - 2004

²⁰⁴ decreto 25 gennaio 2005 e 28 febbraio 2005 rispettivamente in G.U. 4 febbraio 2005 n. 28 e 15 marzo 2005 n. 61

²⁰⁵ v. art. 3 secondo comma decreto 25 gennaio 2005 ed art. 4 *bis* terzo comma introdotto dall'art. 1 del decreto 28 febbraio 2005

alienabili come recita l'art. 12 IV-V-VI comma del Codice 42/2004.

La cartolarizzazione in questo caso sarà completa nel senso che la proprietà passerà alla S.C.I.P. senza vincoli di sorta, vincoli da cui saranno esenti anche le successive rivendite così come peraltro già stabiliva l'art. 3 diciassettesimo comma del D.L. 351/2001 in relazione all'abrogato T.U. 490/1999.

Ove invece la verifica si concluda in senso positivo la cartolarizzazione sarà possibile ma a nuove condizioni. Infatti, sembrerebbe corretto ritenere che le nuove norme del Codice 42/2004, sia perché successive, sia perché dichiaratamente emanate in attuazione di principi costituzionali, debbano prevalere su quelle antecedenti di cui al D.L. 351/2001²⁰⁶.

Pertanto, il semplice concerto con il Ministro dei beni culturali dovrebbe essere sostituito dalla autorizzazione alla alienazione, previsto in via generale dall'art. 55 del Codice. Va infatti a questo proposito sottolineato che l'art. 56 terzo comma del Codice estende il regime dell'autorizzazione anche alle costituzioni di pegno e di ipoteca nonché a tutti i negozi giuridici che possono comportare l'alienazione dei beni culturali. E quindi da ritenere che le operazioni di cartolarizzazioni rientrino *tout*

²⁰⁶ v. Feroni op. cit. pag. 7 e v. anche, a conferma di tale esegesi l'art. 1 comma 45 della legge 30 dicembre 2004 n. 311 che, con riferimento in generale a dismissioni e cartolarizzazioni richiama la applicazione del Codice n. 42/2004.

court in tale previsione normativa.

E' altresì da notare che il regime anzidetto, ai sensi della esplicita previsione dell'art. 56, si estende anche ai beni degli enti locali territoriali e degli enti pubblici in generale e che quindi si applica anche alle cartolarizzazioni regionali di cui all'art. 84 della L. 289/2002.

In sostanza, il legislatore, per i beni culturali, può avere recuperato la consapevolezza della loro preminente importanza bilanciando le esigenze di bilancio con quelle di tutela.

La conclusione anzidetta sembra avvalorata anche dalle recenti disposizioni normative che hanno modificato la disciplina del silenzio assenso. Invero dalla generale nuova disciplina sono stati espressamente esonerati (tra l'altro) gli atti e procedimenti concernenti il patrimonio culturale e paesaggistico²⁰⁷.

Sembra quindi potersi concludere nel senso che il richiamo al silenzio assenso di cui all'art. 12 decimo comma del Codice 42/2004 non possa più comunque trovare applicazione al regime.

E così, innanzitutto sembra ripristinato il regime di inalienabilità temporanea finché non intervenga da parte delle Autorità preposte tutela del patrimonio culturale una verifica espressa sulla sussistenza o meno del caso valore e, in caso di accertamento positivo, la alienazione è subordinata a specifiche cautele intese a tutelarne la natura ed assicurarne la

²⁰⁷ v. art. 3 comma sei *ter* del D.L. 14 marzo 2005 e art. 3 comma sei *bis* della legge 14 maggio 2005 n. 80.

conservazione ed il godimento pubblico.

La cartolarizzazione in questo caso può rimanere tuttavia coerente con la natura del bene.

Il codice dei beni culturali in questo senso recupera la disciplina dell'art. 10 dell'abrogato D.P.R. 283/2000 circa la autorizzazione alla alienazione e ne rafforza anzi il contenuto poiché, mentre nella prima occorreva indicare in negativo gli usi incompatibili²⁰⁸, attualmente occorre indicare in positivo quali sono le destinazioni di uso compatibili²⁰⁹.

In questo senso la autorizzazione, come è stato rilevato²¹⁰, condiziona il comportamento del futuro proprietario privato.

Da un lato quindi si può rilevare come, anche in questo caso prevalga l'aspetto conformativo della disciplina del bene rispetto all'assetto proprietario e come tale aspetto conformativo assuma sempre più le caratteristiche di un onere reale che affetta il bene in quanto tale e che ne segue le sorti²¹¹.

Altri²¹² ritengono invece – come già accennato – che trattasi di una obbligazione *propter rem* ma, in ogni caso sia che si tratti di onere reale che di obbligazioni *propter rem*, è indubbio che si tratti di rapporti obbligatori cosiddetti ambulatori dal lato

²⁰⁸ art. 10 terzo comma D.P.R. 283/2000

²⁰⁹ v. art. 55 secondo comma lettera b) del Codice

²¹⁰ v. Serra “*Alienabilità degli immobili appartenenti al demanio culturale (art. 55)*” in Aedon 2/2005

²¹¹ v. Napolitano op. cit. pag. 255

²¹² v. Foà op. cit. pag. 174

passivo, e che si trasmettono quindi automaticamente insieme al bene.

Nell'ottica sopracitata si può inquadrare anche la vicenda del trasferimento dei beni culturali alla Patrimonio S.p.A..

Per le operazioni di cartolarizzazioni possono richiamarsi le considerazioni fatte in precedenza. Anche l'art. 7 decimo comma del D.L. 63/2002 prevedeva infatti per il trasferimento dei beni culturali intesa la intesa con il Ministro dei beni culturali, intesa che deve ritenersi sostituita dalla autorizzazione *ex art. 55 Codice 42/2004* con i medesimi effetti e vincoli nei confronti dei terzi acquirenti.

D'altra parte, già nel precedente regime il CIPE, nel dettare le direttive di massima previste dal quarto comma dell'art. 7 del D.L. 63/2002 aveva chiaramente evidenziato che *“l'eventuale trasferimento alla società di beni pubblici di particolare valore storico, artistico, culturale ed ambientale non modifica in alcun modo i vincoli gravanti sugli stessi. La Società può, quindi, alienare tali beni nei soli casi in cui la normativa vigente lo consente ed alle condizioni previste dalla predetta normativa; in ogni caso occorre l'autorizzazione del Ministero per i beni e le attività culturali ovvero del Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio”*²¹³.

La nuova normativa sulla previa verifica dell'interesse

²¹³ v. delibera CIPE 19 dicembre 2002 n. 124 su G.U. 22 marzo 2003 n. 68 secondo capoverso

culturale e sulla autorizzazione dovrebbe essere perciò senz'altro applicabile.

Va poi anche rilevato che la Patrimonio S.p.A. non ha solamente funzioni di cartolarizzazione ma anche di valorizzazione e gestione del patrimonio dello Stato²¹⁴ per cui il trasferimento del bene culturale può anche essere finalizzato alla mera valorizzazione.

Il nuovo Codice 42/2004 dedica un apposito capo alla valorizzazione e gestione dei beni culturali riprendendo anche concetti di derivazione comunitaria nella conformazione della valorizzazione a iniziativa pubblica²¹⁵.

In questo senso già disponeva peraltro il D.M. 17 febbraio 2004 in G.U. 21 aprile 2004 n. 93 con cui il Ministero dell'economia aveva trasferito alla Patrimonio S.p.A. alcuni beni immobili di interesse storico artistico, espressamente elencati, ai soli fini di valorizzazione e secondo cui *“la valorizzazione ad iniziativa pubblica si conforma a principi di libertà di partecipazione, pluralità di soggetti, continuità di esercizio parità di trattamento, economicità e trasparenza della gestione”*.

In questa ottica, la valorizzazione ad iniziativa pubblica disciplinata nell'art. 115 del Codice 42/2004 potrà continuare ad

²¹⁴ v. art. 7 citato primo comma

²¹⁵ v. l'art. 111 terzo comma nonché Barbati *“L'attività di valorizzazione (art. 111)”* su Aedon 2/2005

essere svolta in forma indiretta²¹⁶ con affidamento anche a società di capitali costituite dalla Amministrazione pubblica cui i beni appartengono (e quindi anche a Patrimonio S.p.A.), ma va osservato che la valorizzazione in forma indiretta si può effettuare anche mediante concessione a terzi²¹⁷ e che la scelta tra le due forme non è discrezionale in modo assoluto, ma presuppone come recita il quarto comma dell'articolo in esame, una *“previa valutazione comparativa in termini di efficienza e di efficacia degli obiettivi che si intendono perseguire e dei relativi mezzi metodi e tempi”*.

E' perciò prevedibile che tale prima valutazione, che il Codice non formalizza o procedimentalizza espressamente, ma che deve comunque sussistere, condizionerà a monte l'affidamento a Patrimonio S.p.A. di beni culturali anche per la semplice valorizzazione.

Nella medesima ottica si colloca la concessione di beni culturali, immobili dello Stato, delle Regioni e degli enti locali a privati che si impegnano a provvedere a proprie spese ad interventi di restauro e conservazione²¹⁸.

Il privato concessionario viene individuato con procedure ad evidenza pubblica corrisponde un canone da cui può detrarre le spese di restauro e deve rendere peraltro fruibile il bene da

²¹⁶ v. art. 115 terzo comma lettera a)

²¹⁷ v. art. 115 terzo comma lettera b)

²¹⁸ v. legge 30 dicembre 2004 n. 311 art. 1 commi da 303 a 305.

parte del pubblico.

Anche in tale fattispecie è rilevabile l'importanza attribuita al profilo conformativo dell'uso del bene che non concerne soltanto le modalità specifiche del restauro ma anche quelle necessarie perché l'immobile rimanga fruibile dal pubblico e quindi continui ad assolvere la sua tipica destinazione quale che ne sia il possessore.