

22

Il diritto dell'economia

rivista trimestrale di dottrina,
giurisprudenza e documentazione

in collegamento con la
Unione Italiana Camere di Commercio
e con la
Associazione Bancaria Italiana

Diretta da:
Elio Casetta, Andrea Comba, Vittorio Gasparini Casari, Guido Greco,
Maurizio Sella, Gustavo Vignocchi †

Presidente del consiglio direttivo:
Franco Bassi

Promossa da

Università di Bologna
Facoltà di economia e commercio
e giurisprudenza

Università Cattolica di Milano
Facoltà di giurisprudenza; economia e commercio
e scienze bancarie, finanziarie ed assicurative

Università commerciale Luigi Bocconi di Milano
Facoltà di economia e commercio

Università di Modena e Reggio Emilia
Facoltà di economia e giurisprudenza

Università di Camerino
Facoltà di giurisprudenza

Università di Parma
Facoltà di giurisprudenza

Università Statale di Milano
Facoltà di giurisprudenza

Università di Venezia
Facoltà di economia e commercio

fascicolo 1 - 2004

DIPARTIMENTO
DI
SCIENZE
GIURIDICHE
PER.

CL.4. 252
21 GIU 2004

MODENA



Mucchi Editore

Convegni, seminari, notizie

(illustrazioni e commenti)

CONVEGNO DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

«TITOLARITÀ PUBBLICA E REGOLAZIONE DEI BENI»

Firenze, 2-3 ottobre 2003

(a cura di FABRIZIO FIORINI)

Il convegno, organizzato dall'associazione italiana dei professori di diritto amministrativo nei giorni 2 e 3 ottobre 2003, presso l'aula magna dell'università degli studi di Firenze, ha affrontato le problematiche più attuali della coesistenza del regime di appartenenza dei beni pubblici con la relativa destinazione pubblica ed (eventuale) utilizzazione economica, con particolare riferimento all'evoluzione della disciplina dei beni destinati a pubblico servizio.

I lavori, moderati da Alberto ROMANO, si sono snodati attraverso due relazioni, svolte rispettivamente da Vincenzo CERULLI IRELLI (*"Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni"*) e da Guido CORSO (*"I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità"*). Quindi, si sono succeduti numerosi e autorevoli interventi programmati. Le conclusioni sono state tracciate da Sabino CASSESE.

Come noto, la disciplina positiva dei beni pubblici fa essenzialmente capo alle disposizioni del codice civile sul demanio e sul patrimonio indisponibile e disponibile appartenente agli enti pubblici territoriali e agli altri enti pubblici. La disciplina del codice civile va peraltro coordinata con le singole discipline normative di settore che riguardano specifiche categorie o specie di beni pubblici.

I beni di proprietà (*rectius*, di appartenenza) pubblica godono, come noto, di un regime differenziato rispetto a quello dei beni comuni. Da questo regime discendono speciali limiti, non solo alla relativa circolazione, ma anche alla facoltà di godimento da parte dello stato o dell'ente pubblico e, in generale, alla relativa utilizzazione. L'appartenenza allo stato o all'ente pubblico è di regola presupposto necessario, benché in linea di principio insufficiente, per la soggezione allo stato di indisponibilità del bene destinato a pubbliche finalità.

In particolare, nell'attuale sistema normativo bisogna distinguere da un lato i beni pubblici riservati (assoggettati cioè per la relativa natura al demanio o al patrimonio indisponibile) e, dall'altro, i beni pubblici la cui qualità pubblica, oltre che presupporre l'appartenenza del bene all'ente, è necessariamente in rapporto alle relative caratteristiche oggettive e funzionali (e quindi alla concreta destina-

zione a pubbliche finalità). Nel secondo caso perciò, la qualificazione di bene demaniale o patrimoniale indisponibile, una volta acquisita la titolarità da parte dell'ente pubblico, promana dalla destinazione concreta del bene a pubbliche finalità e dalla relativa caratterizzazione funzionale, secondo ciascuna delle diverse destinazioni ad uso pubblico previste dalla legge. I beni del patrimonio indisponibile non possono, poi, essere sottratti alla loro destinazione se non nei modi stabiliti dalla legge, la quale mira ad assicurare l'effettiva tutela o l'effettivo perseguimento degli interessi pubblici che la destinazione del bene è preordinata a realizzare direttamente.

Di regola, la natura e la qualità di bene patrimoniale destinato a pubbliche finalità non si esaurisce in conseguenza della temporanea inutilizzazione del bene, ma è necessario che vi sia una decisione della pubblica amministrazione, anche soltanto tacita, da cui risulti la volontà univoca di far cessare lo stato di indisponibilità, con la definitiva assegnazione del bene ad un uso inconciliabile con il ristabilimento della relativa destinazione ad un pubblico servizio o a una pubblica finalità. Per attribuire ad un bene di appartenenza pubblica il carattere di bene patrimoniale indisponibile occorre che, oltre all'atto amministrativo di destinazione del bene a pubbliche finalità, tale destinazione sia effettiva e attuale.

In questo sistema, naturalmente, la titolarità pubblica del bene — con il relativo regime differenziato — assume rilevanza giuridica nei medesimi descritti termini, ove la destinazione a pubbliche finalità si manifesti nella destinazione ad un pubblico servizio.

Diversamente, i beni di appartenenza privata destinati ad un pubblico servizio in linea di principio non sono assoggettati ad un regime speciale, contenente precostituite limitazioni alla relativa utilizzazione, fruizione e circolazione. Del resto si è già ricordato in quale misura l'appartenenza allo stato o all'ente pubblico si connota ai fini dell'inquadramento del bene destinato a pubbliche finalità nel demanio o nel patrimonio indisponibile, talchè avviene comunemente — e nella presente fase storica sempre più spesso — che appartengano a privati beni della stessa natura destinati al pubblico.

Conseguentemente, pone diversi aspetti problematici la coesistenza di un sistema di regolazione, radicato sull'appartenenza pubblica e sull'effettiva destinazione del bene all'uso pubblico, con una realtà nella quale il perseguimento di interessi pubblici è frequentemente affidato a soggetti privati, e nella quale il bene risulta sempre meno destinato all'immediato perseguimento di un interesse pubblico, connotandosi piuttosto come mezzo per svolgimento di attività o per la produzione di beni di interesse collettivo. Del resto, vale la pena ricordare che l'accezione di servizio pubblico viene oggi ricondotta all'esteso significato di attività di qualsiasi natura, connessa alla cura di interessi collettivi, svolta sia da soggetti pubblici che privati.

Un ulteriore aspetto problematico dell'attuale sistema di regolazione dei beni pubblici, va individuato nella profonda evoluzione normativa, che in particolare ha visto l'introduzione di misure finalizzate ad operare o incoraggiare le dismissioni immobiliari da parte dello stato, degli altri enti territoriali e degli enti pubblici, nel quadro di obiettivi di razionalizzazione della gestione di tale patrimonio. Le

innovazioni introdotte nell'ultimo decennio in materia hanno risposto essenzialmente a obiettivi di risanamento della finanza pubblica e, in particolare della finanza locale. Ma tali innovazioni hanno altresì risposto, come appunto nel caso delle misure che agevolano il trasferimento dallo stato agli enti locali di beni immobili pubblici, ad obiettivi di razionalizzazione, sia delle forme di fruizione collettiva del patrimonio immobiliare pubblico, che delle risorse collegate.

In tale processo di riforma, che ha investito l'assetto del patrimonio immobiliare pubblico, si può intravedere una prima fase, nella quale è stata introdotta una pluralità di misure legislative che hanno essenzialmente liberalizzato la circolazione degli immobili di appartenenza pubblica¹. In una seconda fase, si collocano le misure che hanno dato effettivo compimento a tale processo di valorizzazione, di dismissione e di privatizzazione, tra l'altro attraverso la cosiddetta cartolarizzazione e l'istituzione della *Patrimonio dello Stato s.p.a.*². Va osservato tuttavia, che il sistema normativo risulta ancora incompleto e disarticolato, specie se si guarda alla disciplina della circolazione degli immobili pubblici di interesse culturale.

Alla luce di questo quadro in forte evoluzione, la relazione di CERULLI I-RELLI ha sottolineato, anche grazie ad una ricostruzione squisitamente storica della legislazione pre-unitaria e post-unitaria, come oggi non sia possibile scorgere gli esiti del processo normativo in atto. Secondo il modello di regolazione tradizionale, di cui è ancora intrisa la disciplina dei codici di derivazione napoleonica, il bene destinato ad un uso pubblico o ad una pubblica utilità ne è limitata la circolazione. Laddove, invece, manca o viene a mancare l'uso pubblico, il bene può

¹ Tra le altre, basti qui ricordare le seguenti disposizioni: art. 3, commi 86 ss., legge 23 dicembre 1996, n. 662, recante misure di razionalizzazione della finanza pubblica; art. 12, legge 15 maggio 1997, n. 127 e art. 2, comma 24, legge 16 giugno 1998, n. 191, recante misure in materia di alienazione degli immobili di proprietà pubblica, in particolare degli immobili degli enti locali e degli immobili di interesse culturale; art. 19 e art. 32, legge 23 dicembre 1998, n. 448, recante misure di dismissione o valorizzazione del patrimonio immobiliare statale, nonché dei beni immobili culturali appartenenti agli enti locali; art. 65, decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, sull'istituzione dell'Agenzia del demanio, cui è attribuita l'amministrazione dei beni immobili statali, con il compito razionalizzarne e valorizzarne l'impiego; art. 55 ss., decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, in materia di alienazioni soggette ad autorizzazione di beni immobili culturali appartenenti a stato, regioni ed enti locali; art. 2 ss., legge 23 dicembre 1999, n. 488, recante misure di dismissione di beni e diritti immobiliari di enti previdenziali, anche con l'istituzione di appositi fondi; il d.p.r. 7 settembre 2000, n. 283, recante la disciplina delle alienazioni di beni immobili del demanio storico e artistico; art. 43 ss., legge 23 dicembre 2000, n. 388, sulla dismissione di beni e diritti immobiliari; legge 2 aprile 2001, n. 136, in materia di sviluppo, valorizzazione ed utilizzo del patrimonio immobiliare dello stato.

² In particolare, il decreto-legge 25 settembre 2001, n. 351, convertito, nella legge 23 novembre 2001, n. 410 e il decreto-legge 15 aprile 2002, n. 63, convertito nella legge 15 giugno 2002, n. 112 e, da ultimo, il decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, cosiddetto *decreto omnibus*, convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326, contenente, nel quadro di misure urgenti per favorire lo sviluppo e per la correzione dell'andamento dei conti pubblici, disposizioni in materia di cessione e regolarizzazione di immobili pubblici per i quali sia già stato determinato il valore di mercato - art. 26 ss. - . Tra le altre misure, si autorizza l'Agenzia del demanio, previo decreto del ministro dell'economia e delle finanze, a vendere a trattativa privata, anche in blocco, beni immobili adibiti ad uffici pubblici non assoggettati alle disposizioni in materia di tutela del patrimonio culturale o per i quali sia stata accertata l'inesistenza dell'interesse culturale - art. 29 -.

essere alienato, e in ciò consiste la relativa utilizzazione economica: in tali casi, può essere superato quello che il relatore ha definito come «muro della destinazione».

I nuovi modelli di valorizzazione e di dismissione del patrimonio immobiliare pubblico, invece, sembrano far ritenere che la destinazione pubblica del bene possa essere più facilmente compatibile con una relativa utilizzazione economica. La novità di questi nuovi modelli, in particolare, è da individuare essenzialmente nella creazione delle società intermedie, le quali da un lato vendono ai privati, dall'altro anticipano capitali allo stato senza attendere l'esito delle aste. Ma la novità vera è data dalla istituzione della *Patrimonio s.p.a.*. Per la prima volta si afferma esplicitamente che il trasferimento dallo stato alle società riguarda tutti i beni senza saltare il muro della destinazione. Il trasferimento però non trasforma il regime giuridico. In deroga a quanto disposto dall'articolo 823 c.c., il diritto dominicale in capo al terzo è compatibile con la pubblica destinazione del bene.

Conseguentemente, secondo CERULLI IRELLI, sono oggi configurabili i seguenti modelli di coesistenza tra destinazione pubblica e utilizzazione economica dei beni: il modello dei beni pubblici che hanno una destinazione economica che l'ordinamento ritiene di interesse pubblico (come miniere, foreste, cave e torbiere); quello dei beni che hanno una valorizzazione economica in conseguenza della stessa destinazione ed utilizzazione pubblica (come quelli del demanio stradale, o come i musei); quello dei beni che presentano utilizzazioni economiche collaterali, compatibili con la destinazione pubblica (come nel caso dello sfruttamento economico del lido del mare); da ultimo, il modello nuovo, nel quale il bene permane pubblico quanto alla relativa destinazione, ma *transita* nella proprietà privata. Si tratta, tuttavia, di un modello la cui realizzazione è ancora incerta.

Senza dubbio, nell'attuale contesto di regolazione, i profili problematici della coesistenza tra destinazione pubblica e utilizzazione (non soltanto economica) dei beni pubblici, si manifestano in relazione ai servizi di pubblica utilità. E, su tali profili, la relazione di CORSO ha tracciato importanti considerazioni, in particolare sulla trasformazione di un sistema, che non sembra avere più il proprio baricentro nel bene e nella relativa appartenenza pubblica, ma nella gestione economica delle infrastrutture o della rete, che corrisponde al nucleo essenziale dei beni demaniali o patrimoniali indisponibili destinati al pubblico servizio.

Innanzitutto, il relatore ha nuovamente precisato che, accanto ai beni pubblici *riservati*, individuati dalle loro caratteristiche naturali o comunque oggettuali, vanno individuati i beni *destinati* dall'autorità amministrativa competente alla relativa funzione, che non possono essere sottratti alla relativa destinazione. E, tra questi ultimi, naturalmente, vanno ricompresi anche i beni dell'ente pubblico destinati a pubblico servizio, sia nell'ipotesi in cui il proprietario pubblico del bene coincide con il titolare del servizio, sia nell'ipotesi in cui il soggetto privato, che ha in affidamento il pubblico servizio, sia concessionario del bene pubblico strumentale al servizio: l'esempio tipico è quello dell'ente Poste s.p.a., oggi Poste italiane s.p.a., società nel cui patrimonio sociale è stato conferito l'insieme dei beni strumentali all'esercizio del pubblico servizio di cui esse sono unico concessionario e gestore, ancorché a tempo determinato. Il conferimento ad una società dei beni strumentali al servizio

(che in precedenza appartenevano al patrimonio indisponibile e disponibile dello stato, e che erano qualificati dalla piena ed esclusiva appartenenza pubblica) trasforma il regime di tali beni, che vengono ad appartenere ad un soggetto formalmente privato.

Ma il quadro muta ulteriormente, con una serie di implicazioni sul regime dei beni e sulla relativa utilizzazione, laddove il pubblico servizio possa essere affidato ad una pluralità di gestori. Oltre al gestore proprietario della rete, possono concorrere altri soggetti pubblici o privati. E' il caso del servizio ferroviario, in relazione al quale i soggetti presenti sul mercato devono avvalersi dell'unica rete presente, che appartiene di fatto a Ferrovie dello stato s.p.a.. E' evidente la discrasia tra l'apertura del servizio a più gestori e la presenza di un gestore originariamente proprietario della rete e gestore in una condizione di monopolio legale.

CORSO ha preso pertanto in esame le regole formulate in sede comunitaria per garantire l'effettività della liberalizzazione dei pubblici servizi, comprendenti sia misure dirette a salvaguardare l'accesso alla rete, sia misure dirette a disciplinare l'esercizio e la gestione dell'attività, in particolare nei settori del gas naturale, ferroviario, elettrico, delle telecomunicazioni, della comunicazione elettronica. Nel quadro normativo comunitario, un rilievo particolarmente significativo assumono le norme poste recentemente dalla direttiva 2003/19/CE del 7 marzo 2002 (in materia di comunicazione elettronica), le quali impongono alle autorità nazionali di *garantire un equilibrio tra i diritti del proprietario di una infrastruttura a sfruttarla a proprio beneficio ed i diritti di altri prestatori di servizi ad accedere a risorse essenziali per la fornitura di servizi concorrenti*, tra l'altro attraverso la prescrizione dell'obbligo di prezzi orientati ai costi. Il relatore, infatti, ha richiamato l'attenzione sui rischi derivanti dall'esclusione di gestori concorrenti non proprietari di rete attraverso l'applicazione di prezzi incontrollati da parte dei gestori proprietari di rete. Da un'analisi di tale quadro normativo, emergono efficaci strumenti e modalità per scongiurare tali pericoli e per assicurare, invece, l'*obiettività* del prezzo. Un requisito e forse al contempo un valore, quello dell'*obiettività* del prezzo, che nella relativa portata giuridica può ritenersi unicamente applicato correttamente ove il prezzo tenga conto dell'accesso all'infrastruttura e non, invece, anche dell'accesso al mercato dei servizi. Il prezzo dell'accesso, inoltre, non deve essere *discriminatorio* per i gestori terzi, rispetto ai gestori della rete, nel quadro di una rigorosa separazione fra l'attività di gestione delle infrastrutture e l'erogazione del servizio.

Come ha anche segnalato recentemente l'autorità garante della concorrenza e del mercato (segnalazione/parere 7 agosto 2003) non pare in linea con questi requisiti e queste modalità di regolazione, fissate in sede comunitaria, la situazione del settore ferroviario italiano, nel quale oggi è presente una differenziazione tra gestore delle infrastrutture e della rete (Rete ferroviaria italiana s.p.a.) e gestore del servizio (Trenitalia s.p.a.), considerato che le due società fanno capo alla medesima holding (Ferrovie dello stato s.p.a.).

Alla luce di queste problematiche, CORSO ha affermato che l'attenzione oggi si è spostata dal bene all'impresa, quest'ultima da intendersi *l'attività economica di gestione della rete*. Ecco spiegate le ragioni per cui, a questo punto, vengono ad assumere utile e necessario rilievo le norme che regolano la concorrenza e, in par-

ticolare, quelle di cui all'articolo 2597 del codice civile, piuttosto che le norme che disciplinano e qualificano i beni pubblici destinati a pubblico servizio.

Gli interventi programmati hanno seguito il filo conduttore tracciato dai relatori e, in alcuni casi, hanno fornito degli interessanti spunti ricostruttivi di singole problematiche.

Un nucleo di interventi ha rivisitato la disciplina generale dei beni pubblici, anche con riferimento a singole tutele. In particolare, gli interventi svolti da V. CAPUTI JAMBRENGHI (*Proprietà-dovere dei beni in titolarità pubblica*); F. DE LEONARDIS (*Beni ambientali e azione amministrativa*); S. FOA' (*Gestione e alienazione dei beni culturali*); F. FRANCIOSI (*Regolazione, prestazione e destinazione "naturale" dei beni pubblici*).

Gli interventi di S. AMOROSINO (*Concessioni e beni autostradali*), G. PALMA e P. FORTE (*Beni pubblici in appartenenza individuale*), M. RENNA (*Beni "pubblici degli enti privatizzati"*) e B. TONOLETTI (*Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*) hanno fornito in particolare interessanti contributi, anche *de iure condendo*, sulle implicazioni prodotte sulla regolazione dei beni dall'ampio coinvolgimento di soggetti privati e di enti privatizzati nei pubblici servizi e, in generale, di strumenti soggettivi di perseguimento degli interessi pubblici diversi da quelli tradizionali. Nei nuovi contesti, in cui interagiscono simultaneamente beni pubblici, strumenti pubblici o privati per la produzione di beni o attività, interessi pubblici e collettivi, servizi di pubblica utilità, prezzi e tariffe di libero mercato, la rigida disciplina di un bene pubblico, con il relativo regime giuridico connesso alla categoria di appartenenza, è influenzata da altri elementi e fattori che contribuiscono al risultato finale fruito dai cittadini o dagli utenti.

Una serie di interventi ha affrontato la tematica delle misure legislative in materia di alienazione, razionalizzazione e gestione del patrimonio immobiliare pubblico, con attenzione al ruolo di nuovi organismi, quali Infrastrutture s.p.a. e Patrimonio dello stato s.p.a.: G. COLOMBINI (*Privatizzazione e obiettivi di finanza pubblica*); M. DUGATO (*Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.A.*); G. NAPOLITANO (*La Patrimonio dello stato s.p.a. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?*); A. ZITO (*Gestione del patrimonio destinato a finalità abitative*).

Quanto a Infrastrutture S.p.A., non si è mancato di sottolineare come la relativa natura sia tuttora di difficile classificazione, anche in ragione del fatto che, da un lato, la struttura organizzativa non rispecchia il modello societario applicato, mentre, dall'altro, è permeata di numerosi elementi che la discostano da tale modello. DUGATO, in particolare, ravvisa una discrasia nel diretto riconoscimento all'esecutivo, anziché all'ente pubblico costitutore e socio, di penetranti funzioni gestionali. Al contempo, va valutato negativamente il sensibile abbassamento del grado di protezione che l'ordinamento usualmente garantisce ai creditori ed ai terzi in genere.

Quanto a Patrimonio dello stato S.p.A., NAPOLITANO ha messo particolarmente in evidenza il controverso percorso che ha portato alla luce questo atipico organismo che, come noto, era stato salutato con preoccupazione da diversi orientamenti della dottrina, specie in relazione alla collocazione sul mercato, attraverso il trasferimento nella società in parola di pregevoli porzioni del patrimo-

nio immobiliare pubblico, come quelle di interesse culturale. L'intervento ha messo in evidenza come, nonostante la disciplina istitutiva dell'organismo mantenga fermo il regime dei beni demaniali ad esso trasferiti (grazie agli espressi richiami al codice civile), si assista ad una *scomposizione* di tale regime, per effetto delle deroghe che consentono l'alienazione di beni demaniali. Piuttosto, la normativa istitutiva sembra configurare una nuova categoria di beni pubblici 'valorizzati' a regime demaniale 'parziale', o meglio 'reale', in quanto oggettivamente legato al bene, a prescindere dall'appartenenza soggettiva. Si tratterebbe di un regime intermedio tra quello demaniale 'integrale' e quello patrimoniale: simile, per alcuni versi, a quello già prefigurato dal codice per il patrimonio indisponibile; per altri, a quello introdotto da leggi speciali e singolari per i beni culturali e degli enti privatizzati. Il regime demaniale, del resto, si presenta già disarticolato in relazione alle forme di appartenenza soggettivamente privata e di gestione imprenditoriale di beni pubblici. In questo quadro, la Patrimonio dello stato S.p.A. potrebbe essere qualificata come ente pubblico e, in particolare, un ente pubblico «a struttura societaria», visto che ne presenta gli indici di riconoscibilità, quali l'istituzione per legge, il carattere singolare e derogatorio della disciplina, la partecipazione maggioritaria di soggetti pubblici, il perseguimento di fini collettivi (e non di lucro), la necessità dell'ente. Tale qualificazione parrebbe compatibile, peraltro, con il regime demaniale dei beni ad essa appartenenti, se si eccettua che l'organismo non è un ente territoriale. NAPOLITANO, tuttavia, sembra preferire qualificare la Patrimonio dello stato come soggetto di diritto privato, specie in ragione della diretta applicazione della disciplina delle società di capitali. La qualificazione è compatibile con il permanere di un regime demaniale dei beni, ancorché frammentato.