

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI CA' FOSCARI – VENEZIA

————— 20 —————

NUOVA SERIE

MARCO OLIVI

BENI DEMANIALI AD USO COLLETTIVO

CONFERIMENTO DI FUNZIONI E PRIVATIZZAZIONE



CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

2005

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2005 by CEDAM – Padova

A norma della legge sul diritto d'autore del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo: elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilm, registrazioni o altro.

Stampato in Italia – Printed in Italy
da IMPRIMITUR – Via Canal, 15 – Padova
www.imprimitur.it

Alla piccola Emma

INDICE

INTRODUZIONE

1.	I termini di un problema	1
1.1.	Il trasferimento di diritti sui beni demaniali	1
1.2.	Fruizione collettiva e sfruttamento economico	4
1.3.	Titolarità del bene e titolarità di funzioni amministrative sul bene	7
1.4.	Profili oggettivi. Invarianti nel regime dei beni	11
1.5.	Il conferimento di funzioni amministrative alle autonomie	13
2.	I beni demaniali nel prisma dell'interpretazione	16
2.1.	Definizioni e modelli	16
2.2.	Pluralismo giuridico. Fonti legali ed altri formanti: dottrina, giurisprudenza, prassi	19
2.3.	Pluralità di soggetti, distribuzione e coordinamento di prerogative.	22

CAPITOLO PRIMO

REGIME DEMANIALE E FRAMMENTAZIONE DELL'APPARTENENZA NEI BENI AD USO COLLETTIVO

1.	Semantica di appartenenza	25
1.1.	I beni demaniali ad uso collettivo. Il senso di una categoria	25
1.2.	La dicotomia tra proprietà individuale e proprietà collettiva	33
1.3.	Destinazione e riserva nei beni ad uso collettivo	40
1.4.	Dalla critica alla scomposizione del regime demaniale ad una prospettiva di scomposizione dell'appartenenza	46
1.5.	L'appartenenza dei beni demaniali ad uso collettivo come regolazione dell'uso della risorsa fondata sulla negazione del diritto di escludere	53

1.6. Facoltà di godimento, potere di disposizione e plurime situazioni di appartenenza sui beni demaniali ad uso collettivo	60
2. La lettura della privatizzazione mediante il concetto di destinazione. Critica	68
2.1. L'evoluzione degli usi collettivi e la concorrenza di interessi della collettività diversi dall'uso diretto del bene	68
2.2. Uso pubblico e interesse pubblico	75
2.3. Interesse pubblico e vincolo di destinazione	80
2.4. Destinazione del bene e privatizzazione	84
3. Il regime degli usi in prospettiva giuseconomica.	89
3.1. La demanialità come regime di protezione dell'utilità collettiva	89
3.2. Utilità demaniali e utilità economiche	94
3.3. Struttura gerarchica e mercato	98
3.4. Struttura gerarchica e ruolo dell'autorità	106
4. Poteri di garanzia e poteri di disposizione	111
4.1. Uso in concessione e riserva	111
4.2. Tipi di concessione sui beni	117
4.3. Struttura della concessione	118
4.4. Due aspetti del regime pubblicistico: la qualità di ente pubblico e la qualità di ente esponenziale della collettività	121
5. Funzioni conferite e intestazione del bene. Introduzione ai capitoli successivi.	125

CAPITOLO SECONDO

IL CONFERIMENTO DI FUNZIONI ALLE AUTONOMIE SUI BENI DEL DEMANIO STATALE

1. Il difficile rapporto tra sussidiarietà orizzontale e verticale	135
1.1. La titolarità del bene ed il riparto di funzioni amministrative tra Stato e autonomie	135
1.2. La titolarità di funzioni nell'organizzazione giuridica dell'amministrazione pubblica	143

2.	Conferimento di funzioni e principi dell'autonomia	147
2.1.	I riflessi del principio autonomistico nei rapporti tra organizzazione e ordinamento generale	147
2.2.	Il principio di sussidiarietà in senso dinamico	151
2.3.	Il conferimento di funzioni nella L. 59/97 e nel D.Lgs. 12/98	154
2.4.	Il principio di leale cooperazione	157
3.	La titolarità del bene nella dinamica della sussidiarietà	161
3.1.	Il contenuto della titolarità del bene nelle teorie dei beni pubblici	161
3.2.	I limiti di un possibile superamento delle divergenze tra le diverse teorie	165
3.3.	Il modello della proprietà individuale dell'ente. La destinazione dei beni del demanio ad uso collettivo	172
3.4.	Il sostrato ideologico e la riduzione della destinazione all'inte- resse dell'ente dal periodo postunitario al codice del '42	175
3.5.	La primazia dell'interesse proprietario sulla destinazione del bene nel periodo delle prime regionalizzazioni	178
3.6.	La destinazione all'uso comune come criterio per inserire la titolarità del bene nel circuito della sussidiarietà	189
3.7.	Il modello della proprietà collettiva e la titolarità del bene come fatto di gestione	191
4.	Cenni alle funzioni maggiormente coinvolte nella privatizzazione	197
4.1.	La sdemanializzazione	197
4.2.	La programmazione degli usi del bene.	208

CAPITOLO TERZO

LE PRIVATIZZAZIONI DEI BENI PUBBLICI

1.	Le diverse forme di valorizzazione del patrimonio pubblico	213
1.1.	Il difficile rapporto tra utilizzazione economica e fruizione collettiva attraverso due letture della storia del problema	213
1.2.	Il contesto della normativa più recente	219
2.	La politica delle dismissioni dell'ultimo decennio	224
2.1.	Un primo tentativo e i motivi del fallimento (D.L. 386/91)	224
2.2.	Un altro tentativo incompiuto e nuovi strumenti di valorizzazione dei beni pubblici (art. 9 della L. 537/93)	229

2.3. La cartolarizzazione	231
2.4. Il passaggio al patrimonio disponibile mediante l'inserimento in elenchi di beni alienabili	233
2.5. La dismissione dei beni pubblici e il divieto di aiuti di Stato alle imprese	238
2.6. La dismissione senza privatizzazione prevista dal comma 434 della L. 30.12.2004 (Legge finanziaria 2005)	241
3. Beni demaniali e titolarità privata	247
3.1. La Patrimonio dello Stato s.p.a.	247
3.2. La Infrastrutture dello Stato s.p.a.	249
3.3. Natura della Patrimonio dello Stato s.p.a.	254
3.4. I riflessi della natura della società nella gestione dei beni pubblici.	259
3.5. Le privatizzazioni dei beni conseguenti alla privatizzazione degli enti	264
4. Verso nuovi modelli di coesistenza tra inappropriabilità e sfruttamento economico della risorsa	268
4.1. Il modello delle infrastrutture essenziali nei servizi di pubblica utilità	268
4.2. Il modello dell'ordinamento portuale.	278

CONSIDERAZIONI RIEPILOGATIVE E FINALI

1. La frammentazione dell'appartenenza come scelta di prospettiva	289
2. Scomposizione dell'appartenenza e compattezza del regime demaniale. I beni demaniali ad uso collettivo e la negazione del diritto di escludere	293
3. Struttura gerarchica e mercato. La tutela dell'utilità collettiva nell'organizzazione giuridica dell'amministrazione pubblica	297
4. La titolarità del bene nello svolgimento del principio di sussidiarietà	301
5. Libertà di accesso e sfruttamento economico della risorsa	303
6. La Patrimonio dello Stato s.p.a. e possibili gradazioni di modelli applicativi.	307

INTRODUZIONE

Sommario: 1. I termini di un problema. - 1.1. Il trasferimento di diritti sui beni demaniali. - 1.2. Fruizione collettiva e sfruttamento economico. - 1.3. Titolarità del bene e titolarità di funzioni amministrative sul bene. - 1.4. Profili oggettivi. Invarianti nel regime dei beni. - 1.5. Il conferimento di funzioni amministrative alle autonomie. - 2. I beni demaniali nel prisma dell'interpretazione. - 2.1. Definizioni e modelli. - 2.2. Pluralismo giuridico. Fonti legali ed altri formanti: dottrina, giurisprudenza, prassi. - 2.3. Pluralità di soggetti, distribuzione e coordinamento di prerogative.

1. I termini di un problema

1.1. Il trasferimento di diritti sui beni demaniali

“Come tutti i concetti sociali e giuridici, così quello di pubblico demanio si viene mutando e allargando in relazione all'idea che ci facciamo dello Stato e ai compiti sociali che gli vengono ascritti”¹.

Così si scriveva all'inizio del secolo scorso, in altro contesto, ma richiamando una premessa di evidenza generale.

L'evidenza generale non è riferibile soltanto all'ovvia considerazione che l'ordinamento si evolve di continuo.

Vi è piuttosto sottolineata la considerazione di come l'idea di Stato si traduca nel concetto di bene demaniale, il fatto che la relazione tra polo soggettivo e polo oggettivo si connota di elementi particolari².

¹ BRUGI, *Della Proprietà*, II ed. vol. I, p. 354, Napoli Torino 1918 Nel contesto in cui si trova inserita, l'affermazione è diretta a dimostrare che l'elencazione dei beni demaniali non ha carattere tassativo. Si argomenta intorno agli artt. 427-430 del codice previgente. L'elencazione dei beni demaniali contenuta negli artt. 822 e seguenti del vigente codice civile è invece pacificamente ritenuta tassativa. Ma già CAMMEO, *Demanio*, Dig. It., vol IX, parte I 1881 - 1889, p. 843 affermava che “poiché il demanio è una proprietà collettiva tenuta e amministrata dallo Stato, il tratteggiarne la storia è tratteggiare la storia dello Stato stesso e della proprietà”.

² Il richiamo ai termini polo soggettivo e oggettivo è carico di suggestione formalistica: “L'esperienza giuridica che ha il suo fulcro nel soggetto, presuppone un termine oggettivo ... Il soggetto e l'oggetto si implicano reciprocamente” scriveva PUGLIATTI, *Gli Istituti del diritto civile*, vol I, 289, Milano, 1943; si veda però l'impostazione successiva,

Si è detto più di recente che “La storia della demanialità coincide in gran parte con quella dello Stato” e che “le due realtà istituzionali sono indissolubilmente congiunte sia nell’origine sia nella evoluzione”³

Questa evoluzione in materia di beni pubblici appare oggi subire un’accelerazione, tanto da far pensare ad una brusca rottura del sistema tradizionale.

Il d.l. 15 aprile 2002, n. 63 convertito in legge con modificazioni dall’art. 1 della l. 15 giugno 2002, n. 112 ha significativamente polarizzato l’attenzione della dottrina, della gente⁴ e di specialisti di altri settori⁵ sulla teoria generale dei beni pubblici⁶.

E’ istituita una società per azioni, che assume la denominazione di “Patrimonio dello Stato s.p.a.”, ed è prevista la costituzione di una società finanziaria per azioni denominata “Infrastrutture s.p.a.”.

A queste società possono essere trasferiti diritti pieni o parziali su beni che fanno parte del demanio dello Stato (art. 7 e art. 8).

Id. *La proprietà e le proprietà in La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1954, p. 153 dove si precisa “il termine soggettivo della situazione giuridica che fa capo al demanio costituisce il fulcro della situazione stessa, e la proprietà pubblica presenta atteggiamenti differenti tra loro nei quali acquista rilievo la particolare natura del soggetto e la sua posizione relativamente a determinati interessi pubblici. Sull’iter Pugliattiano a partire dalla polemica con lo Jemolo sui concetti giuridici, e sull’intimo dualismo tra “sistema concettuale e storia” cfr. Paresce nella presentazione del volume di PUGLIATTI, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978.

³ G. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici* in Trattato di diritto privato diretto da P. Rescigno, vol. 7, Torino 1982, p. 90.

⁴ Nell’attuale comunicazione mediatica il termine gente sembra aver sostituito quello di “uomo della strada o uomo qualunque”, al quale si riferisce SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano 1947, p.234.

⁵ Cfr. SETTIS, *Italia s.p.a. L’assalto al patrimonio culturale*, Torino, Einaudi, 2002.

⁶ E’ nel senso “di una completa revisione della demanialità” il convegno dell’Associazione Italiana dei Professori di Diritto Amministrativo su “*Titolarità pubblica e regolazione dei beni*” tenutosi a Firenze il 2 e 3 ottobre 2003, i cui atti sono ora pubblicati in *Annuario A.I.P.D.A.* 2003, Milano, 2004.

Le norme citate invero fanno pensare alla demolizione del “muro della destinazione”, che non deve più essere “scavalcato”⁷ per consentire il trasferimento sul bene demaniale di diritti di soggetti diversi dall’ente territoriale.

Se infatti si applica l’ordine nozionale della tradizione, si constata il venir meno del “requisito generico”⁸ della necessaria appartenenza del bene ad un ente pubblico territoriale, ritenuto generalmente essenziale nella determinazione del concetto di demanio.

Non si giunge a diversa soluzione neppure seguendo l’impostazione che esclude essere requisito della demanialità l’appartenenza del bene ad un ente pubblico territoriale⁹, ed individua la disciplina differenziata dei beni dei pubblici poteri¹⁰ nel regime

⁷ L’immagine è di CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni*, in *Annuario A.I.P.D.A.* 2003, Milano 2004, p. 8, dove peraltro si precisa che, nel nostro sistema tradizionale se pure non è possibile transitare dal regime demaniale a quello di diritto comune nel permanere della destinazione, non è esclusa l’utilizzazione economica dei beni pubblici in costanza di essa; è esclusa invece ogni forma di utilizzazione economica che ne comporti la sottrazione alla destinazione. Nello stesso senso, più ampiamente, Id, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 94 e ss..

⁸ GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, distingue due requisiti generici, vale a dire le caratteristiche comuni a tutti i beni demaniali, ed un requisito specifico, cioè comune ad essi soli, e così riassume lo stato della dottrina: “Concordia pressoché assoluta sui requisiti generici, discordanza sul requisito specifico” (p. 24). Il primo requisito generico è la qualità di bene immobile, il secondo riguarda la qualità del soggetto: il bene demaniale deve appartenere ad un ente pubblico territoriale (p. 28). La necessità dell’appartenenza all’ente territoriale è pacifica in tutta la dottrina, ma adeguatamente giustificata solo da Romano (p.29 nota 1). Secondo più recente teoria l’appartenenza allo Stato di questi beni è fondata sul regime della riserva che comporta l’assoluta mancanza di legittimazione in tutti i soggetti dell’ordinamento, all’infuori del soggetto a favore del quale la riserva è stabilita, a divenire titolari di rapporti del tipo diritto di proprietà, diritti reali (cfr. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. p. 17).

⁹ CASSESE, *I Beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969. p. 136.

¹⁰ CASSESE *I beni pubblici*, cit.. In particolare (nota 3 p. 260) “La disciplina dei beni dei pubblici poteri non si discosta quindi da quella dei privati se non per un atto che può operare solo a favore dei primi (e solo di alcuni fra questi) e non a favore dei secondi: la riserva.

di riserva, che per i beni ad uso collettivo, è posto a garanzia della proprietà collettiva.

Anche il regime della riserva, non si concilia infatti con il trasferimento di diritti sui beni demaniali ad uso collettivo, sui quali si intende concentrare l'indagine, perché la riserva opera impedendo la legittimazione ad appropriarsi del bene a titolo di proprietà individuale, che è una forma di appartenenza diversa rispetto alla proprietà collettiva.

In base a quest'ultimo modello "Non è che questi beni non possono formare oggetto di atti di commercio ... è solo che la riserva di appartenenza di questi beni alle collettività, concretandosi in diritti che differiscono dalla proprietà privata individuale, non ammette le qualificazioni giuridiche che sarebbero proprie di questi"¹¹. E da ciò si può far derivare che rispetto ai beni demaniali "per natura", la possibilità di trasferimento di diritti, per il fatto stesso di ammettere la trasformazione della proprietà collettiva in proprietà individuale, è in conflitto con il regime della riserva e della proprietà collettiva che dalla riserva è caratterizzata e garantita¹².

In breve, gli accenni alle pur varie teorie in tema di beni pubblici inducono a rilevare profili di conflitto tra l'innovazione normativa e le tradizionali rappresentazioni del concetto di demanio.

1.2. Fruizione collettiva e sfruttamento economico

Da un punto di vista generale e, per così dire, all'origine degli schemi dogmatici, la privatizzazione è in conflitto non solo con l'appartenenza necessaria all'ente territoriale o con la riserva che vale ad impedire l'appropriazione privata del bene, ma con quello che ap-

¹¹ GIANNINI, *I Beni pubblici*, Roma, 1963, p. 99 e seg.

¹² In questi termini, CASSESE, *I Beni pubblici*, cit. p. 147. Uno dei tratti distintivi della proprietà collettiva è l'essere destinata alla conservazione dello status quo, anziché all'utilizzazione integrale e allo scambio. Cfr. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato* a cura di IUDICA E ZATTI, Milano 1990, p.260.

pare essere il loro fondamento e che giustifica, almeno storicamente, la demanialità del bene¹³.

Rileva nella recente normativa la finalità di gestione dei beni demaniali come oggetto di attività di impresa, e, per questo aspetto, la linea tracciata dalla privatizzazione appare con ancor più evidenza in rotta di collisione con la tradizione della demanialità.

I valori tradizionalmente evidenziatisi nell'ordinamento con riguardo alla categoria dei beni demaniali ad uso collettivo difficilmente si conciliano con lo scopo di massimizzarne il valore economico, tanto che la stessa idea di appartenenza, cristallizzata nel modello della proprietà individuale, non si riteneva adeguata a spiegare il relativo regime giuridico.

Si diceva “... ammessa una proprietà dello Stato su queste cose, essa sarebbe un concetto senza contenuto, perché lo Stato non ne ha alcun vantaggio reale, essendo la sua proprietà interamente assorbita dal diritto pubblico di uso della comunità ... è una proprietà che costa anziché rendere”.¹⁴

Si rispondeva allora che la proprietà pubblica è caratterizzata dalla destinazione, nel senso che il bene è di proprietà dell'ente, ma è

¹³ Cfr. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979 cap. I, e riassuntivamente “... il godimento delle utilità della cosa, storicamente costituente titolo di appartenenza riservata della stessa ad una collettività determinata sembra riemergere nell'attuale sistema di imputazione soggettiva all'ente pubblico, finendo per rappresentare la ratio stessa di siffatta attribuzione di titolarità (p.41).

¹⁴ La teoria, è riportata e criticata da RANELLETTI, *Concetto, natura e limiti del demanio pubblico*, Cap. I *Stato della dottrina e della giurisprudenza*, in *Giur. It.* XLIX (1897) IV, 345, ora in *Scritti giuridici scelti, IV I beni pubblici*, Napoli, 1992, p. 57 La tesi considerata dominante in Germania nella seconda metà dell'800 nega la proprietà sui beni demaniali dell'ente pubblico, che non interviene da padrone, ma come autorità e come guardiano, con un potere ed un obbligo di sorveglianza per conservarlo alle generazioni future. E' da notare che in questi termini di tutela del bene per conservarlo alle generazioni future è spesso fatto riferimento anche attualmente con riguardo ai beni culturali.

destinato all'uso della collettività, o alla funzione di rendere possibile quest'uso¹⁵.

Senza parteggiare per diversi modelli dogmatici, è possibile giustificare la circostanza che il problema sollevato dalla privatizzazione appare trasversale rispetto ad essi, in quanto risiede essenzialmente nel conflitto tra la possibilità di sfruttamento economico della risorsa ed il godimento collettivo, nel che consiste l'utilità protetta dal regime demaniale di questi beni.

Ne deriva che l'eventuale sfruttamento economico del bene è quantitativamente e qualitativamente marginale, perché può investire solo le utilità che residuano una volta esaurita la potenzialità dell'uso collettivo¹⁶.

Si tratta allora di verificare, innanzi tutto se questa proposizione, dedotta dallo sviluppo di concetti teorici, regge alla luce della realtà storica ed in particolare se è adeguata all'evoluzione della tecnica e dei bisogni della collettività.

¹⁵ RANELLETTI, *Concetto ...cit.* Cap. III: *Teoria*, in Riv. It. Sc. Giur. XXV (1898), p. 17. Per una critica a tale impostazione che traduce in termini di proprietà individuale la proprietà collettiva, Cfr. CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p. 175. Cfr. inoltre la rassegna delle opinioni citate da GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. da p. 47. In particolare, per anticipare quanto sarà oggetto di considerazioni successive, se dalle enunciazioni generali rispetto alle quali la destinazione è rivolta non solo all'uso pubblico, ma secondo le diverse opinioni: ad un pubblico servizio, ad una pubblica funzione, si passa alla concreta individuazione del servizio e della funzione, si nota che esse rinviano comunque all'uso pubblico del bene. Il punto critico si sposta allora sul significato di uso pubblico, che nel tempo è stato esteso dall'uso collettivo anche ad alcuni usi individuali, tendendo a perdere l'originaria connotazione, e successivamente spostando il baricentro dall'interesse della collettività a poter godere direttamente del bene, all'interesse dell'ente. Su questo aspetto diviene più sensibile la divaricazione tra le teorie che individuano nei beni ad uso comune una forma di proprietà collettiva, rispetto alle teorie della proprietà pubblica.

¹⁶ Il problema dell'uso pubblico in rapporto agli usi concreti ed alla produttività del bene ha sempre caratterizzato la vicenda di questi beni. Cfr. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse*, cit. cap. IX e bibliografia citata.

Inoltre occorre indagare a chi spetti tale valutazione di compatibilità tra lo sfruttamento economico e lo sfruttamento collettivo del bene, il percorso da seguire, ed i criteri da applicare.

1.3. Titolarità del bene e titolarità di funzioni amministrative sul bene

Dalla considerazione che il bene è a disposizione del godimento collettivo, consegue che la titolarità dell'ente predicata dalle disposizioni codicistiche trova espressione essenzialmente nella titolarità di funzioni e di compiti di gestione.

Questo aspetto è messo d'altra parte in rilievo, pur secondo diversi ordini concettuali, sia nella prospettiva della proprietà collettiva, per la quale i beni demaniali appartengono alla collettività, e "l'appartenenza" allo Stato sta ad indicare la titolarità della gestione, sia nella prospettiva della proprietà individuale dell'ente pubblico, per la quale la proprietà trova adeguata rappresentazione nell'ossimoro diritto - dovere¹⁷, o, in altri termini, che il legame di proprietà in confronto a certi enti e non ad altri è in rapporto con l'esclusiva che l'ordinamento ha costituito a favore di tali enti quanto alle funzioni connesse con i beni¹⁸.

Più in generale le diverse dottrine, anche quando non identificano la demanialità nella necessità del bene ad una funzione esclusiva dell'ente cui esso appartiene¹⁹, e pur qualificando l'appartenenza in modi diversi, vale a dire come proprietà funzione, proprietà fun-

¹⁷ Cfr. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, Annuario A.I.P.D.A. 2003, cit., p.61.

¹⁸ In questi termini, BERTI, *Caratteri dell'Amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1969, ora in *Amministrazione comunale e provinciale*, Padova, 1994, p.187.

¹⁹ GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova, 1934, p. 70 per quanto riguarda il requisito "generico" della necessità del bene ad una funzione dell'ente cui esso appartiene, e p.72 e p.74 per quanto riguarda il requisito specifico della esclusività della funzione svolta dall'ente pubblico.

zionale, gestione di proprietà collettiva, sembrano convergere nella considerazione che il potere dello Stato sui beni demaniali non ha più niente del diritto soggettivo, ma è semplicemente una potestà attribuita al soggetto per un interesse che lo trascende²⁰.

Da qui, la sovrapposizione, per così dire immanente nella tradizione, tra titolarità del bene e titolarità di funzioni²¹, tanto da soste-

²⁰ Per quanto riguarda la teoria della proprietà pubblica, secondo la ricostruzione di GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., nota 4 p.11, può essere fatta risalire a Mayer e nella dottrina francese a Hariou, mentre nella dottrina italiana a Romano. Sulla distinzione tra proprietà funzione come proprietà privata onerata da obblighi e proprietà funzionale come proprietà di beni adibiti ad una funzione pubblica (beni demaniali) si sofferma PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano 1954, p.276. La moderna ricostruzione in termini di proprietà collettiva dei beni a fruizione collettiva, cioè i beni demaniali per natura, affidati in gestione legale ad enti territoriali, si deve a GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., in particolare p. 51 e segg. e per una critica all'espressione "funzione sociale della proprietà che può essere impiegata come formula di comodo ma non può essere applicata per definire qualcosa di giuridicamente preciso" p. 126. In termini comparati con l'esperienza francese cfr. GAMBARO, *Proprietà in diritto comparato* in Dig. Disc. Priv. Sez. civ. XV, p. 516. Per una sintesi sull'attuale stato della dottrina francese cfr. Y GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 2, *Droit administratif des biens*, Paris 1998. Nei termini riassuntivi, pur nelle diverse formule adottate dalle diverse dottrine, che identificano il potere dello Stato in termini di potestà attribuita al soggetto per un interesse che lo trascende cfr. NICOLÒ, *Diritto civile*, Enc. Dir. ad vocem, p.915, 916. Sul rilievo e il significato della funzionalizzazione della proprietà collettiva Cfr. CASSESE, *I beni pubblici* cit. p. 106, nota 25 bis, come determinazione dei possibili usi dei collettivisti, e non come sottoposizione al principio di funzione del soggetto pubblico.

²¹ In relazione alle considerazioni generali ora in discorso, oggetto di diversa questione è se la titolarità del dominio comporta per il soggetto di pubblica amministrazione la titolarità di ulteriori poteri (o facoltà) rispetto a quelli amministrativi previsti dalle leggi, ovvero la titolarità del dominio si identifica con, si risolve nella titolarità dei poteri amministrativi attribuiti dalla legge all'ente. La risposta nel primo senso è fornita da CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica ...*, cit. p. 38, perché la norma di attribuzione del dominio non può non avere un senso autonomo ché altrimenti sarebbe inutile, ed inoltre la situazione di dominio serve a risolvere alcuni problemi quali ad esempio quelli dei frutti e della proprietà del bene una volta esaurita la sua funzione. Riecheggia qui l'impostazione di RANELLETTI, *Concetto natura e limiti del demanio – teoria*, ora in *Scritti giuridici scelti*, IV, Napoli, 1992, p. 54 quando precisa che "logicamente diversa è la natura demaniale dei beni e quella della proprietà o meno dei medesimi". Si può precisare allora che qui si fa riferimento in via generale al tipo di rapporto tra l'ente ed il bene in

nere che la diversa appartenenza del bene all'uno o all'altro ente finisce col tradursi solo in una diversa competenza in relazione alla diversa utilità materiale delle varie categorie di beni.²²

Da questo punto di vista, a confronto del clamore suscitato dalla possibilità di trasferire diritti su beni demaniali ad una società commerciale, è rimasta, invece, in ombra la riforma avviata dalla legge 59/97 (cd. Bassanini I) e poi approdata alla riforma del titolo V della Costituzione.

In ombra, non occorre precisarlo, solo per i riflessi in materia di demanio, proprio perché la portata generale della riforma conduce il clamore su altri piani.

La riforma citata prevede una generale riallocazione di compiti e funzioni tra Stato e autonomie, che investe anche quelle relative al demanio statale – il quale rappresenta quantitativamente e qualitativamente la parte più cospicua di beni ascrivibili alla categoria del demanio ad uso collettivo – secondo criteri che non sono direttamente deducibili dall'appartenenza del bene²³.

Il conferimento generale²⁴ alle regioni e agli enti locali delle funzioni sul demanio statale, rappresenta quindi un altro fronte di rottura degli schemi tradizionali, perché fa venir meno il parallelismo tra appartenenza del bene ed esercizio di funzioni ad esso relative.

relazione alla sua qualità demaniale. Rimane su un altro piano la possibilità che vi sia anche una proprietà del bene, per così dire esterna alla demanialità, come quando il bene perde la sua destinazione, o con riguardo a utilità marginali, nel senso che sono al margine rispetto alla demanialità.

²² BERTI, *Caratteri* ..cit., ora in *Amministrazione* ... cit., p. 185.

²³ Come primo richiamo di ciò che sarà oggetto di più ampia descrizione è sufficiente richiamare il nuovo art. 118 cost. i cui riflessi sui beni demaniali erano già anticipati dal D.L.vo 112/98 in particolare art. 86 per il demanio idrico e art. 105 per il demanio marittimo.

²⁴ Già i decreti di trasferimento alle regioni di funzioni amministrative statali (D.P.R. 5//1972, D.P.R. 616/77) realizzavano delle forme di separazione tra appartenenza ed esercizio di funzioni. Ciò avveniva però per funzioni determinate e per materie determinate. La situazione è tutt'affatto diversa, invece nel nuovo assetto costituzionale.

Si può anzi affermare che la frammentazione degli schemi tradizionali investe in eguale misura sia la titolarità del bene sia la titolarità di funzioni sul bene, e ciò conduce ad una lettura congiunta della privatizzazione e del conferimento di funzioni, perché non appare possibile considerare l'una senza tenere presente l'altra.

La considerazione poi che entrambe confluiscono nel senso di ammettere l'ingresso di un soggetto diverso – da una parte in ordine alla titolarità di diritti, dall'altra in ordine alla titolarità di funzioni – da quello al quale il bene appartiene, induce a concentrare l'attenzione proprio sul momento dell'appartenenza, nel momento in cui essa non sembra più poter significare né una riserva di proprietà né una riserva di funzioni.

Si tratta, infatti, di ammettere, si forza qui il senso della contraddizione, che sui beni che “sono demaniali e appartengono allo Stato”, la titolarità di diritti spetti ad una società per azioni, ed altri enti siano centro d'imputazione delle funzioni relative a quei beni.

Occorre aggiungere che posta in questi termini la questione, nonostante le normative finora richiamate investono direttamente solo i beni del demanio statale, è la demanialità nei suoi tratti essenziali ad essere messa in discussione.

Né l'unitarietà²⁵ del demanio viene meno per il fatto che agli enti territoriali diversi dallo Stato spetta soltanto il demanio accidentale.

La differenza tra demanio necessario e demanio accidentale non comporta differenze in ordine agli aspetti dell'appartenenza – si intende dal lato posto in discussione dalla normativa sulle privatizzazioni e da quella sul conferimento di funzioni – e delle funzioni che si esercitano sul bene.

Anzi la necessità dell'appartenenza all'ente territoriale, se la proposizione ha un senso, è ancora più visibile nel demanio accidentale, tanto che, solo a questa condizione, i beni sono demaniali.

Infatti, cose dello stesso tipo, che non appartengono all'ente territoriale, non sono qualificate beni demaniali.

²⁵ Cfr. BERTI “*Amministrazione provinciale ... cit.*”, p.185.

Più che la differenza tra demanio necessario e demanio accidentale rilevano, e sono essenziali le differenze, relative ad ogni singolo tipo di bene, delle quali si dirà in seguito.

1.4. Profili oggettivi. Invarianti nel regime dei beni

La possibilità di trasferire diritti su beni demaniali ha condotto parte della dottrina ad affermare la “scomposizione”²⁶ del regime demaniale, intendendosi, in estrema sintesi e rinviando una più approfondita riflessione alle pagine che seguono, l’erosione del regime della riserva – che impedisce l’appropriazione privata del bene – e la centralità del regime della destinazione – che vincola il bene al perseguimento di determinati interessi pubblici.

E’ da porre però subito in evidenza un dato, relativo a tale scomposizione, da cui deriva un’obiezione al modello ora citato.

Le norme sulla privatizzazione non intendono modificare direttamente il regime dei beni demaniali, ed anzi, per quanto riguarda il trasferimento alla Patrimonio dello Stato s.p.a. e, per rinvio alle stesse disposizioni, alla Infrastrutture s.p.a., vi è l’espressa statuizione del rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici (art 7, comma 1) e la salvaguardia del regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829 primo comma del codice civile dei beni demaniali trasferiti.

Ma soprattutto, e più in generale, non si riscontrano modifiche alle discipline di settore che concorrono a definire il regime dei singoli beni demaniali, anche, ma non solo, per l’espresso rinvio operato dall’art. 823 del codice civile.

L’obiezione deriva dalla generale osservazione che le situazioni di appartenenza si trovano conformate per il fatto di avere come oggetto beni di un certo tipo²⁷.

²⁶ Il termine “scomposizione”, o anche “disarticolazione” sono di NAPOLITANO *La patrimonio dello Stato S.P.A. tra passato e futuro: verso la scomposizione del regime demaniale e la gestione privata dei beni pubblici?* In *Annuario A.I.P.D.A.* 2003 cit., p. 251

²⁷ Cfr. GAMBARO, *La proprietà*, cit. p. 136.

Sotto questo profilo la disciplina dei beni del demanio, se la si riguarda dal lato oggettivo cioè delle regole riferite ai singoli beni (l'uso generale, le concessioni, le autorizzazioni, la delimitazione, la sdemanializzazione etc.) si può considerare relativamente stabile, almeno per quanto riguarda gli schemi generali.

In particolare il regime dell'appartenenza dei beni in esame si svolge nelle leggi di settore attraverso la disciplina di funzioni amministrative dirette a tutelare l'accessibilità del bene all'uso di tutti, ed è tale regime che può trovarsi in conflitto con la possibilità del trasferimento dei diritti. In termini più generali, un primo rilievo critico in ordine ad un modello fondato sulla scomposizione del regime demaniale nasce dalla considerazione che appare difficile scomporre il regime di questi beni in due versanti, quello soggettivo e quello oggettivo, ma piuttosto, essendo la situazione di appartenenza conformata dal regime del bene, tale regime incide in ogni suo aspetto ivi comprese le vicende che attengono al trasferimento di diritti.

L'invariata disciplina del bene sotto il profilo oggettivo a fronte dei mutamenti sul versante soggettivo induce poi ad un'altra riflessione.

E' da chiedersi in che modo rilevi la comparsa di un nuovo soggetto, creato appositamente, nella forma di una società commerciale.

L'esplicita previsione secondo la quale il trasferimento non modifica il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma del codice civile, e la considerazione che le discipline di settore delle singole categorie di beni non sono state modificate, fa pensare che si tratti solo di un modello organizzativo nella gestione dei beni diverso rispetto al precedente.

A questo proposito si è richiamata l'attenzione sul problema del nuovo ruolo dell'agenzia del demanio, a seguito del D.Lgs. n. 173/2003, e la possibilità che da ciò derivi una compressione della gestione dei beni da parte della Patrimonio s.p.a.²⁸.

²⁸ NAPOLITANO, *La patrimonio dello Stato s.p.a.*..., cit. in *Annuario A.I.P.D.A.* cit, p. 264.

Invero, la riforma dell'agenzia del demanio è idonea ad orientare l'utilità del bene al massimo rendimento economico allo stesso grado del possibile trasferimento di diritti ad una società commerciale.

Questo fa pensare, in relazione a quanto si è poco fa accennato in ordine alla massimizzazione del valore economico dei beni, potenzialmente in conflitto con l'utilità collettiva protetta dal regime demaniale, che il problema si porrebbe anche senza la comparsa di questo nuovo soggetto.

E' da vedere quindi se il modello organizzativo sia neutro rispetto agli scopi prescelti, o se, anche su questo versante, derivino conseguenze in ordine al regime giuridico dei beni.

E' da tener presente che il modo di operare di questa società è vincolato agli indirizzi strategici del Ministero dell'economia e delle Finanze, che è azionista unico della società, previa definizione da parte del CIPE delle direttive di massima.

Inoltre si consideri che per la tutela dell'interesse collettivo si fa da tempo ricorso a tecniche diverse rispetto al suo affidamento ad un soggetto pubblico²⁹.

E' quindi da verificare se il ruolo che il regime dei beni assegna all'Autorità pubblica sia sostituibile, ed entro che limiti, mediante la creazione di questo nuovo soggetto.

1.5. Il conferimento delle funzioni amministrative alle autonomie

Qualcosa di più e di diverso, rispetto a scopi di efficienza organizzativa, esprime il generale conferimento di funzioni amministrative sul demanio statale, agli enti territoriali minori.

Qui la diversa organizzazione non esprime un'esigenza di efficienza, ma un'esigenza politica - costituzionale.

²⁹ In proposito MARZUOLI, *Tutela del cittadino e "privatizzazione dell'amministrazione"*, in *Cittadino e amministrazione nel diritto comparato*, a cura di Roza Acuna, Napoli, 2000, p. 251 ss..

Si è poco fa accennato alla necessità di considerare insieme il conferimento di funzioni ed il trasferimento di diritti, perché si allineano nel modo di incidere sul concetto di demanio.

E' da rilevare che accanto ad elementi comuni ci sono anche riflessi contraddittori se ci si pone nella prospettiva del rapporto tra concetto di demanio e idea di Stato.

Il comune dato di partenza è nell'osservazione dell'insufficienza dei modelli incentrati sulla soggettività.

Già da tempo si nota che le relazioni giuridiche pubbliche possono svolgersi su un piano diverso da quello delle tradizionali relazioni intersoggettive, e su questo diverso piano, gli effetti della soggettività possono essere ritenuti secondari³⁰.

Si possono in proposito richiamare le riflessioni in tema di organizzazione ed al fatto che l'allargamento della sfera pubblicistica comporta un progressivo declassamento della personalità giuridica dello Stato³¹.

Questi svolgimenti teorici trovano un punto di evidenza ed anche di verifica con riguardo ai beni demaniali.

Si può dire che vi è l'intersezione di due piani distinti: quello del soggetto, essenziale per descrivere gli statuti proprietari, e quello di organizzazione, essenziale per descrivere l'attività della pubblica amministrazione.

Il percorso attuale appare quindi inverso rispetto a quello segnato da Ranelletti, quando tracciava la storia dei beni dell'Allmende che dalla collettività come unità passano alla persona giuridica, cui l'associazione assurge³², nel senso che, mentre la teoria della proprietà pubblica affondava solide radici nell'affermazione della personalità giuridica dello Stato, ora, invece, si assiste al superamento della sog-

³⁰ BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova 1968, p.9., ma già nell'ed. provv. 1961, ora ID. *Il principio organizzativo del diritto pubblico*, Padova, 1986, p. 21.

³¹ Cfr. BERTI, *La pubblica amministrazione*, cit. p. 11

³² RANELLETTI, *Concetto... Teoria*, ora in *Scritti giuridici scelti, IV, beni pubblici*, p. 257.

gettività nella giuridicità pubblica³³ verso l'oggettivazione dell'amministrazione³⁴, riconducibile, in termini più recenti, al principio di sussidiarietà da ultimo costituzionalizzato.

Da questo angolo visuale si evidenziano riflessi contraddittori nella lettura congiunta del trasferimento di diritti e del conferimento di funzioni.

Sia la creazione della società per la gestione dei beni pubblici, sia la trasformazione dell'agenzia del demanio in ente pubblico economico esprimono una forte centralizzazione del sistema.

La contraddizione è nel fatto che da una parte si amplifica la sussidiarietà in senso orizzontale, dall'altra si comprime la sussidiarietà in senso verticale.

E' pur vero che "restano ferme le competenze in materia di gestione di beni demaniali attribuite agli enti locali dalle norme vigenti" (art. 8, c. 4 del D.L. 63/2002 convertito in legge 112/2002), ma si rimane nell'ambito della contrapposizione tra valorizzazione economica e destinazione pubblica.

Si è invece notato che proprio all'interno di una prospettiva giu-seconomica, i problemi legati alla natura immobile dei beni trovano la soluzione più efficiente al livello più vicino al bene stesso.

Per esempio l'utilizzo delle acque richiede una disciplina diversa secondo i luoghi, "al Brennero rispetto a Capo Passero" in ragione della rispettiva abbondanza o scarsità dell'acqua³⁵.

Si conferma in pratica che la sussidiarietà vale a connotare un sistema in senso più ampio rispetto ad un criterio distributivo di compiti e di funzioni tra Stato e Regioni, perché è idonea a "rovescia-

³³ In questa direzione i già citati studi di BERTI ed inoltre ID *Amministrazione Comunale e Provinciale*, cit., e più recentemente, ID. *La giuridicità pubblica e la riforma del titolo V, parte II della Costituzione*, in *Jus*, p.147.

³⁴ BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato alla sovranità dell'ordinamento*, *Jus*, 1995, p. 194.

³⁵ MATTEI, *Proprietà*, Dig. Disc. Priv. Sez. civ., vol. XV, Torino, 1997, p. 437.

re i termini del percorso giuridico” che parte dai bisogni della vita reale, e toglie terreno alla struttura gerarchica della legalità formale³⁶.

Anche la necessità di affrontare questi aspetti impone di esaminare correlativamente le riforme in tema di “privatizzazione” e le riforme in materia di rapporti tra Stato e autonomie.

2. I beni demaniali nel prisma dell'interpretazione

2.1 Definizioni e modelli

Si sono appena richiamati alcuni profili, che, forse solo per assonanza, manifestano la difficoltà di utilizzare nei termini consueti la definizione di demanio, in relazione a riforme che imprimono un'accelerazione all'evoluzione dei concetti, in rapporto all'idea di Stato.

La scelta di questa prospettiva è determinata dalla consapevolezza che le affermazioni, le conclusioni, o in generale i risultati dell'indagine, variano con il variare delle premesse di partenza³⁷.

Tuttavia, occorre svolgere una considerazione, se non di metodo, almeno di trasparenza sullo svolgimento del discorso³⁸.

³⁶ BERTI, *La giuridicità pubblica*, cit. p. 162

³⁷ Per questi aspetti metodologici è ovvio il riferimento ad ORESTANO, *Azione diritti soggettivi persone giuridiche*. Sul punto si sofferma GIANNINI *Gli elementi degli ordinamenti giuridici*, R.T.D.P., 1958, p. 220; e successivamente, con accenti diversi, ID. *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, in *Studi per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. 33, Milano, 1990, p. 13.

³⁸ Per il dibattito più recente sul tema del metodo cfr. ROMANO TASSONE, *Metodo giuridico e ricostruzione del sistema*, in *Dir. Amm.*, 2002, 11 e seg.; IANNOTTA, *Dialogo sul metodo osservazione e ricostruzione delle vicende giuridiche reali*, in *Dir. Amm.*, 2003, 133; TRAVI *Il metodo nel diritto amministrativo e gli altri saperi*, in *Dir. Pubbl.* 2003, II, 865, relazione tenuta al Convegno del Gruppo S. Martino tenutosi a Siena il 17 ottobre 2003 *Problemi attuali del metodo nel diritto amministrativo*. Le altre relazioni sono pubblicate in *Dir. Pubbl.* annate 2003 e 2004. Il tema del metodo è trattato come oggetto di indagine distinta rispetto alle applicazioni che ne derivano, e rappresenta questione preliminare rispetto all'attività di interpretazione in L. BENVENUTI *Dogmatica e interpre-*

La dottrina, in proposito, ha messo in guardia dal “falso problema della definizione”, frutto dell’illusione per cui dare il nome ad un concetto equivalga a conoscerlo³⁹.

Più specificamente i beni demaniali non costituiscono una categoria, perché sotto questa dizione sono raggruppati beni fra loro eterogenei aventi diversa funzione e diverso regime giuridico⁴⁰.

Si distinguono infatti, ma la classificazione non pretende di essere esaustiva, beni utilizzabili per produrre risorse allo sviluppo produttivo del paese, per servire direttamente gli scopi dell’amministrazione, per il godimento libero della collettività, per garantire lo svolgimento di servizi pubblici⁴¹.

tazione nel diritto amministrativo Milano, 2002 per il quale il momento della costruzione del sistema, specie nell’attuale fase di trasformazione dello Stato e degli assetti sociali, presuppone una sorta di indagine di storia del pensiero giuridico amministrativistico, svolta per il tramite di un’analisi delle argomentazioni e degli usi linguistici impiegati dalla dogmatica. In questa prospettiva, nelle pagine seguenti, si è creduto di tener presente le principali tesi sull’argomento per un costante confronto con le dirompenti innovazioni introdotte dalla normativa sulle privatizzazioni, in quanto il campo dei beni pubblici non può non scontare la presenza di una precomprensione da parte dell’interprete, specie nel momento in cui il medesimo interviene in sede di *applicatio*.

³⁹ In questi termini, in relazione alla sprovvedutezza culturale figlia del positivismo giuridico che concepisce il legislatore come signore della fonte cfr. MATTEI, *Proprietà*, cit. p.434, ed ivi i richiami agli studi che hanno evidenziato le carenze di un approccio monistico mettendo in luce l’aspetto del pluralismo giuridico. In senso più generale già ORESTANO *Azione Diritti soggettivi Persone giuridiche*, Bologna, 1978. Per un primo orientamento in ordine al contesto filosofico al quale rinviano queste riflessioni cfr. le voci “nominalismo”; “significato”; “concetto”, in Dizionario di filosofia di Abbagnano.

⁴⁰ Cfr. da ultimo M. ARSÌ, *I beni pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano 2003. Ma già la necessità di individuare il regime giuridico per specie di beni e non per l’inserimento nella categoria del demanio e del patrimonio era nella teoria della “*échelle juridique de la demanialité*” di DUGUIT.

⁴¹ La varietà dei beni e delle loro utilità spiegano le divergenze della dottrina, che nella prima metà del secolo scorso ricercava l’essenza della demanialità. Le ricerche di allora erano condizionate non solo dall’approccio metodologico diretto a ricercare l’essenza dei concetti giuridici, ma anche dalla prospettiva pratica di tracciare una linea di demarcazione tra demanio e patrimonio indisponibile. Al contrario di oggi, la legislazione differenziava il regime giuridico tra demanio e patrimonio, ma non offriva criteri distintivi certi. Occorreva allora ricercare il criterio distintivo della demanialità, tale che

Questa varietà e diversità si colgono nel diverso regime giuridico dei beni, e sono immediatamente evidenti nella regolamentazione delle funzioni che l'autorità amministrativa svolge sul bene.

Quindi il riferimento al demanio e alla demanialità, staccato dalla specificità dei singoli beni, ricorda il paradosso della "cavallinità senza cavallo".

Vi sono però questioni concrete per le quali l'interpretazione attraversa necessariamente gli schemi generali.

Già si nota la diversa prospettiva di chi esclude, e chi invece ammette la compatibilità dell'appartenenza ad un soggetto privato con il permanere del regime demaniale dei beni⁴².

Per quanto riguarda il conferimento di funzioni ad enti territoriali diversi dallo Stato, si può notare che vi sono funzioni quali la sdemanializzazione, che potrebbero ritenersi conferite ovvero mantenute allo Stato, in ragione del significato dell'appartenenza.

Vi è poi il regime delle esternalità sia positive sia negative.

Un altro problema riguarda l'incidenza delle scelte politiche sull'uso dei beni demaniali una volta che le funzioni sono esercitate da enti dotati di autonomia politica.

vi rientrassero tutti i beni demaniali. Il criterio fu individuato nella destinazione ad un servizio pubblico, o di pubblica utilità, all'uso pubblico diretto ed immediato, nell'identità tra attività e godimento del bene da parte dell'ente pubblico, nella destinazione immediata ad un fine amministrativo, nella necessità ad una funzione esclusiva dell'ente territoriale. E' nota la critica di GIANNINI, *I beni pubblici* cit., p. 52: "...Solo che arrivati a questo punto la nozione di demanio non serve più a nulla... Solo il genio dell'astrazione la può mantenere in vita, salvo poi a dover ogni momento risolvere gli intrighi che essa crea."

La possibilità di affermare una categoria unitaria sostenuta da CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, è fondata sulla destinazione, che può essere suddivisa in tre tipi fondamentali: destinazione del bene ad un uso esercitato direttamente dalla collettività, destinazione ad un uso esercitato dall'ente pubblico attraverso i suoi organi, destinazione a soddisfare determinati interessi pubblici generalmente inerenti alla cultura e all'economia nazionale.

⁴² Nella prospettiva dell'esclusione cfr. SORACE, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in Aedon, n. 1/2003, nella prospettiva dell'ammissibilità NAPOLITANO, *La Patrimonio dello Stato s.p.a.*... cit. p. 262

Le soluzioni delle questioni appena elencate dipendono dallo schema generale nel quale si inquadra la demanialità.

In sintesi se la tassonomia dei beni impone di riferire l'indagine a ciascuno di essi, la regolazione di settore deve essere letta alla luce di un'impostazione generale.

Il richiamo ai concetti tradizionali è quindi giustificato anche da ragioni di utilità pratica.

Appare quindi necessario avvalersi dei modelli generali pur forgiati nelle esperienze passate, che appaiono essenziali non solo per cogliere quanto di nuovo l'attuale evoluzione comporta, ma per un problema proprio di economia del linguaggio.

2.2. Pluralismo giuridico. Fonti legali ed altri formanti: dottrina, giurisprudenza, prassi.

Occorre poi richiamare altre due considerazioni, utili per rendere trasparente lo svolgersi del discorso.

La prima riguarda un aspetto che attiene alla specificità dei singoli beni secondo quanto appena richiamato.

La peculiarità dei diversi beni è sempre presente nelle discipline settoriali e tende ad aderire alle caratteristiche della cosa, invece la normazione generale tende a riunire in un'unica categoria tutto il demanio.

Questo vale per il codice civile, ed è nota la critica al legislatore per essersi fidato della dottrina⁴³, ma vale anche per le riforme da cui hanno preso avvio queste prime considerazioni, e per varie disposizioni inserite qui e là al fine di risolvere problemi contingenti come il problema degli abusi su aree demaniali.

La seconda considerazione si richiama al pluralismo giuridico ed alla complessa dinamica dei formanti che compongono gli istituti giuridici.

⁴³ GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 28.

Il termine demanio rinvia ad un bagaglio di principi, di norme, di prassi, di elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali stratificatisi nel corso di più di un secolo che hanno condotto alla formazione di un comune sentire della demanialità⁴⁴.

Dalla natura demaniale del bene si deducono conseguenze, alle quali non si sono sottratte neppure le teorie che negano la possibilità di addivenire ad una nozione unitaria dei beni demaniali.

Si può ritenere che tutte le opinioni fiorite nell'intento di dare una definizione di demanio entrano nella complessa dinamica dei "formanti" che compongono l'istituto.

Quindi, anche se si abbandona l'atteggiamento metodologico di cogliere l'essenza, la sostanza ontologica rivelata dal sostantivo demanio, occorre considerare, proprio nella consapevolezza che i concetti giuridici sono storicamente condizionati e determinati, che l'atteggiamento ontologico criticato fa parte della storia e quindi concorre a determinare il significato del termine come oggi lo intendiamo.

Si è detto "Il significato è ciò che l'essenza diventa quando ha fatto divorzio dall'oggetto di riferimento e si è sposata con la parola"

Superata l'illusione di cogliere l'essenza attraverso la definizione, il termine rinvia al significato che si è formato nel tempo e gli stessi enunciati normativi, e quindi anche l'attuale legislatore, quando si riferiscono al demanio, non possono non rinviare anche a quel corpus teorico di idee sulla demanialità⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 4 "Il quasi completo silenzio normativo per i beni pubblici e i diritti reali pubblici fa contrasto con la disciplina dei beni e dei diritti reali privati, e sembra quasi smentire il principio di tipicità dei diritti reali o almeno parzialmente derogarvi. Se però dalle norme passiamo alla dottrina, ci avvediamo che sui beni e i diritti reali esiste un corpo di tradizione dottrinale che si presenta dotato di una solida consistenza. ... Siamo così in presenza di uno dei non molti settori del diritto positivo odierno del nostro paese, in cui vige una normazione giurisprudenziale, nel senso storico del concetto; una normazione su cui si fondano e in cui si confondono elaborati consuetudinari con insegnamenti della scienza e pronunce giurisdizionali".

⁴⁵ "... in linea di fatto, l'ordinamento giuridico risulta non solamente dalle semplici norme di per sé prese, ma dalle norme di legge integrate attraverso tutto un corpo di

Ne deriva che la possibilità di trasferire diritti sui beni demaniali non è semplicemente una deroga all'incommerciabilità, perché il predicato demaniale dice qualcosa di più, giacché si fa carico di una "visione di come si vorrebbero impostate e regolate le relazioni e le situazioni che si pongono nel concreto di un ordinamento".

Occorre poi tener conto che la regolazione di ciascun bene, va collocata nella dimensione spazio – tempo⁴⁶ e perciò, oltre che dalle singole leggi di settore, e da quel corpus di idee sulla demanialità al quale si è accennato, deriva dall'evoluzione degli usi, dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa, che sono altrettanti "formanti" del regime giuridico dei beni.

Si può in proposito notare che sia la prassi amministrativa sia la giurisprudenza sono tuttora spesso attestate sull'impostazione definitoria e formalista che caratterizzava la dottrina dei tempi passati.

Si ha cioè la sensazione che le impostazioni teoriche anziché essere adoperate per quel che sono e cioè come rappresentazioni sintetiche di tecniche giuridiche per rispondere alle esigenze che nel tempo si sono presentate nella vita reale, siano utilizzate come super-norme.

Quindi, al contrario di quanto verrebbe da supporre, l'ingresso della prassi amministrativa e giurisprudenziale, quali formanti del sistema concorre a irrigidire lo schema definitorio in misura forse anche maggiore dell'approccio monistico e positivista⁴⁷.

In questo contesto di eterointegrazione dell'ordinamento è difficile dire fino a che punto il termine demanio rimane segno di sintesi di

dottrine e di interpretazioni, lentamente formatosi attraverso il travaglio dottrinale e giurisprudenziale, e che costituisce il quotidiano aggiornamento e pertanto la indispensabile integrazione delle norme di legge, che attraverso ad esso si adattano alle sempre nuove esigenze della vita, così come questa tende ad abituarsi a quei determinati schemi giuridici" ASCARELLI, *Recensione a Marcel de Gallaik*, riv. Int. Di fil. dir., V, 1925, p. 652. Il passo è citato da BOBBIO, "Tullio Ascarelli", in *Dalla Struttura alla funzione*, Milano 1977, p. 228.

⁴⁶ F. BENVENUTI, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, 1996, p. 100.

⁴⁷ Cfr. MATTEI, *Proprietà*, cit. p. 433 che ricollega l'atteggiamento definitorio all'approccio monistico e positivista.

significati e quando invece, per dirla con Savigny, si calcola con i concetti.

Il rischio però è di ridurre l'impatto della novità normativa sulla dogmatica tradizionale ad una prova di resistenza, tale da annichilire uno dei due poli del confronto.

Così se la legge ammette la possibilità di trasferire alla Patrimonio s.p.a. diritti pieni o parziali anche con riguardo ai beni demaniali, mentre il concetto di demanio si ritiene "connotato" dall'appartenenza necessaria ad un ente territoriale o dall'esclusione dell'appropriabilità del bene, al fine di assicurarne l'uso collettivo, un confronto condotto nei termini appena segnalati costringerebbe ad optare per il tratto di penna del legislatore, o per la forza della tradizione.

2.3 Pluralità di soggetti, distribuzione e coordinamento di prerogative

La ricerca è indirizzata a non escludere a priori la possibilità di ammettere lo sfruttamento economico di beni demaniali ad uso collettivo - mediante il trasferimento di diritti al nuovo soggetto all'uopo creato dall'ordinamento - ricorrendo pur tuttavia al costante riferimento ai modelli tradizionali.

Occorre però considerare che i modelli sono strutturati in relazione ai problemi da risolvere e si può constatare che i problemi attuali sono in parte diversi da quelli di allora.

Per esempio non c'è più il problema di identificare quali siano i beni demaniali, che si presentava nel codice previgente.

I problemi sono ora essenzialmente legati alla distribuzione di funzioni, compiti e utilità in ordine alla cosa in ragione della moltiplicazione dei soggetti che nel tempo vi si sono affacciati e del progressivo aumento delle potenzialità economiche di essa. Dall'idea di unità rappresentata dalla persona giuridica statale come unico termine di riferimento delle esigenze della collettività ed insieme centro decisio-

nale si passa a considerare la collettività o meglio le collettività alle quali il regime demaniale garantisce la prerogativa del godimento del bene, i diversi centri decisionali cui spetta garantire tale prerogativa, i soggetti privati che aspirano ad utilizzazioni economicamente vantaggiose, l'organizzazione in forma di società commerciale che ha la missione di massimizzare lo sfruttamento economico della risorsa.

Problemi di distribuzione di prerogative dunque, ma anche di coordinamento delle medesime per prevenire situazioni di conflitto.

Nella prima parte di questo lavoro ci si soffermerà sugli aspetti generali dei beni demaniali, intendendo tali quelli destinati alla fruizione collettiva, che poi sono, per così dire, i beni demaniali in senso stretto⁴⁸, e sono i più esposti all'affermata scomposizione del regime demaniale.

Un campo più esteso non potrebbe invece offrire dati attendibili, perché le differenze tra i diversi beni tendono a risolversi in diversi modelli dogmatici.

Non è però escluso che alcune considerazioni generali valgano comunque per tutti i beni demaniali ed in particolare nel terzo capitolo ci si soffermerà sui beni destinati a servizi di pubblica utilità, per i quali si pone, un problema di accessibilità alle reti a seguito della normativa, di origine comunitaria, in materia di liberalizzazione dei servizi.

Si è osservato all'inizio che occorre leggere insieme la devoluzione delle funzioni e dei compiti iniziata con la Bassanini I e la possibilità di trasferimento di diritti alla Patrimonio dello Stato s.p.a.

Per ragioni di ordine espositivo ci si soffermerà in due capitoli distinti sui due temi. Al conferimento di funzioni sarà dedicato il secondo capitolo, mentre il terzo sarà dedicato a quella che viene chiamata la "privatizzazione" dei beni pubblici.

⁴⁸ GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p. 52 distingue tra beni demaniali e beni assimilati eventualmente dal diritto positivo ai beni demaniali, cioè beni aventi il regime, ma non la natura di beni demaniali.

CAPITOLO PRIMO

REGIME DEMANIALE E FRAMMENTAZIONE DELL'APPARTENENZA NEI BENI DEMANIALI AD USO COLLETTIVO

Sommario: 1. Semantica di appartenenza. - 1.1. I beni demaniali ad uso collettivo. Il senso di una categoria. - 1.2. La dicotomia tra proprietà individuale e proprietà collettiva. - 1.3. Destinazione e riserva nei beni ad uso collettivo. - 1.4. Dalla critica alla scomposizione del regime demaniale ad una prospettiva di scomposizione dell'appartenenza. - 1.5. L'appartenenza dei beni demaniali ad uso collettivo come regolazione dell'uso della risorsa fondata sulla negazione del diritto di escludere. - 1.6. Facoltà di godimento, potere di disposizione e plurime situazioni di appartenenza sui beni demaniali ad uso collettivo. - 2. La lettura della privatizzazione mediante il concetto di destinazione. Critica. - 2.1. L'evoluzione degli usi collettivi e la concorrenza di interessi della collettività diversi dall'uso diretto del bene. - 2.2. Uso pubblico e interesse pubblico. - 2.3. Interesse pubblico e vincolo di destinazione. - 2.4. Destinazione del bene e privatizzazione. - 3. Il regime degli usi in prospettiva giuseconomica. - 3.1. La demanialità come regime di protezione dell'utilità collettiva. - 3.2. Utilità demaniali e utilità economiche. - 3.3. Struttura gerarchica e mercato. - 3.4. Struttura gerarchica e ruolo dell'autorità. - 4. Poteri di garanzia e poteri di disposizione. - 4.1. Uso in concessione e riserva. - 4.2. Tipi di concessione sui beni. - 4.3. Struttura della concessione. - 4.4. Due aspetti del regime pubblicistico: la qualità di ente pubblico e la qualità di ente esponenziale della collettività. - 5. Funzioni conferite e intestazione del bene. Introduzione ai capitoli successivi.

1. Semantica di appartenenza

1.1. I beni demaniali ad uso collettivo. Il senso di una categoria

Per entrare in medias res, l'impatto della privatizzazione sui tradizionali concetti concernenti i beni pubblici induce una parte della dottrina, pur nella varietà di opinioni, a mettere in risalto due aspetti. Si afferma, infatti, l'erosione del regime della riserva¹, considerata

¹ Cfr. le relazioni di NAPOLITANO *La Patrimonio dello Stato S.p.a.* cit. e PALMA – FORTE *Beni pubblici in appartenenza individuale*, presentate al convegno dell'Associazione

senza giustificazione né storica né dogmatica, e per molti aspetti dannosa in confronto ad un utilizzo pubblico del bene. Si rileva, inoltre, la rottura della più tradizionale tra le classificazioni dei beni pubblici, che ha fondato la pubblicità nella loro finalizzazione alla soddisfazione di un interesse diretto della collettività ovvero dell'ente proprietario² e l'affossamento definitivo della distinzione già fragile tra demanio e patrimonio indisponibile³.

La privatizzazione, quindi, presuppone una crisi, non solo del concetto di demanio, che, come appare oramai pacifico, è un *nomen* che si presta a fini descrittivi, senza tuttavia indicare una *regula juris*⁴, ma si estende anche alle diverse categorie elaborate nel tempo dalla dottrina per supplire a tale carenza.

Infatti, proprio dalla constatazione che non è possibile riferirsi al demanio come concetto, a causa della varietà tipologica dei beni e della varietà della loro regolamentazione, è nata l'esigenza di riferirsi a diverse categorie di beni demaniali, o a riferirsi a categorie trasversali rispetto alla tripartizione codicistica che distingue beni demaniali, beni patrimoniali indisponibili e beni patrimoniali disponibili.

Può essere allora utile svolgere un'osservazione in ordine alle classificazioni tradizionali per verificare la possibilità e l'utilità di enucleare una categoria di beni demaniali ad uso collettivo.

E' da osservare innanzi tutto che il problema della classificazione dei beni demaniali si pone in via generale, ed accompagna, si può dire da sempre, la storia della demanialità.

italiana dei professori di diritto amministrativo su "Titolarità pubblica e regolazione dei beni", Firenze, 2 e 3 ottobre 2003, ora in *Annuario AIPDA 2003*, Milano 2004

² Cfr. DUGATO, *Ruolo e funzioni di infrastrutture Spa*, in *Annuario AIPDA 2003*, cit. p. 119

³ In questi termini RENNA, *La regolazione*, cit., p. 255 e ss..

⁴ Il concetto di demanio, alla luce dell'insegnamento di Ascarelli, non è un concetto ordinativo della realtà perché non indica gruppi di fattispecie la cui individuazione in concreto comporta ad esse l'applicazione di una determinata disciplina, né si individua in uno o più istituti di disciplina positiva a codeste fattispecie, non è quindi espressione abbreviata di una *regula juris*; cfr. in questi termini CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, cit., p. 275.

Senza ripercorrere in maniera puntuale una storia lunga ed articolata sul piano dei fatti e delle idee, è sufficiente ricordare che l'attuale impostazione codicistica deriva dalla difficoltà di fissare i "caratteri distintivi del demanio" in relazione al codice previgente. Era, infatti, previsto per i beni demaniali un regime diverso rispetto ai beni patrimoniali, ma l'elencazione dei beni soggetti a tale regime non era considerata tassativa per la maggior parte della dottrina.

Di qui l'esigenza di individuare i caratteri dei beni demaniali in correlazione ad un problema classificatorio, perché la classificazione di un bene nell'una o nell'altra categoria si risolveva nell'applicazione di una diversa disciplina.

Con il codice del '42 questo problema è risolto attraverso la tassatività dell'elenco dei beni demaniali, ed equiparando, a certi effetti, il regime dei beni del patrimonio indisponibile. La conseguenza è tuttavia quella di scompaginare le tradizionali categorie, dando luogo ad incongruenze ben presto messe in luce dalla dottrina⁵, che è quindi indotta a ricercare classificazioni diverse da quella normativa risultata inutilizzabile a fini sistematici.

Poiché la classificazione dipende da come si procede ad ordinare i vari dati del sistema e quindi dal modello che si adotta per interpretarlo, è facile verificare la stretta relazione tra le diverse teorie e le diverse classificazioni dei beni.

La classificazione dei beni è strettamente legata alle tesi sulla demanialità proposta da ciascun autore, sì che è possibile dall'una risalire all'altra⁶, ed anzi si può sostenere che la classificazione dei beni costituisce un modo di esprimere una tesi sulla demanialità.

Ne consegue che non si può far riferimento ad un'unica classificazione, perché le classificazioni sono tante quante le teorie sulla demanialità, e che negare validità ad una classificazione significa as-

⁵ La critica più sferzante proviene da GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 28 ss.

⁶ Per una sintesi dell'evoluzione della scienza giuridica in tema di demanialità ed il collegamento tra le diverse teorie e le diverse classificazioni cfr. ARSÌ, *I beni pubblici*, cit. p. 1709 e segg.

sumere un atteggiamento critico nei confronti della teoria alla quale essa è riferibile.

Secondo quest'angolo visuale può quindi essere letta la ricorrente affermazione secondo la quale ciascuna delle tesi, pur cogliendo una parte di verità, ha sempre prestato il fianco a qualche vincente obiezione, fondata proprio sulla sua parzialità e non esaustività⁷.

Occorre, infatti, rilevare che le obiezioni sono vincenti solo se si assegna un valore assoluto alle ricostruzioni, alle tesi e quindi alle classificazioni di volta in volta proposte.

Se le tesi sono considerate per il loro valore, che è necessariamente relativo ai diversi problemi che si proponevano di risolvere⁸, ai diversi periodi storici, al diverso contesto socio-politico⁹ appare necessario collocare le diverse tesi in tali contesti.

In questa sede ci si limita a richiamare l'esistenza delle diverse classificazioni e della loro relatività al solo fine di dar conto di quella qui adoperata nell'attuale contesto ed in relazione al problema che si tratta di affrontare.

Conviene iniziare dall'unico dato condiviso dalle diverse teorie, vale a dire l'affermazione dell'inidoneità¹⁰ della classificazione contenuta nel codice civile che distingue tra beni demaniali, patrimoniali indisponibili e patrimoniali disponibili, frutto, come si dice, di un orientamento nominalista¹¹.

⁷ Cfr. CASANOVA, *Gli enti portuali*, cit., p. 47 e da ultimo RENNA, *La regolazione*, cit. p. 8.

⁸ Il collegamento del modello con la necessità di risolvere problemi pratici è sottolineato da CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. p.30.

⁹ In questa prospettiva è la ricostruzione delle tesi sulla demanialità di G. PALMA, *I beni dello Stato*, cit., p.83 e segg.. Sottolinea che lo sviluppo della riflessione in tema di proprietà pubblica è determinata dal variare delle premesse di partenza più che da un affidamento progressivo dei concetti L. BENVENUTI, *La frontiera marina*, Padova, 1988, p. 165

¹⁰ In termini di inadeguatezza si esprime Caputi Jambrenghi, *Beni pubblici e di interesse pubblico*, in *Diritto amministrativo*, Monduzzi editore, Bologna 1998, p. 1090

¹¹ Per una recente ricostruzione della vicenda Cfr. da ultimo RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004 p. 14 e segg. dove si

L'inidoneità, se di inidoneità si può ancora parlare, data la volontà del legislatore di rinunciare a criteri sostanziali, dipende dall'aver esteso il regime demaniale, non senza motivo in quel contesto, a beni tutt'affatto diversi per disciplina settoriale.

Ne deriva che il dato costante che identifica il regime demaniale si rinviene nell'extracommercialità (art. 823 c.c.), cioè nella nota che definisce il regime privatistico di essi¹².

Il regime amministrativo, invece, non è costante, e quindi non ha valenza di criterio complementare al dato offerto dal codice, al fine di individuare un significato generale di demanialità¹³. Piuttosto la varietà del regime amministrativo vale ad identificare un particolare significato, o un particolare atteggiarsi della demanialità.

Da qui l'osservazione "che assume aspetti diversi e notevolmente, la proprietà demaniale nella quale si puntualizza e si condensa un preciso interesse pubblico, esclusivo di ogni altro, e correlativo ad una funzione pubblica, anch'essa esclusiva (come la funzione statuale della difesa del territorio nazionale), da quella nella quale la stessa funzione pubblica si realizza mediante la garanzia del miglior godimento della cosa da parte dei cittadini¹⁴".

Non è quindi possibile superare "l'inadeguatezza" del codice mediante il riferimento ad un generale regime amministrativo dei beni, ma solo mediante il riferimento ai diversi regimi dettati dalle singole leggi speciali con riguardo ai singoli beni.

Occorre cioè, per far riferimento ad una categoria, raggruppare beni che presentano i medesimi caratteri identificativi o un'omogenea disciplina positiva.

spiega la rinuncia del legislatore a cercare una nozione sostanziale di demanio in linea con la dottrina del tempo ed in particolare di Zanolini.

¹² PUGLIATTI, *La proprietà*, cit. p. 153.

¹³ ALESSI, *Osservazioni in ordine alle disposizioni concernenti i beni pubblici*, in *Il diritto dei beni pubblici*, 1941, n. 3, p. 172

¹⁴ PUGLIATTI, *la proprietà*, cit., p. 304. Si è sottolineato in proposito che l'impostazione fondata sulla distinzione "la proprietà e le proprietà" ha senso soprattutto dal punto di vista metodologico nel senso di porre l'esigenza di studiare la legislazione speciale. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. p. 31.

In proposito però si deve osservare, a conferma del valore relativo, e per quanto appena detto, essenzialmente stipulativo¹⁵ delle categorie¹⁶, che anche le sottocategorie tradizionali, quali il demanio marittimo, il demanio idrico, il demanio stradale, comprendono beni che hanno diverse caratteristiche fisiche, diversa funzione e diversa regolamentazione e diversa utilizzazione¹⁷.

Per esempio, nell'ambito del demanio marittimo, la spiaggia è diversa dal porto sia per caratteristiche fisiche, sia per funzione sia per regolamentazione, sia per modi e forme di utilizzazione.

Nell'ambito del demanio idrico vi rientrano tutte le acque superficiali e sotterranee, ancorché non estratte dal sottosuolo (cfr. art. 1 l. 36/1994) insieme con i laghi, i fiumi e i torrenti. Ed anche in questo caso sono evidenti le differenze se si pensa alla possibile regolazione della risorsa ed al diverso valore in termini economici ed in termini

¹⁵ Per una sintesi sulla differenza tra definizioni lessicali e le definizioni stipulative, cfr. BELVEDERE, *Definizioni*, voce del *Dig. Disc. Priv.*, vol. V, 1989, p. 150

¹⁶ Cfr. CAMMARANO, *Saggio sulla pubblicità dei beni pubblici*, Padova, 1972, p.18 dove si osserva, in una prospettiva neopositivista diretta a disvelare le ideologie sottostanti alle teorizzazioni giuridiche sull'argomento, che i diversi modelli di beni pubblici possono essere infiniti, in quanto variando la disciplina dei comportamenti che concernono i singoli beni, si deve ammettere che si possono creare tanti modelli differenziati quanti se ne vogliono creare, indicando poi la possibilità di chiarire la definizione di bene pubblico sulla base della logica deontica. Per una critica metodologica all'impostazione citata e più in generale sul rapporto tra logica deontica ed interpretazione cfr. L. Benvenuti, *La frontiera marina*, cit., p. 163, nota 6 ed ivi richiami in dottrina..

¹⁷ Per una critica alla classificazione fondata sulle differenti utilizzazioni dei beni, poiché le norme settoriali tendono ad essere dettagliate e fra loro eterogenee, cfr. RENNA, *La regolazione amministrativa*, cit., p. 24, che invece si affida al carattere naturale o artificiale del bene per delineare due categorie sufficientemente compatte. Il criterio dell'utilizzazione è invece alla base dell'individuazione della categoria dei beni ad uso collettivo che qui si accoglie, pur senza sottacere le differenze derivanti dalla regolamentazione in sede di disciplina amministrativa delle funzioni sul bene sia dalla natura stessa della cosa che si presta ad usi di un tipo piuttosto che un altro. E' comunque da osservare che le differenze riscontrabili all'interno di una categoria, posto che va intesa come criterio ordinatore di dati e non come contenitore, tale per cui ogni elemento debba essere in essa ricompreso, non appaiono tali da inficiarne la validità in relazione alla prospettiva qui adottata.

d'uso dell'acqua intesa per la sua quantità misurabile a volume o qualità misurabile in termini di purezza, rispetto ad una porzione di un lago, misurabile per la sua superficie e per la profondità ai fini della navigazione.

Vi sono, tuttavia, due importanti elementi che appare utile segnalare, i quali consentono di considerare i beni demaniali ad uso collettivo come categoria, e proprio per la connotazione che sembra più esposta a crisi a seguito della privatizzazione, vale a dire il regime della riserva.

Vi è, innanzi tutto, un dato storico¹⁸.

L'idea di demanio nasce riferita ai beni ad uso collettivo, ed il rapporto tra disciplina generale e disciplina speciale presenta, anche per questo profilo, connotazioni del tutto proprie.

Il secondo elemento, strettamente connesso al primo, si richiama alla notazione dianzi svolta a proposito del diverso significato e dal concreto atteggiarsi della demanialità in dipendenza del variare del regime amministrativo dei singoli beni. Si tratta quindi di vedere come la nota comune dei beni demaniali, data dalla extracommercialità, opera con riguardo al regime amministrativo proprio di ciascun bene. Per questo profilo, vale a dire per il rapporto tra il regime dell'extracommercialità ed il regime amministrativo dei singoli beni, sembra potersi individuare un dato omogeneo idoneo a denotare una categoria di beni ad uso collettivo.

Il rapporto tra regime privatistico e regime amministrativo, che determina il carattere omogeneo dei beni in parola, si può schematizzare nel senso che entrambi concorrono a garantire l'accesso al go-

¹⁸ Per una sintesi dell'origine e dell'evoluzione del demanio nell'ordinamento attuale derivato dall'ordinamento francese a seguito della rivoluzione cfr. CERULLI IRELLI, *Beni Pubblici*, cit. p. 274 e SACCHETTO, *Aspetti giuridici della gestione di beni immobili*, cit. p. 39. Risale al primo diritto germanico, collocato dallo stato barbarico fino al primo medioevo, l'analisi di RANELLETTI, *Concetto*, cit., III, *Natura giuridica del rapporto tra gli enti pubblici e le cose destinate al godimento della collettività*, ora in *Scritti giuridici scelti*, cit. p. 242.

dimento collettivo del bene, attraverso la negazione del potere di escludere, negazione che vale anche nei confronti dell'ente pubblico.

In particolare il regime amministrativo garantisce l'effettività del godimento del bene mediante l'attribuzione di determinate funzioni all'autorità e la loro conformazione a tale scopo di tutela dell'uso comune.

Per meglio evidenziare il senso di questa categoria si potrebbe dire che, mentre in altri beni demaniali il regime amministrativo del bene vale a conformare la proprietà dell'ente pubblico, rispetto alla quale l'extracommercialità si pone come garanzia, nei beni in esame i termini si presentano rovesciati nel senso che il regime amministrativo vale a garantire effettività all'inappropriabilità a titolo individuale.

Si deve aggiungere in proposito un'altra considerazione.

La categoria dei beni ad uso collettivo sconta, si potrebbe dire da sempre, il problema di riconnettere l'uso con la proprietà del bene e ciò provoca, com'è stato detto, la creazione di un istituto contrario alla disciplina delineata dalla codificazione per la proprietà¹⁹.

Ma proprio queste difficoltà inducono a tentare l'individuazione di un regime del bene ad uso collettivo attraverso un percorso che non sia segnato dalla titolarità del bene, ma che ponga al centro l'inappropriabilità a titolo individuale.

Ci s'intende quindi discostare dalle posizioni della dottrina che vede nella privatizzazione un'erosione del regime della riserva, e quindi il venir meno dell'inappropriabilità a favore di soggetti privati, e la rottura della tradizionale classificazione dei beni finalizzati all'interesse della collettività o all'interesse dell'ente proprietario.

Si ritiene cioè che il *proprium* della categoria dei beni ad uso collettivo risieda nel modo in cui si riflette l'inappropriabilità sull'uso comune e del ruolo assegnato alle funzioni amministrative sul bene

¹⁹ Cfr. MERUSI, *Il diritto dei domini collettivi*, R.T.D.P., 2003, p. 78. Occorre peraltro precisare che non saranno qui presi in esame i cd. beni collettivi, beni cioè intestati a comunità di abitanti che non sono investiti dal problema della privatizzazione che ha dato l'avvio alla ricerca e che ad essa deve l'impostazione.

per dare effettiva tutela a tale regime. Ciò al fine pratico di verificare non già la possibilità della privatizzazione, che, per esplicitarlo fin d'ora, non si ritiene di escludere, ma piuttosto le modalità operative in ragione della particolarità della categoria.

Appare infatti diverso il modo di porsi di fronte alle privatizzazioni dei beni caratterizzati dall'apertura all'uso comune, rispetto a beni che hanno altra destinazione.

Mentre con riguardo a questi ultimi, per i quali la destinazione si riteneva assicurata attraverso la proprietà dello Stato, si può ammettere la possibilità di disgiungere la destinazione dalla proprietà statale, purché la destinazione sia assicurata con altri strumenti, invece, per i beni in esame, occorre prima vedere se ed in che misura l'apertura del bene all'accesso di tutti sia compatibile con un diritto di proprietà individuale, modellato cioè sul potere di escludere.

In termini concreti si può avanzare un dubbio. Se, come si è sempre detto, dei beni ad uso comune lo Stato non può godere, non può disporre, né, soprattutto, escludere nessuno dal godimento, ed in questo è il vincolo di destinazione, un trasferimento di diritti sul bene ad un soggetto privato, più che il problema della natura del soggetto, incontra il problema della struttura del diritto.

In questi termini, peraltro, il problema sembra porsi non solo dal lato dello Stato nel momento in cui intende trasferire diritti su questi beni, ma anche in relazione all'interesse sostanziale di chi acquista, che fermi i caratteri della categoria, incontra il divieto di escludere come limite ad impieghi economicamente vantaggiosi.

1.2. La dicotomia tra proprietà individuale e proprietà collettiva

La dottrina ha affrontato in modi diversi il rapporto tra l'uso collettivo e la titolarità del bene, ma si può dire che l'elemento che consente di risalire all'origine delle pur varie impostazioni, è percepibile attraverso il confronto con il paradigma del tradizionale modello della

proprietà privata²⁰ perchè ciò che le differenzia è, in sostanza, il diverso modo di distinguersi da esso.

Occorre infatti considerare che tra i possibili modelli di appartenenza, la proprietà privata ha assunto nel tempo un carattere dominante, per diverse ragioni, che sono storiche, ideologiche, di tradizione giuridica.

²⁰ Si sottolinea in proposito che le considerazioni che ora si svolgono valgono esclusivamente ponendo al centro dell'esame l'uso collettivo, perchè con riguardo ad altri aspetti dei beni pubblici in generale, ben più ampia diviene l'area di indagine. Si apre infatti la vasta letteratura in tema di proprietà pubblica e dei tratti differenziali dalla proprietà privata. Si può peraltro osservare che con riguardo ai beni pubblici in generale ora appare dominante in dottrina l'idea, soprattutto a seguito dello studio di CASSESE, *I beni pubblici*, cit., e poi di CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. che non vi siano differenze di struttura che differenzino un diritto di proprietà pubblica da quello dei privati. Occorre peraltro svolgere una precisazione, con riguardo ai beni demaniali ad uso collettivo, in relazione alla tesi secondo la quale la proprietà pubblica (o dei pubblici poteri) non si differenzia dalla proprietà di diritto comune. Da tale affermazione, invero, non consegue necessariamente che i beni ad uso collettivo siano oggetto di un diritto di proprietà di diritto comune, essendo questa solo una delle opzioni dogmatiche in materia. Pur ammettendo infatti che non vi siano differenze di struttura tra la proprietà privata e la proprietà dei pubblici poteri, o, in altra prospettiva che i modelli sono numerosi e diversificati sia sul versante pubblico sia privato ma tutti riconducibili ad un nucleo di istituti comuni, i beni ad uso collettivo possono essere considerati, oggetto, come si dice nel testo, o di un diritto di proprietà dell'ente pubblico, o di proprietà della collettività. Nel primo caso si aprono le due strade di ritenere la proprietà dell'ente un diritto di natura diversa dalla proprietà di diritto comune, o al contrario di ritenere la proprietà dell'ente pur sempre riconducibile all'istituto della proprietà di diritto comune anche se caratterizzata da rilevanti deroghe. Nel secondo caso, nelle teorie cioè che vedono i beni ad uso collettivo come oggetto di proprietà collettiva, viene in rilievo una forma di appartenenza diversa dalla proprietà individuale, diversa non solo quanto a titolarità, ma anche quanto a struttura del diritto. In conclusione affermare che non vi è differenza tra proprietà privata e proprietà dei pubblici poteri lascia impregiudicata la questione se l'appartenenza dei beni ad uso collettivo sia differente dalla proprietà privata, perchè ciò dipende dal fatto di ascriverla o meno come proprietà dell'ente. Ponendo qui al centro il tema dell'uso e quindi il tema della struttura del diritto, si è scelta, come criterio di indagine, la contrapposizione tra proprietà individuale dell'ente e proprietà collettiva. Come si dirà, è infatti il regime degli usi il punto centrale della questione relativa alla possibilità di sfruttamento economico e di circolazione dei diritti di questa categoria di beni.

Il dato emergente è nella considerazione che, rispetto alla proprietà privata, i beni in esame sono caratterizzati dal fatto che i tratti identificativi di questa forma dominante di appartenenza, rinvenibili, sempre secondo una lettura tradizionale della stessa, nel potere di godere, di disporre e di escludere, sono assenti o notevolmente limitati²¹.

Le teorie sono diverse, ma su questo versante, relativo al rapporto tra appartenenza ed uso collettivo del bene demaniale, non

²¹ Come già accennato la negazione del diritto di escludere appare centrale nell'analisi della compatibilità della privatizzazione con i beni ad uso collettivo. In questa prospettiva saranno quindi limitati gli accenni al tema dell'appartenenza, senza cioè affrontare il tema del diritto di proprietà in generale e delle varie questioni che si pongono con riguardo al "terribile diritto", neppure quella (da alcuni per altro considerata una falsa questione) relativa alla possibilità di individuare il contenuto minimo del diritto, o, in altre parole quali siano gli elementi costitutivi essenziali, in assenza dei quali si può dubitare che una certa posizione giuridica soggettiva possa ancora considerarsi in astratto proprietà. Si segnalano però fin d'ora due aspetti ai quali si farà frequente riferimento, pur solo dall'angolo visuale particolare che si è prescelto. Il primo aspetto riguarda l'inadeguatezza della tradizionale definizione della proprietà, concentrata nell'utendi fruendi abutendi per risolvere i problemi della società attuale e soprattutto dei problemi relativi al rapporto tra il soggetto come attore economico e i beni produttivi. E' da considerare, per incidens, che, normalmente, i beni produttivi sono detenuti a titolo diverso da quello formale di proprietà. Sul punto cfr. IRTI, *Proprietà e impresa*, Napoli, 1965. Risulta invero ben più ampio il fascio delle prerogative proprietarie ricorrenti negli ordinamenti attuali (ne sono indicate undici nel saggio di Honorè, sempre citato in argomento. Cfr. MATTEI, *La proprietà* cit. p. 138). Rispetto al tema qui considerato vengono maggiormente in rilievo le questioni inerenti al controllo e monitoraggio dell'uso di altri, al diritto alla rendita derivante dall'uso da parte di altri, al diritto sul valore capitale, al diritto alla sicurezza della situazione proprietaria, al condizionamento su detti diritti, al dovere di usare la risorsa scarsa in modo da non danneggiare gli altri, all'esposizione della risorsa all'esecuzione forzata per il pagamento dei debiti, ai diritti residuali dovuti all'elasticità del dominio dei poteri del proprietario. Il secondo aspetto che sarà tenuto presente nel corso dell'indagine, deriva dall'impostazione di considerare la proprietà come fascio di prerogative che possono considerarsi indipendenti. Questa indipendenza consente di ammettere la possibilità che ciascuna prerogativa possa essere esaminata disgiuntamente dalle altre, e riferita a soggetti diversi, ciò che invece non è consentito se si considera la proprietà come monade compatta. Si potrebbe dire, per usare un'immagine, che il concetto di proprietà tende a riunire in sé diverse prerogative, le quali però tendono a scomporla.

sembra scorretto ricondurle ad una contrapposizione, che vede da una parte le teorie che identificano una forma di appartenenza del bene all'ente territoriale, però diversa o comunque caratterizzata da rilevanti deroghe rispetto alla proprietà privata²², dall'altra le teorie che considerano i beni in esame oggetto di proprietà della collettività, secondo lo schema della proprietà collettiva.

Quanto al primo modello, la proprietà dell'ente è una proprietà²³ che segue lo schema della proprietà individuale, cioè poggiata sull'affermazione di una situazione di dominio sul bene e sulla sua imputazione ad un soggetto sottoposta essenzialmente a due deroghe, vale a dire la riserva e la destinazione.

²² Per quanto osservato nella nota d'avvio di questo sottoparagrafo, ci si riferisce qui ad un unico fenotipo di proprietà che raggruppa insieme le impostazioni che affermano sui beni demaniali ad uso collettivo la proprietà dell'ente pubblico. Sono quindi considerate assieme teorie molto diverse, basti pensare, per rimanere agli autori più recenti, alla differenza tra la teoria che considera la proprietà pubblica come una proprietà caratterizzata da rilevanti deroghe rispetto al diritto comune, che tuttavia non intaccano la natura dominicale (nel senso del diritto comune) non esistendo nell'ordinamento due distinti modelli di appartenenza, ma numerosi modelli tutti riconducibili ad un nucleo di istituti comuni (cfr. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. riassuntivamente p. 417), e la teoria che vede proprietà pubblica e proprietà privata non come due versanti di un unico istituto, ma come due istituti giuridici profondamente diversi (cfr. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere*, cit. p. 64, ID. *Beni pubblici e d'interesse pubblico*, cit. p. 1083). Nel prosieguo si farà principalmente riferimento alla prima delle due dottrine perché ad essa sembrano ricollegarsi le teorie che individuano la possibilità di privatizzazione dei beni demaniali attraverso la scomposizione del regime demaniale presupponendo l'indipendenza delle due regole riserva e destinazione, affermate appunto nel primo dei due modelli qui citati.

²³ La prospettazione in termini di proprietà individuale dell'ente sui beni ad uso collettivo nasce ed è essenzialmente riferibile alle tesi della proprietà pubblica, salve le considerazioni accennate alla nota precedente, anche se qui si è preferito concentrare l'attenzione sulla struttura di proprietà individuale per contrapporla alla struttura della proprietà collettiva. La tesi di proprietà pubblica è fatta risalire a MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig 1896, Bd. II, p. 71 in Francia fa capo ad Hariou, in Italia la teoria di Mayer è stata diffusa da RANELLETTI, *Concetto*, cit...ora in *Scritti*, cit. p. 53, l'adattamento al diritto italiano è stato ad opera di Romano. Per una sintesi della dottrina della proprietà pubblica cfr. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., p. 11, note 1, 2 e 4.

Per quanto attiene alla struttura del diritto, la deroga si esprime nella sottoposizione ai vincoli imposti dalla destinazione del bene²⁴.

Secondo questo modello l'apertura all'uso collettivo dipende dalla destinazione²⁵, e, di conseguenza, le facoltà dell'ente, come titolare del diritto, tendono a concentrarsi nelle funzioni dirette a garantire a tutti il godimento del bene²⁶.

²⁴ In questo senso si possono leggere le affermazioni secondo le quali "la specifica destinazione dei beni all'adempimento di una funzione pubblica diventa elemento integrante del rapporto di proprietà" (PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, p. 16 – 21 e 140 – 159). "I beni demaniali sono suscumbibili nell'ambito del concetto di proprietà, in quanto all'ente pubblico spetta una generale signoria su tali beni, nonostante siano sottratti ai principi che regolano la proprietà privata e assoggettati a regime pubblicistico, perché tale signoria si esplica nell'impiego di essi per il conseguimento di fini pubblici" (ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano 1948, p. 5 – 9). La valorizzazione di queste conclusioni proviene dall'art. 42 cost. (La proprietà è pubblica o privata) anche se poi la proprietà pubblica presenta situazioni giuridiche notevolmente diverse tra loro (PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit. p. 152). Per un'analisi della destinazione volta a fornire una nuova classificazione dei beni pubblici cfr. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962.

²⁵ La critica al modello della proprietà pubblica muove in generale, e cioè con riguardo a tutti i beni pubblici, dalla negazione dell'esistenza di una disciplina differenziata per la proprietà pubblica, proprietà che, si afferma, non è pubblica né per il suo contenuto, né per la natura del soggetto proprietario, il quale, come proprietario non è sottoposto a regole diverse da quello privato (CASSESE, *I beni pubblici*, cit. e riassuntivamente cfr. p. 261). Si dice che, se si riguarda la sola disciplina generale, "ci si deve arrestare alla considerazione che non vi è compenetrazione della funzione pubblica nei diritti reali" in questi termini cfr. A. DE VALLES, *Demanialità e diritti reali*, cit. p.13 e segg.

²⁶ In questo senso NICOLÒ, *Diritto civile*, cit., p. 915, ritiene che la proprietà pubblica sia "potenzialmente regolata dalle norme comuni che sono tradizionalmente contenute del diritto civile" però "lo stesso non si può probabilmente dire del potere dello Stato sui cosiddetti beni demaniali, neppure se lo si caratterizzi con una formula diversa come quella di proprietà collettiva, che non ha più niente del diritto soggettivo ma è semplicemente una potestà attribuita ad un soggetto per un interesse che lo trascende", dove peraltro si coglie la questione relativa alla "doppia anima" dell'area coperta dal demanio, quella dello Stato che agisce come autorità e quella dello Stato che agisce come titolare di proprietà. Sembra invece potersi dare per acquisito che la titolarità del dominio non si risolve nella titolarità dei poteri amministrativi (Cfr. SCIALOJA, *Sulla proprietà delle cose appartenenti al demanio pubblico*, in *Studi giuridici*, III, Roma, 1932, p.

Nell'altro modello, dicotomico rispetto a quello appena accennato, il godimento collettivo del bene costituisce il contenuto di un diritto di proprietà della collettività, diritto che ha una struttura diversa dal diritto di proprietà individuale perchè limitato ai servizi indivisibili resi dalla cosa e quindi ad usi che non escludano l'uso contemporaneo da parte di altri componenti la collettività.

Qui, l'ente pubblico, o meglio l'ente territoriale, non è proprietario, ma si pone come amministratore e custode del bene²⁷.

Si possono dare per note le teorie principali che gravitano intorno ai due modelli qui posti in termini dicotomici. Interessa essenzialmente aver posto questa dicotomia, in luogo di altre più ricorrenti, e prima fra tutte la dicotomia proprietà pubblica – proprietà privata, al fine di porre in risalto il dato, per così dire, elementare e quindi di partenza di entrambi i modelli, al quale sembra necessario risalire

264; e più recentemente CASSESE, *I beni pubblici*, cit., nota p. 90, CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. p. 38).

²⁷ GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. p. 8, nota 1, fa risalire questa impostazione a MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, che cita come conformi le opinioni di Proudhon, Ducrocq, De Gioannis Gianquinto, Persico, Pacifici Mazzoni, RANELLETTI, *Concetto*, cit. cita oltre a questi Keller, *Einige Bemerkungen uber das betreffend die recte*, Basel, 1860, Jhering, Wappeus, Gerber. La proposizione del modello della proprietà collettiva in tempi attuali e cioè successivamente al codice civile del '42 si deve a GIANNINI, *I beni pubblici*, cit.. alla cui impostazione ci si è qui riferiti in parte. Per altra parte, ed in particolare per la critica alla proprietà pubblica ci si è riferiti a CASSESE, *I beni pubblici*, cit.. Diversa è la posizione di CERULLI IRELLI *Proprietà pubblica* cit. che riserva la locuzione beni collettivi ai casi, in cui la titolarità dei beni spetta alla comunità di abitanti e non si identifica in alcun ente amministrativo e critica la teoria richiamata nel testo che considera oggetto di proprietà collettiva i beni demaniali ad uso collettivo. Secondo questo Autore, "la destinazione alla fruizione collettiva tipica di alcune categorie di beni non si differenzia dalle altre forme di destinazione pubblica se non per ciò che l'utilitas nella quale si estrinseca la funzione pubblica può essere oggetto di un diritto soggettivo imputato, uti singulus, a ciascun membro della collettività utente. Ma ciò, salvi casi particolari è positivamente escluso. E quindi non sembra possibile sul piano positivo una connotazione separata dei beni a fruizione pubblica come beni collettivi, perchè la fruizione stessa costituisce un mero fatto di destinazione dei beni stessi" (p. 51, nota 11)

nel momento in cui i modelli stessi vacillano a causa di innovazioni normative che ne minano le fondamenta.

Il dato di partenza consiste nella dissociazione tra due prerogative fondamentali del diritto dominicale, quella relativa al godimento del bene che spetta alla collettività e quella relativa al potere decisionale che spetta all'ente pubblico.

Tale dissociazione discende per così dire dalla natura delle cose, nel senso che la scelta dell'ordinamento di riconoscere a tutti il godimento del bene, implica prerogative quali il potere decisionale, i compiti di monitoraggio sugli usi, i compiti di manutenzione, in una parola tutto ciò che attiene alle funzioni e ai compiti dirette ad assicurare l'esistenza del bene e a garantire l'uso collettivo, che non possono essere esercitati dalla collettività indeterminata.²⁸

Si può forse affermare che ciò che accomuna entrambi i modelli citati è la tensione a riunire nel concetto di proprietà, secondo la tradizionale accezione di sintesi di facoltà, prerogative che nascono disaggregate e ciò che li differenzia ha origine nell'individuazione del riferimento soggettivo intorno al quale tali prerogative si ritengono compatte²⁹.

²⁸ Se poi ci si domanda se l'ente pubblico possa ancora essere considerato il miglior campione nella tutela di questi beni e di questi interessi ci si sposta su di un altro piano e cioè su considerazioni di carattere giuseconomico, sulla quale ci si soffermerà in seguito.

²⁹ Si sottolinea che le differenze hanno origine, non già si esauriscono nell'individuazione del riferimento soggettivo. Nel testo si è dato particolare rilievo, sulla scorta dell'insegnamento di Giannini alla differenze in ordine alla forma di appartenenza. Si è inoltre, come detto a proposito della proprietà pubblica, limitata l'esposizione alla posizione della questione in termini dicotomici, senza dare svolgimento a nessuno dei due modelli. Come per il modello della proprietà pubblica, anche per la proprietà collettiva si apre un mondo di idee di concetti e di storia. Proprio la storia dei concetti ha qui condotto ad individuare l'origine delle differenze tra i due modelli nell'individuazione del centro soggettivo di riferimento, se l'ente pubblico ovvero la collettività. Senza dare ulteriore approfondimento al tema ci si limita sul punto a segnalare il percorso indicato da Ranelletti sul passaggio dalla proprietà collettiva alla proprietà individuale. Si fa riferimento alla posizione di RANELLETTI "Concetto, cit., perchè sembra offrire un punto privilegiato di osservazione, anche per intendere i modelli attuali, come

1.3. Destinazione e riserva nei beni ad uso collettivo

Le fondamenta scosse dall'impatto della privatizzazione possono essere individuate in due concetti che quindi tendono ad essere sempre chiamati in causa, né potrebbe essere altrimenti, di fronte a tale innovazione, vale a dire i concetti di riserva e di destinazione.

Come si è accennato la destinazione opera, conformando il lato interno, o meglio la struttura del diritto di proprietà, che risulta vincolato alla soddisfazione di determinati interessi pubblici.

è dimostrato dalle diverse letture dei contemporanei della dottrina di questo Autore. CASSESE, *I beni pubblici* cit., prende Ranelletti a paradigma dell'impostazione che opera la trasposizione della proprietà collettiva in termini di proprietà di una persona (proprietà individuale dello Stato), mentre GROSSI *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano 1977, p. 382 colloca Ranelletti tra i testimoni più robusti del tentativo di costruzione giuridica del fenomeno "proprietà collettiva. CERULLI IRELLI, *La proprietà pubblica*, cit. p. 22, nota 29 rileva l'ambiguità dell'opera di Ranelletti il quale ha sempre presente più intensamente degli altri il profilo collettivo e sociale afferente alla materia dei beni pubblici (unico giurista della scuola ufficiale, a dare spazio in materia agli usi civici e agli antichi diritti delle popolazioni sui beni comuni, sull'*Allmende*) ma riafferma sempre in maniera decisa il profilo statualistico e individualistico (del privato o della persona giuridica pubblica) come l'unico rilevante nell'esperienza moderna.

La possibilità di queste diverse letture, e l'accusa di ambiguità, sembrano dipendere dal fatto che la posizione di Ranelletti in ordine al rapporto tra beni e collettività e tra beni e Stato è condizionata dall'idea di Stato presupposta dallo stesso Autore. Per citare le parole di Ranelletti, "l'uso pubblico a cui le cose demaniali sono destinate in rapporto al diritto di proprietà dell'ente ... dipende dal modo come si concepiscono gli enti pubblici in rapporto ai loro membri. Sotto questo profilo è stata messa in luce la concezione statalistica di Ranelletti cfr. MASSERA *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986, p.155. In generale sulla concezione dello Stato nella tradizione giuspubblicistica di quegli anni e la visione organica dello Stato dove il sociale non si presenta come pluralità, ma come unità cfr. COSTA, *Lo Stato immaginario*, Milano 1986. Lo sfondo della visione dello Stato forte e autoritario verso tutti, sempre fautore della anteposizione dello Stato alle libertà, che caratterizza tutta l'opera di Ranelletti è richiamata per i riflessi in materia di concessioni e autorizzazioni da D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, p. 108 e ss.. Sull'incidenza dell'idea di Stato e sui riflessi dell'evoluzione dell'organizzazione amministrativa nella materia dei beni pubblici ci si soffermerà nel secondo capitolo.

Si può anche osservare che, letta la demanialità sotto il profilo della destinazione, essa non implica la natura pubblica del soggetto proprietario.

Detto in termini generali e frutto di consapevolezza acquisita in tempi già remoti “la natura demaniale non segue la proprietà, giacché essa non dipende dalla proprietà, ma dalla destinazione, e deve quindi incominciare e cessare dove incomincia e cessa la destinazione”³⁰.

Ponendo al centro del regime dei beni demaniali l'idea della destinazione, il limite all'appropriazione in capo ad un soggetto privato può essere agevolmente superato considerando che “des biens privés, appartenant à des particuliers, peuvent également être affectés à destination publique, e d'altra parte sempre in tempi remoti si affermava che nonostante la proprietà demaniale non sia mai stata riferita ad enti diversi dallo Stato, dal Comune e dalla provincia ciò ha valore come principio consuetudinario”³¹.

Il fatto di incentrare la demanialità sulla destinazione comporta quindi che si può ammettere la titolarità privata di beni demaniali e quindi il loro trasferimento dall'ente pubblico ad un soggetto privato.

Appaiono queste le coordinate su cui si articola ora, per spiegare il fenomeno della privatizzazione, la dottrina che configura il regime demaniale come un onere reale di destinazione che segue il bene a prescindere dalle vicende traslative e, per questa via, riconosce la possibilità di alienare beni demaniali, a condizione che siano posti vincoli volti ad assicurare finalità pubbliche³².

³⁰ In questi termini RANELLETTI, *Concetto – teoria*, cit. in *Scritti*, cit. p. 184 con la precisazione che l'affermazione è inserita in altro contesto dove si evidenzia piuttosto che la demanialità non investe, per usare termini Pugliattiani, tutte le utilità della cosa, secondo lo svolgimento di un discorso che sarà affrontato tra breve.

³¹ Cfr. ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*. Milano, 1912, 473. Cfr. inoltre RESTA, *Beni pubblici*, in *Commentario Scialoja – Branca*, Bologna, 1960, p. 69 che ammette potervi essere uno iato temporale tra origine della demanialità e acquisto dell'ente pubblico, in quanto l'origine della demanialità si rinviene nella destinazione del bene che può non coincidere con l'acquisto del bene da parte dell'ente pubblico..

³² Cfr. NAPOLITANO, *La Patrimonio dello Stato*, cit. p. 256.

Si accenna ora alla riserva³³, che nasce dalla considerazione che il regime derogatorio dei beni pubblici (non solo quelli ad uso comune) va ricercato in un momento preliminare ed estraneo alla proprietà, la riserva appunto, che non colpisce la titolarità, ma il potere di divenire titolari del diritto.

Secondo questo approccio, vi possono essere beni sottoposti a riserva cui segue l'assunzione del diritto da parte dell'ente pubblico, oppure senza che vi sia assunzione in proprietà, oppure che non sono assunti in proprietà all'ente, ma alla collettività³⁴.

Da ciò deriva che la riserva presenta riflessi diversi secondo i beni ai quali si riferisce, e ciò può dipendere dalla categoria di beni presi in esame, ma anche da come sono qualificati i beni nell'ambito di una determinata categoria.

Per quanto qui interessa, la riserva presenta riflessi diversi a seconda che i beni demaniali ad uso collettivo siano considerati oggetto di proprietà dell'ente oppure oggetto di proprietà collettiva, e quindi secondo i diversi contesti teorici.

Si può iniziare dal contesto teorico nel quale i beni demaniali ad uso comune sono considerati in appartenenza alla collettività a titolo di proprietà collettiva, dove cioè, la situazione soggettiva susseguente alla riserva deriva dall'assunzione del diritto di proprietà da parte della collettività³⁵.

³³ In tema di riserva si possono dare per noti i risultati della ricerca (CASSESE, *I beni pubblici*, cit.), che muove dall'art. 42 della Costituzione, cioè dal regime di libera appropriazione dei beni, per affermare che la possibilità di porvi limiti, sia quantitativi, sia qualitativi deve essere contenuta nella stessa Costituzione, cioè in una fonte di pari rango di quella che pone la garanzia. Il fondamento costituzionale del limite alla libera appropriazione dei beni è nel secondo comma dello stesso art. 42 quando stabilisce lo scopo di rendere la proprietà accessibile a tutti. Quindi, la privazione della legittimazione alla titolarità individuale può essere posta solo per rendere il bene accessibile a tutti.

³⁴ CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p. 137 che contempla anche una quarta ipotesi cioè l'esercizio di un diritto sottoposto a riserva da parte di un privato.

³⁵ In questi termini CASSESE, *I beni pubblici*, cit., p. 137. Occorre però precisare che non occorre un atto di assunzione della proprietà da parte della collettività, tale effetto essendo realizzato direttamente dalla riserva legale del bene alla collettività, che

Per questa teoria, la riserva è ciò che caratterizza e assicura la permanenza della proprietà collettiva, perchè ha la funzione di sottrarre il bene che ne è oggetto allo sfruttamento dei singoli, per assicurare il godimento di tutti³⁶.

Essa quindi opera impedendo la legittimazione a titolo di proprietà individuale, dato che l'appropriazione a titolo individuale trasformerebbe la proprietà collettiva in proprietà individuale³⁷.

Pertanto la riserva non solo non si lega all'assunzione in proprietà del bene all'ente pubblico, ma anzi vale a caratterizzare e garantire una forma d'appartenenza diversa dalla proprietà individuale.

Diversi invece sono i riflessi della riserva, in altro contesto teorico, se cioè si ritiene che anche i beni demaniali ad uso collettivo siano assunti in proprietà individuale all'ente pubblico.

In questo contesto teorico, dicotomico, come detto, rispetto a quello appena visto, la riserva vale a sottrarre la legittimazione a divenire titolare del bene per tutti i soggetti diversi dall'ente pubblico che è titolare della riserva.

Essa non vale cioè a sottrarre il bene allo sfruttamento dei singoli, per assicurare il godimento di tutti - in questo contesto teorico per quanto riguarda i beni ad uso collettivo, la funzione di assicurare

si concreta in diritti che differiscono dalla proprietà privata, Cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 100 e 101.

³⁶ E' quindi oggetto di critica l'opinione, riconducibile al modello della proprietà pubblica, secondo la quale, l'extracommercialità significherebbe inidoneità o impossibilità del bene ad essere oggetto di determinate situazioni giuridiche come prodotto della destinazione della cosa ad una certa utilizzazione, compiuta dalle norme. Cfr. CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p.81 - 87. L'affermazione che l'inidoneità dipende dalla determinazione degli usi (destinazione), è criticata in quanto nasconde due ordini di problemi, che vanno tenuti distinti: il primo riguarda la inappropriabilità del patrimonio collettivo, il secondo riguarda la determinazione degli usi del bene collettivo. Cfr. però la riflessione delle pagine immediatamente successive ove si precisa che la determinazione degli usi non è compiuta astrattamente, ma è un fatto consequenziale alla dichiarazione del bene come inappropriabile, infatti saranno di regola ammessi solo quegli usi che assicurano l'uso comune cioè l'uso contemporaneo da parte di altri membri della collettività (88-92).

³⁷ CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p. 147.

il godimento di tutti è, infatti, assegnata alla destinazione - ma vale a garantire la proprietà dell'ente pubblico.

Riassuntivamente, mentre il concetto di destinazione è strettamente legato all'idea di proprietà individuale, il concetto di riserva è adoperato sia nelle dottrine che vedono il bene come oggetto di proprietà dell'ente, ed allora la riserva vale a garantire tale proprietà, sia nelle dottrine che vedono il bene oggetto di proprietà collettiva, ed allora la riserva vale a garantire la proprietà della collettività.

Nel contesto teorico che collega la riserva all'assunzione in proprietà all'ente pubblico, l'apertura del bene all'uso comune non è che una forma di destinazione pubblica³⁸; nel contesto teorico che collega

³⁸ Il contesto teorico al quale si fa riferimento è attribuibile principalmente a CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. dove si avverte che i concetti di riserva e quello di destinazione sussistono entrambi nell'ordinamento positivo, e perciò risultano inesatte sia le costruzioni dottrinali che tendono a risolvere la categoria dei beni pubblici in quella dei beni riservati, sia quelle che tendono a risolvere la categoria dei beni pubblici nella categoria dei beni a destinazione pubblica (p.50). Su un piano più generale, la questione se la categoria dei beni pubblici si risolva nella riserva ovvero nella destinazione, riecheggia la distinzione tra lato interno e lato esterno della proprietà. E' in proposito da osservare che la questione relativa all'identificazione del regime derogatorio rispetto al regime comune, se esso cioè si colga dal lato interno, oppure esterno, è antica (cfr. in proposito la dottrina citata da GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. p. 13, note 1 - 3) quanto la disputa tra la teoria personalistica e la teoria classica sulla proprietà, e sul diritto soggettivo in generale, alla quale si può riagganciare. Tra la teoria personalistica che riduce il contenuto dei diritti reali al dovere universale di astensione che grava su chiunque, e la teoria classica che coglie nell'immediatezza il connotato essenziale del diritto, si può dire che oggi prevalga una visione sincretica diretta a riconoscere come complementari l'aspetto interno del diritto reale, cioè l'immediatezza dell'esercizio del potere del titolare del bene, e l'aspetto esterno cioè il dovere di astensione che garantisce carattere assoluto alla esclusività del godimento del titolare. Sul tema cfr. BARBERO, *Guerra e pace tra "l'interno" e "l'esterno" del diritto soggettivo*, *Jus*, 1952, p.326 e ss. Quest'ultima questione sembrerebbe dunque ridimensionata dal prevalere, anche nel campo dei beni pubblici, di un approccio sincretico.

Né manca, nelle teorie dove domina la distinzione tra regime proprietario e regime delle funzioni amministrative, la consapevolezza del rapporto tra punto di vista oggettivo e soggettivo, su come cioè il regime del bene incida sulla struttura della situazione giuridica soggettiva. Sulla necessità di tenere separati destinazione e usi dall'appartenenza, nonché qualità del proprietario e del bene, CASSESE, da ultimo nella

la riserva all'assunzione in proprietà della collettività, l'apertura del bene all'uso comune costituisce il contenuto della proprietà collettiva come forma di appartenenza diversa dalla proprietà individuale.

Sembra allora potersi svolgere una considerazione.

Secondo il contesto teorico in cui la riserva è collocata, vale a dire nella teoria che riconosce i beni demaniali ad uso comune oggetto di proprietà collettiva, ovvero in quella che li riconosce oggetto di proprietà pubblica, cambiano i riflessi della riserva sull'appartenenza.

Da una parte la riserva vale a caratterizzare una forma d'appartenenza diversa dalla proprietà individuale, imputata alla collettività, dall'altra vale a garantire la proprietà dell'ente pubblico.

Cambiano i riflessi in ordine all'appartenenza, ma non il concetto di riserva, che, pur nei diversi contesti teorici, rimane il medesimo, se presa allo stato puro³⁹, perché è sempre intesa come statuizione normativa contenuta in un atto legislativo, la quale incide non sulla titolarità di situazioni soggettive, ma sulla legittimazione alla titolarità di situazioni soggettive.

Ne discende che, di là della questione se il tratto distintivo, o più attualmente, il carattere derogatorio del regime dei beni demaniali, dipenda dalla struttura del diritto ed in particolare dal vincolo di destinazione, ovvero dalla riserva, oppure da entrambe, si può dire per

relazione conclusiva al convegno dell'A.I.P.D.A. *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, in *Annuario* 2003, p. 382, e più ampiamente, ID. *I Beni pubblici*, cit. dove, però, (p.265), negando che la proprietà pubblica si possa identificare per un regime di deroga a quello di diritto comune, precisa che niente esclude che la normativa cd. speciale possa poi disciplinare i beni pubblici in maniera totalmente diversa da quei beni che si dicono privati e che sulla base di ciò possa parlarsi di proprietà pubblica come distinta da quella privata. Per un'accentuazione di una prospettiva sincretica, PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, Napoli, 1971, in particolare capitoli I e V.

³⁹ Questa espressione è impiegata da CASSESE, *I beni pubblici*, cit., p. 206, per evidenziare la differenza tra la forza dell'esclusione operata con la riserva rispetto all'esclusione che discende dall'essere un bene attualmente in proprietà di un ente o di una collettività. Infatti nella fattispecie di riserva in ordine alla quale i pubblici poteri non assumano la proprietà l'efficacia della riserva è visibile, per così dire, allo stato puro perché non opera l'esclusione derivante dalla titolarità del diritto sul bene.

la riserva quanto detto a proposito della destinazione. Anche la riserva si presenta come una tecnica neutra rispetto al problema della titolarità del diritto, perchè, come detto, la riserva vale solo a sottrarre la legittimazione alla titolarità del bene.

Si può aggiungere che la possibilità di intestare ad un soggetto privato il bene demaniale ad uso collettivo può essere giustificata attraverso la scomposizione del regime demaniale, assumendo cioè la centralità della destinazione e l'erosione della riserva, solo abbracciando il contesto teorico accennato per secondo, che vede la riserva come garanzia della proprietà dell'ente pubblico, e l'uso collettivo assicurato dalla destinazione.

Se invece la riserva è letta come garanzia di una diversa forma di appartenenza, non può esserne affermata l'erosione senza che ne derivi la trasformazione della struttura del diritto e quindi la garanzia dell'uso collettivo che dalla riserva è assicurata.

1.4. Dalla critica alla scomposizione del regime demaniale ad una prospettiva di scomposizione dell'appartenenza

Si è evidenziato il carattere “neutro” delle tecniche della riserva e della destinazione, o, in altre parole, che né la destinazione, né la riserva implicano la titolarità del bene in capo all'ente pubblico⁴⁰, per-

⁴⁰ Il fatto che dalla riserva non consegua l'assunzione in proprietà è condivisa da entrambe le dottrine che hanno fatto da guida nell'esposizione del testo relativa ai due contesti teorici della proprietà collettiva e della proprietà individuale dell'ente come modelli riferiti ai beni demaniali ad uso collettivo, ed infatti risulta dalla stessa definizione di riserva, accolta in entrambe le ricostruzioni. In sintesi, i due momenti: della riserva e dell'appartenenza sono distinti in entrambe le ricostruzioni ed il confronto tra i due modelli si percepisce piuttosto nel momento dell'assunzione in proprietà. Queste considerazioni sono qui sottolineate per affermare che dall'accoglimento della nozione di riserva come carenza di legittimazione all'appropriazione del bene non deriva necessariamente un determinato modello di proprietà, e che la previsione della riserva non si risolve nella individuazione della titolarità del bene. E' consentito quindi far leva sull'idea di riserva, in relazione all'indagine rivolta a verificare la possibilità di privatiz-

ché si ritiene che, con riguardo ai beni ad uso collettivo, la questione del limite posto dalla demanialità alla privatizzazione sia da situare su di un piano diverso rispetto a quello della titolarità del bene.

In tale direzione si è condotti dalla constatazione, svolta in tema di confronto tra i due modelli dicotomici della proprietà dell'ente e della proprietà collettiva, della dissociazione tra la prerogativa al godimento del bene riconosciuta a tutti e le funzioni di tutela materiale e giuridica del bene e del godimento collettivo assegnate all'ente pubblico.

Poste queste premesse, la questione sollevata dalla normativa sulla privatizzazione, letta congiuntamente alla normativa che conferisce alle autonomie dette funzioni di tutela, conduce, infatti, ad interrogarsi su cosa possa essere oggetto di trasferimento ad un soggetto privato.

Sembra quindi aprirsi un ordine di problemi diversi rispetto a quelli sollevati ponendo la domanda nei termini se sia possibile o meno ammettere la titolarità privata del bene.

Si potrebbe anzi sostenere che l'attenzione non è da rivolgere agli aggettivi "pubblica" o "privata", perché è in discussione l'idoneità stessa del sostantivo "titolarità" ad identificare in concreto le utilità e le prerogative trasferibili ed economicamente valutabili.

Per esemplificare, e paradossalmente, non avrebbe senso il trasferimento del godimento collettivo⁴¹ e neppure il trasferimento della funzioni che assicurano protezione a tale godimento.

zare i beni demaniali ad uso collettivo, su di un piano diverso rispetto alla risoluzione dei problemi relativi alla titolarità del bene. Si ritiene invero che il problema si collochi sul diverso piano del regime degli usi del bene, per valutare, non già la compatibilità tra appartenenza soggettivamente pubblica e appartenenza soggettivamente privata, ma tra uso comune del bene e sfruttamento economico.

⁴¹ Fuor di paradosso, cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p. 101 "Non è dunque, che questi beni non possono formare oggetto di atti di commercio, o che il diritto dominicale su di essi non si estingua anche in ipotesi di uso continuato, o che i terzi non possono acquisire diritti per usucapione; è solo che la riserva di appartenenza di questi beni alle collettività, concretandosi in diritti che differiscono dalla proprietà privata individuale non ammette le qualificazioni giuridiche che sarebbero proprie di questi" Per la priva-

Su questo ordine di problemi, a parte i paradossi, si intende portare l'attenzione nel corso dell'indagine di cui conviene però anticipare fin d'ora alcuni punti.

Innanzitutto, come detto, il fatto che né la riserva né la destinazione implicino la proprietà dell'ente pubblico, ed il fatto che le prerogative dell'uso sono dissociate rispetto alla prerogativa del potere decisionale, spostano il problema del rapporto tra demanialità e privatizzazione dal piano della titolarità, al piano delle forme di utilizzazione del bene.

E' cioè da vedere se l'appropriazione a titolo esclusivo, che, nella prospettiva delle privatizzazioni, è assunta come presupposto necessario per lo sfruttamento economico del bene, si possa, e in che modo, conciliare con il mantenimento dell'apertura del bene all'uso comune, cioè con una forma di utilizzazione che per sussistere presuppone la negazione del diritto di escludere.

Si può aggiungere, per le osservazioni svolte, che il problema del rapporto tra l'uso esclusivo e la necessità di assicurare l'apertura del bene al libero godimento si pone allo stesso modo sia ricollegando l'uso collettivo alla destinazione del bene, sia considerandolo come contenuto della proprietà collettiva.

Spostato il problema dal piano della titolarità al piano del regime degli usi, la compatibilità tra bene pubblico e privatizzazione non sembra passare attraverso il modello della "scomposizione del regime demaniale" a proposito del quale si è già avuto occasione di svolgere un rilievo critico, proprio perchè, si può ora aggiungere, questo modello riconduce il problema della privatizzazione dei beni demaniali ad uso collettivo, sul piano della titolarità del bene.

Per richiamare sinteticamente le coordinate del citato modello vi si afferma la possibilità di scomporre le regole derogatorie racchiuse nel regime demaniale, vale a dire riserva e destinazione, per vedere quali possano essere sacrificate e quali continuino ad operare, e si

zione della legittimazione a negoziare dei beni artificiali di proprietà collettiva cfr. p. 109.

ritiene di conseguenza disapplicata la regola della riserva. Il bene, nel modello citato, potrebbe quindi essere privatizzato e circolare gravato dall'onere reale della destinazione⁴².

Tuttavia, per i beni ad uso comune, e per rimanere nell'ordine nozionale che considera i beni oggetto di proprietà dell'ente, la deroga operata dal regime demaniale, che consiste nell'apertura del bene all'uso collettivo (nel che consiste la destinazione), non è scomponibile dal divieto di appropriazione esclusiva (nel che consiste l'incommerciabilità dal lato di chi acquista), perché ne costituisce il riflesso, e per così dire, l'altra faccia della medaglia. Mentre, infatti, la riserva impedisce a chiunque di appropriarsi del bene, la destinazione impone che l'ente pubblico non escluda nessuno dall'uso del bene ma garantisca che nessuno ne sia escluso.

Fermo quindi il regime demaniale - o più precisamente, fermo il regime demaniale di questa categoria di beni - cioè ferma l'inappropriabilità del bene, che equivale a dire fermo l'uso comune, l'impatto della privatizzazione sembra piuttosto da esaminare attraverso lo "scomposizione", o, per usare un metafora, "lo smembramento" del diritto di proprietà⁴³.

⁴² Si è qui citata la tesi di NAPOLITANO, *La patrimonio dello Stato*, cit. p. 255, ma è una posizione condivisa anche da altri Autori ai quali si farà più diretto riferimento in altra occasione.

⁴³ La metafora dello smembramento della proprietà è utilizzata da GRAZIADEI, *Acquisti per conto di un comitato non riconosciuto e dissociazione della proprietà*, RDC, 1998, II, p. 144, come impostazione generale di un modo di leggere gli statuti proprietari. Il tema investe diversi istituti quali il mandato senza rappresentanza per il quale già una dottrina minoritaria individuava una scissione tra proprietà formale e proprietà sostanziale (Pugliatti, Mengoni), i titoli di credito, dove la contrapposizione tra proprietà del titolo e suo possesso è stata vista come scissione tra proprietà materiale e proprietà formale, il negozio fiduciario, in relazione al quale l'Autore commenta la sentenza della Cassazione (Cass. Sez. I civ, 12 giugno 1986, n. 3898), che, in relazione alla proprietà di beni di un comitato senza personalità giuridica attraverso l'intestazione ai suoi organi, afferma la scissione tra "intestazione" della proprietà del bene (spettante alla persona fisica organo) e "proprietà" del bene (acquistata dal comitato). Per l'Autore citato, La Cassazione ricorre al vocabolo intestazione per non dover optare tra due qualificazioni opposte ma entrambe insoddisfacenti del medesimo fenomeno: la prima conforme alla

Già si è rilevata la dissociazione tra usi e potere decisionale⁴⁴.

In una prospettiva di dissociazione possono inoltre essere lette le prerogative in ordine ad usi esclusivi rispetto alla prerogativa riconosciuta a tutti sui servizi indivisibili resi dalla cosa.

tesi secondo cui l'interposto è proprietario del bene, la seconda impegnata a sostenere la proprietà del comitato. Viene cioè utilizzato un vocabolo non tecnico per intaccare non del tutto apertamente la nozione di proprietà, intesa come modulo unitario e inscindibile. Per questo Autore, la sentenza insomma introduce al campo degli smembramenti della proprietà, anche se in Italia la configurazione della proprietà fiduciaria come proprietà dissociata è avversata dalla dottrina che la ritiene inconciliabile con la stessa nozione di proprietà, perché, si obietta, la distinzione tra proprietà formale e titolarità sostanziale attiene alla efficacia e alla opponibilità degli atti e non al contenuto del diritto ed inoltre vi si opporrebbe il numero chiuso dei diritti reali, da cui consegue che l'autonomia privata si svolge efficacemente in quanto non pretenda di incidere sulla posizione dei terzi. In realtà la distinzione tra diritti reali (opponibili erga omnes) e diritti di credito (rilevanti solo inter partes) non risolve il problema della opponibilità ai terzi (si pensi alla tutela aquiliana del credito, alle regole che determinano l'opponibilità della posizione giuridica dell'acquirente nei confronti dell'alienante, alle regole degli acquisti a non domino e sulla trascrizione).

⁴⁴ Si preferisce usare l'espressione potere decisionale, più generale rispetto ad altre, quali potere di disposizione, potere di gestione, etc. perché anche questo potere, come si dirà, risulta scomponibile almeno in due momenti, un momento relativo alla protezione dell'uso comune e un momento relativo alla disposizione delle utilizzazioni esclusive, distinzione sulla quale ci si soffermerà più avanti.

Il problema del potere decisionale può essere, in base a quanto osservato nel testo inquadrato in questa prospettiva. Dal distacco dell'idea di proprietà come unità inscindibile si passa all'idea di aggregato di prerogative proprietarie che possono essere allocate anche a diversi individui, e da questa idea, all'idea del coordinamento gerarchico, nel senso che una di queste prerogative (rectius) uno di questi soggetti titolari di prerogative) deve trovarsi in condizione di poter a tutti il proprio potere decisionale ultimo (in proposito cfr. Heller citato da MATTEI, *La proprietà*, cit. p. 237). Questi due aspetti consentono di mettere in rilievo la centralità di due temi nella lettura del rapporto tra uso comune e privatizzazione del bene. Dalla possibilità di selezione di prerogative diverse rispetto alla prerogativa di tutti all'uso del bene, nonché dalla possibilità di coesistenza tra questi due tipi di prerogative si ricava che, nell'ambito della tradizionale funzione di garanzia dell'uso comune svolto dall'autorità pubblica, viene in rilievo il ruolo di "coordinamento gerarchico" delle diverse prerogative. Questo ruolo si esprime nella valutazione dei modi e delle forme che consentono la selezione e la coesistenza in concreto tra utilizzazione comune e utilizzazioni esclusive.

In questa prospettiva il problema consiste nell'individuare modi e criteri di selezione delle utilità che la cosa rende per consentire l'attribuzione e quindi il trasferimento di prerogative di sfruttamento individuale, accanto alla prerogativa all'uso comune da parte di tutti. In questi termini si può quindi ipotizzare una coesistenza tra uso comune ed appropriazione individuale di determinate utilità della risorsa, non disapplicando la regola che impedisce l'appropriazione esclusiva, che altrimenti sarebbe come negare la prerogativa all'uso comune, ma considerando la possibilità di isolare le singole componenti del fascio delle prerogative proprietarie.

Per rimanere nel campo pubblicistico già esistono degli esempi concreti di questa selezione. Una separazione temporale consente di riconoscere una situazione di appartenenza equiparabile per certi effetti (ma non per tutti) alla proprietà superficiaria⁴⁵ al concessionario

⁴⁵ Con riguardo alla proprietà superficiaria, posto che la facoltà di uso esclusivo discende da un provvedimento di concessione, accompagnato da un contratto di diritto privato, con il quale è regolato il rapporto tra concessionario e concedente, la questione si è posta nel senso di stabilire se i diritti dei quali il concessionario è divenuto titolare abbiano natura reale o personale ed in quale misura possa disporne a favore di terzi. Verso il superamento della bipartizione tra diritti di natura personale e di natura reale cfr. GUARNERI, *Diritti soggettivi* (categorie di) in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.* vol 5, 1989, p. 443. Nel senso di individuare in generale (salva cioè l'indagine sul singolo rapporto) un diritto di natura reale assimilabile ad un diritto di superficie appare orientata la giurisprudenza cfr. Cass. Sez. I, n. 2764 del 22 luglio 1969, in *Giust. Civ.*, 1971, p. 922; Cass. Sez. I n. 3805 del 22 novembre 1969, in *Foro it.* 1970, p. 446; Cass. S.U. n. 3664 del 11 novembre 1969, in *Foro it.* 1970, p. 447; con nota di Andrioli; Cass. Sez. I n. 198 del 27 gennaio 1971, in *Foro it.* 1971, I, 1646; Cass. S.U. n. 1106 del 17 aprile 1971, in *Foro. It.* 1971, p. 2551; Cass. S.U. n. 1638 del 21 settembre 1970 in *Giur. It.* 1971, p. 250; Cass. Sez. I n. 2009 del 26 marzo 1980; Cass. Sez. II n. 2707 del 19 luglio 1969 in *Giust. It.* 1969, p. 1810. Cass. Sez. I, 27 febbraio 1980, n. 1369 in *Giust. Civ.* 1980, I 1301; Cass. Sez. III 18 agosto 1988, n. 4969 in *Foro it.* 1988, I, 3576; Cass. Sez. II, 30 maggio 1994, n. 5281 in *Foro it.* 1995, I, 1575. Si accennerà tra breve alla pluralità di situazioni di appartenenza sui beni demaniali ad uso collettivo e alla difficoltà di applicare lo schema della proprietà individuale romanistica dei diritti reali parziari. In ordine agli elementi ed agli effetti in relazione ai quali il diritto del concessionario si avvicina ad un diritto di superficie ed in ordine alla peculiarità dei beni demaniali che escludono la possibilità di una ricostruzione come proprietà superficiaria sia consentito il rinvio a M.

del bene demaniale fino alla scadenza della concessione, e non è quindi impossibile immaginare che questa proprietà temporanea, ed allo stesso tempo condizionata dal potere di revoca, possa circolare. Il problema cioè non è nell'astratta possibilità di circolazione del diritto sull'utilità economica derivante dalla concessione, ma riguarda le modalità di questa circolazione, anche attraverso l'identificazione di forme di conoscibilità per gli acquirenti successivi dei limiti del titolo, e la misura o meglio la precisazione dei limiti della revoca che consenta certezza al contenuto del diritto. Una separazione spaziale può individuarsi nella pianificazione delle coste che, al fine di garantire il libero godimento della spiaggia, predeterminano le aree che possono essere oggetto di concessione rispetto a quelle che devono rimanere libere, o nella suddivisione verticale della proprietà, come quando si realizza un'autorimessa realizzata sotto una piazza. Anche in questo caso non è impossibile immaginare una possibilità di circolazione di un diritto esclusivo sul bene.

Possono inoltre essere ricercati criteri anche più idonei ad estendere l'ambito dello sfruttamento economico, per renderlo più ampio e più significativo rispetto agli esempi tradizionali.

In vista dell'acquisizione di nuovi criteri per ampliare l'ambito dello sfruttamento economico della risorsa si può rivolgere lo sguardo anche ad altri campi ove si tratta di coniugare il libero accesso con lo sfruttamento economico

Un problema simile, di applicazione di un distinto regime giuridico delle diverse utilità che la risorsa può rendere, che in questo esempio si potrebbe definire di tipo funzionale, sembra potersi individuare nelle reti necessarie a servizi di pubblica utilità, dove si tratta di coniugare la remunerazione della realizzazione e manutenzione della risorsa con l'apertura all'accesso di altri gestori.

In sintesi, il problema si colloca sul piano della selezione delle diverse utilità, cioè sul piano della possibilità di estrarre utilità diver-

OLIVI, *Il regime giuridico delle opere realizzate dal concessionario sul demanio marittimo*, in *Dir. Mar.*, 2000, p. 158.

se da quelle protette dal regime demaniale, e dell'individuazione del soggetto a cui spetti, in concreto, questa selezione ed il ruolo di coordinatore delle prerogative così dissociate, cioè dell'individuazione del soggetto che detiene il potere decisionale ultimo, se ancora l'ente pubblico ed in questo caso se lo Stato o le autonomie cui sono conferite le funzioni.

1.5. L'appartenenza dei beni demaniali ad uso collettivo come regolazione dell'uso della risorsa fondata sulla negazione del diritto di escludere

L'espressione appartenenza ha più significati pur quando è adoperata nel più ristretto campo dei beni demaniali.

Innanzitutto non vi è corrispondenza tra il vocabolo ed una categoria definita in base alla sua denotazione ossia in base all'insieme dei suoi caratteri ricostruttivi, ma il termine è spesso utilizzato per identificare specifiche forme di appartenenza, e quindi il significato varia in relazione alla forma alla quale si fa riferimento ⁴⁶.

Vi possono, infatti, essere diverse situazioni di appartenenza, espressione di diversi regimi giuridici, nonché diverse tecniche di tutela delle situazioni stesse.

Inoltre, non si può far riferimento ad un unico significato non solo perchè esso dipende dalla forma di appartenenza prescelta fra le altre possibili e utilizzata come paradigma, ma anche dal sistema teorico nel quale si trova inserita.

⁴⁶ Sul generale problema delle espressioni linguistiche che esprimono concetti giuridici, cfr. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, Torino, 1992, p. 27 e ss. Per una lettura dei problemi della semantica giuridica come problemi della semantica in generale, cfr. SCARPELLI, *Semantica giuridica*, voce del *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. XVIII, 1998, p. 209, ed ivi riferimenti bibliografici. L'enormità dei problemi sottesi consiglia di non procedere oltre su questo tema, per citare l'apertura della voce di BELVEDERE, *Linguaggio Giuridico*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, vol. XI, 1994, p. 21.

Il significato, quindi, varia in relazione al variare delle teorie sulla proprietà in generale, ed al variare delle teorie sui beni pubblici in particolare.

La dicotomia alla quale si è accennato ha d'altra parte già reso visibile la non univocità del significato della parola proprio per gli aspetti appena descritti.

Si è affermato che estrapolato dal contesto della singola teoria e della specifica forma in cui trova espressione, il termine appartenenza ha valore descrittivo e non tecnico⁴⁷.

Può tuttavia essere utile partire dal termine appartenenza in quest'accezione indeterminata e descrittiva, per due ragioni.

La prima perché su questo crinale è possibile riferirsi ad entrambe le impostazioni dicotomiche, alle quali cioè si è ritenuto di ricondurre le diverse teorie sulla demanialità, e quindi i modelli per interpretare il fenomeno dei beni pubblici. Si semplifica quindi la ricerca dei dati con i quali operare il confronto tra modelli tradizionali e innovazioni normative.

Inoltre, è il contenuto delle innovazioni, riguardanti il trasferimento di diritti ed il conferimento di funzioni, a porre al centro dell'indagine il problema dell'appartenenza in un senso il più possibile generale, per non usare un termine valido solo entro i limiti di un sistema, che l'innovazione stessa concorre a modificare⁴⁸.

Nel senso generale e descrittivo qui utilizzato, l'appartenenza esprime la scelta dell'ordinamento di regolare l'uso delle risorse, e

⁴⁷ Cfr. NATOLI, *La proprietà*, I, Milano 1976, p.18 che richiama il dibattito sulla nozione di appartenenza adottato dal codice civile, optando per il significato più ristretto, cioè come titolarità del diritto di proprietà e non di qualsiasi diritto. Per il significato più esteso cfr. SCOZZAFAVA *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982 p. 557 e segg. e dottrina ivi richiamata. Cfr. inoltre CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p.205.

⁴⁸ Meglio sarebbe dire dei sistemi con riguardo al fatto che i concetti non dipendono, come accennato solo dal sistema inteso come ordinamento, ma anche ai sistemi intesi come elaborazioni teoriche. Del diverso significato, come fatto di proprietà, o come fatto di gestione, si è già accennato all'inizio, al fine di sottolineare che da ciò deriva la necessità di considerare insieme l'impatto della normativa relativa al trasferimento di diritti con quella relativa al conferimento di funzioni.

consiste nella disciplina dell'assegnazione delle utilità e nella creazione di un apparato istituzionale che possa rendere effettivi gli obblighi e i diritti che ogni regolazione giuridica implica⁴⁹.

La precisazione della scarsità della risorsa che concorre alla definizione di bene sotto il profilo economico, nel mondo attuale è forse tautologica, di fatto, la scelta dell'ordinamento di regolare l'uso delle risorse è una necessità che va estendendosi a tutti i campi, ed in questo senso si può notare che la differenza tra beni demaniali ad uso collettivo e *res communes omnium* è sempre più inquadrabile in una prospettiva storica, e sempre meno nella considerazione che queste ultime riguardano risorse per le quali c'è un'abbondanza tale rispetto alla domanda per le quali non si giustificerebbe un regime di appartenenza, come nel mito dell'età dell'oro.

Oltre agli esempi ormai noti della scarsità dell'aria salubre e dei costi per soggiornare in luoghi incontaminati, o dell'uso di zone di mare territoriale destinati ad impianti di piscicoltura, o all'estensione delle città sul mare, che conducono a sottrarre alla categoria delle *res communes omnium* almeno la fascia più prossima alla costa, è facile prevedere l'estendersi di situazioni di risorsa scarsa, se si pensa che ormai questa situazione investe anche le orbite dei satelliti⁵⁰.

La scelta quindi non investe il dilemma se assoggettare una cosa ad un regime di appartenenza, ma si concentra nel regime giuridico dell'appartenenza, che tuttavia non si identifica necessariamente con il modello della proprietà individuale, anche se questo rappresenta il modello dominante, almeno nella sensibilità comune, per ragioni storiche e ideologiche.

In una prospettiva di appartenenza, intesa in senso generale come disciplina dell'uso del bene, il dato centrale è che l'uso è aperto

⁴⁹ Per questa definizione e per gli svolgimenti che ad essa si richiamano cfr. GAMBARDI, *La proprietà*, cit. p.12

⁵⁰ Per un esempio e per le considerazioni sulla scarsità delle orbite geostazionarie cfr. COOTER, *Il mercato delle regole, Analisi economica del diritto civile*, Bologna 1999, p. 80

a tutti, configurandosi per questa categoria di beni una forma di appartenenza piuttosto analoga alla situazione di non appartenenza.

Affinché questa forma di appartenenza sia realizzabile in concreto vi è come condizione minima l'idoneità della cosa a rendere servizi indivisibili, e quindi rilevano innanzitutto le caratteristiche naturali od oggettuali del bene.

Per quest'aspetto le caratteristiche fisiche del bene incidono sul regime giuridico, tanto che alcune teorie della demanialità fondano una classificazione distinguendo tra beni finali e strumentali o distinguendo tra beni naturali e beni artificiali.

La natura della cosa vale appunto come condizione minima, ma non è sufficiente, perché, anche con riguardo ai beni tradizionalmente destinati all'uso collettivo, risulta sempre più evidente la potenzialità di un impiego strumentale, nonché di uno sfruttamento economico.

Le caratteristiche naturali non sono in altre parole sufficienti per la qualificazione e l'assegnazione delle utilità che la risorsa può offrire, ma tale qualificazione ed assegnazione di utilità dipende da una scelta dell'ordinamento che è attuata mediante la generale preclusione di qualsiasi forma di appropriazione di tipo esclusivo dei benefici della risorsa.

Ciò equivale ad affermare che è assente uno dei tratti della forma più tipica di appartenenza costituita dalla proprietà e cioè il diritto di escludere.

Lo Stato, o comunque l'ente territoriale al quale i beni "appartengono", non possono escludere nessuno dal godimento "comune", ma anzi debbono garantire che nessuno sia escluso. A tal fine sono infatti preordinate le funzioni amministrative contenute leggi speciali relative a ciascun bene, e i mezzi ordinari a tutela del possesso e della proprietà⁵¹.

⁵¹ In ordine alla circostanza che non vi è possesso dell'autorità amministrativa sui beni demaniali ad uso comune, ed alla conclusione quindi che l'ente pubblico non può agire in possessoria, supplisce l'art. 823 cc. che conferisce – in ogni caso – all'autorità amministrativa la facoltà di valersi dei mezzi ordinari a difesa della proprietà

Per questa ragione l'appartenenza allo Stato dei beni demaniali ad uso collettivo, è definita "appartenenza di protezione"⁵².

Letti nella prospettiva del divieto di escludere, per questi beni si riconducono ad un'unica regola⁵³ sia la preclusione della titolarità di

e del possesso regolati dal codice civile. L'art. 823 non è dettato per legittimare una capacità generale di autotutela, ma per conferire all'amministrazione, accanto ai mezzi di tutela amministrativa previsti da leggi speciali, quei rimedi di natura ordinaria a difesa della proprietà e del possesso che altrimenti l'amministrazione non avrebbe. In questa prospettiva, CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p. 509 ed in ordine all'azione di rivendica in rapporto alla riserva p. 501, .

⁵² GAMBARO, *La proprietà*, cit. p. 20. Per una sintesi dell'impostazione generale relativa alla critica al dogma della personalità giuridica e la focalizzazione dell'equivoco sostanzialista, che induce a prospettare diritti e obblighi come "entità" di cui si predica l'appartenenza a questo o a quel soggetto, mentre la titolarità predicata di soggetti diversi dall'uomo è solo un espediente linguistico per riassumere l'attribuzione di prerogative e doveri dei soggetti che ne fanno parte cfr. ZATTI, voci *Titolarità e Persona giuridica* in *Glossario in Trattato di Diritto Privato* a cura di Iudica - Zatti, Milano, 1994. Per la considerazione secondo la quale l'ordinamento prende in considerazione a certi fini l'ente e ad altri fini il gruppo sottostante cfr. CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p. 162 "; Sul passaggio dei beni dell'Allmende dalla collettività come unità alla persona giuridica, a cui l'associazione assurge cfr. RANELLETTI *Concetto*, cap. III: teoria, ora in *Scritti*, p. 257.

⁵³ Quanto si va ora affermando tende a discostarsi dall'impostazione di autorevole dottrina, CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit., e quindi su questo aspetto appare doveroso soffermarsi, per trasparenza del discorso e perché è l'occasione per precisare, attraverso le differenze, l'angolo visuale prescelto e le ricadute in ordine allo schema che si intende seguire. La dottrina citata distingue tra inalienabilità del bene, propria dei beni riservati (incommerciabilità - riserva), in base alla quale nessun soggetto giuridico diverso da quello titolare della riserva è legittimato ad acquistarne la proprietà, e indisponibilità del bene (incommerciabilità - indisponibilità) propria dei beni a destinazione pubblica, riservati o non riservati, in base alla quale i beni a destinazione pubblica non possono essere sottratti alla loro destinazione se non nelle forme di legge (p.85). Per l'Autore citato le regole sono quindi due e indipendenti l'una dall'altra e producono effetti diversi. La prima regola (incommerciabilità - riserva) riguarda il dominio, e produce la nullità degli atti di diritto comune intesi a trasferire il dominio sui beni riservati, ovvero a costituire su di essi diritti (reali) incompatibili con la riserva pubblica del dominio (p. 86). La seconda regola (incommerciabilità - indisponibilità) produce un'incommerciabilità relativa e la sua violazione produce la nullità degli atti di diritto comune di qualsiasi contenuto che si pongano in contrasto con le esigenze della destinazione pubblica assegnata al bene medesimo. Nell'ambito operativo di tale seconda regola vengono dunque a dislocarsi non solo tutti gli atti e i fatti di diritto comune aven-

ti ad oggetto beni pubblici non riservati, ma anche quelli aventi ad oggetto beni riservati diversi da quelli intesi a trasferire il dominio ovvero a costituire su di essi diritti (reali) incompatibili con la riserva pubblica del dominio A differenza della prima regola (incommerciabilità – riserva) che colpisce solo i rapporti di dominio, questa seconda regola (incommerciabilità – indisponibilità) colpisce tutti i possibili rapporti giuridici aventi ad oggetto *utilitates* fornite dai beni, e non solo quei rapporti giuridici intesi a trasferire la proprietà o a costituire la stessa in capo a terzi. Questi sono, in estrema sintesi, gli aspetti del modello dai quali ci si intende discostare. Prima di specificare i profili di divergenza, si ritiene utile tentare di proiettare il modello nella prospettiva della privatizzazione. Muovendosi all'interno del modello citato, la possibilità di trasferimento di diritti sui beni in esame, i quali sono sottoposti a entrambe le regole, deve risultare ammissibile sia in confronto alla regola dell'indisponibilità, che ammette la costituzione di rapporti diversi dal dominio solo in quanto compatibili con la destinazione, sia con la riserva che preclude di acquisire il dominio ed anche l'acquisizione di diritti diversi dal dominio di natura tipicamente dominicale (superficie, enfiteusi), ed esclude la possibilità di costituire diritti reali di garanzia, come quelli che comportano, in caso di inadempimento del debitore la vendita della cosa (p.88). Questo modello così come formulato non consente quindi il trasferimento di diritti sui beni ad uso collettivo qui esaminati, in quanto sottoposti sia riserva sia a vincolo di destinazione, alla Patrimonio dello Stato spa. Tuttavia, sempre nell'ambito di osservazioni proiettate alla verifica della possibilità di trasferire diritti su questi beni ad un soggetto privato si può accennare a quella che appare essere un'evoluzione del modello appena citato. Alle coordinate di base di quest'ultimo sembrano infatti riferirsi le attuali letture della privatizzazione quando affermano la necessità di spostare il "focus" tutto sulla destinazione, ed affermano l'erosione del principio della riserva. Tali letture infatti, nell'affermare il permanere del vincolo di destinazione e la disapplicazione della regola della riserva postulano l'indipendenza delle due regole (riserva e non sottraibilità alla destinazione) ed inoltre attribuiscono alla riserva il significato di garanzia dell'appartenenza soggettivamente pubblica.(Cfr. NAPOLITANO, *La patrimonio Spa*, cit. PALMA – FORTE, *Beni pubblici in appartenenza individuale*, cit., DUGATO, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture Spa*, cit., RENNA, *La regolazione*, cit, e per un'anticipazione legata alle prime dismissioni di beni pubblici, LOLLI, *Proprietà e potere nella gestione dei beni pubblici e dei beni di interesse pubblico*, in dir. Amm., 1/1996, p. 51 e ss. su cui ci si soffermerà tra breve). Proprio questi due aspetti segnano la divergenza dell'ipotesi che si intende seguire rispetto al modello appena richiamato. Il modello citato presuppone che l'espressione appartenenza dei beni riservati sia intesa in senso tecnico e formale, come quella che indica che le cose stesse, in quanto beni in senso giuridico, sono oggetto di un diritto dominicale di proprietà spettante ai soggetti indicati dalla legge come titolari della riserva (p. 52, 53 e 30, 39 e segg. si veda inoltre riassuntivamente per ciò che distingue i beni collettivi, per i quali l'uso collettivo è oggetto di un diritto imputato ad una determinata collettività, rispetto ai beni pubblici destinati all'uso collettivo, dove quest'ultimo è un fatto di destinazione

rapporti di dominio sul bene, sia la preclusione dei rapporti giuridici diversi da quelli intesi a trasferire il dominio ma egualmente idonei a precludere il godimento collettivo.

p. 422). Intorno a questo aspetto ruotano le differenze dell'impostazione proposta nel testo nella quale, come si è detto, si intende verificare la possibilità di ammettere la privatizzazione attraverso un'analisi di prerogative che si considerano dissociate. In sintesi si possono segnalare alcuni brevi punti: 1) Innanzitutto qui si muove dall'idea di scomporre l'appartenenza dei beni demaniali ad uso collettivo in diverse prerogative assegnate a diversi soggetti, non accogliendo cioè l'idea che un diritto di proprietà possa essere affermato in capo all'ente pubblico a titolo di proprietà individuale, ovvero in capo alla collettività a titolo di proprietà collettiva. 2) In relazione a ciò la riserva è qui considerata per questo suo effetto preliminare e per così dire neutro, che consiste nella carenza di legittimazione all'appropriazione a titolo individuale, anziché in prospettiva strumentale all'affermazione della assunzione in proprietà (pubblica o collettiva). Ad evitare confusione si ricorrerà più diffusamente all'espressione inappropriabilità a titolo individuale. E' opportuno precisare comunque, a prevenire l'obiezione che la riserva postula un titolare nonché l'individuazione di ciò che è riservato, che nella prospettiva di considerare dissociate le prerogative che fanno capo a questa forma di appartenenza, vi è una riserva di funzioni in capo all'ente pubblico, una riserva a favore della collettività dei servizi indivisibili che la cosa rende, non sono invece coperte da riserva le utilità che sopravanzano la demanialità. E' opportuno inoltre precisare che l'ente pubblico al quale le funzioni sono riservate non coincide necessariamente con il soggetto "al quale il bene appartiene", anzi la distribuzione del potere decisionale come si è detto è uno dei dati che attraverso l'indagine si cerca di individuare. 3) La carenza di legittimazione all'appropriazione a titolo individuale è qui ritenuta sufficiente a caratterizzare un regime di appartenenza, con la precisazione che il regime di appartenenza si intende nell'accezione generale di regolazione degli usi e criterio di distribuzione delle utilità, (e non come un modo d'essere della proprietà dell'ente né come proprietà collettiva) Ed è altresì da precisare che con esclusivo riferimento ai beni demaniali ad uso collettivo appare possibile individuare un regime di assegnazione delle utilità attraverso la carenza di legittimazione all'appropriazione a titolo individuale, dove per appropriazione a titolo individuale si intende, in contrapposizione all'uso comune, un uso del bene che comporti l'esclusione dell'uso degli altri. 4) Dalla riserva, così intesa, deriva un limite alla costituzione di tutti i rapporti che determinano un uso che esclude l'uso degli altri, a differenza del modello citato che distingue tra quelli dislocati nell'ambito della riserva e quelli dislocati nell'ambito della indisponibilità. Si considera in proposito che in relazione all'accessibilità a tutti del bene, che è lo scopo in ragione del quale la riserva è (legittimamente) disposta, per i beni ad uso collettivo si pongono sullo stesso piano sia rapporti di dominio sia altri rapporti giuridici, ciò che varia essendo l'incidenza sull'utilità salvaguardata dalla riserva.

Sono infatti ammessi solo gli usi che rendano il bene accessibile a tutti, cioè che consentano la possibilità a chiunque altro di fruire del bene⁵⁴.

In altre parole, ponendo la proposizione, in termini Kelseniani di precedenza dell'obbligo rispetto al diritto, si può evidenziare, per questi beni, che il godimento collettivo è il riflesso del divieto di appropriarsi in via esclusiva dei benefici della risorsa.

Non vi è quindi da ricercare il titolo che giustifichi il godimento collettivo, ma vi è il problema opposto di non veder perdute altre utilità che la cosa può offrire, e quindi di individuare un titolo che giustifichi l'uso individuale.

1.6. Facoltà di godimento, potere di disposizione e plurime situazioni di appartenenza sui beni demaniali ad uso collettivo

Nell'ambito di queste osservazioni, che si possono riassumere nell'idea che l'ordinamento prevede per questi beni una forma di appartenenza fondata sulla negazione del potere di escluderne l'uso, possono essere letti i cosiddetti poteri di godere e di disporre del bene.

In una prospettiva volta a stabilire se l'ente pubblico sia proprietario di questi beni, la situazione è normalmente descritta sostenendosi che l'ente non può godere e non può disporre del bene.

Tuttavia, solo in senso ironico⁵⁵, si può esemplificare la carenza della facoltà per Stato di godere del bene.

⁵⁴ CASSESE, *I beni pubblici*, cit. , in particolare da p. 1 a p. 72 sulla riserva e p.50, . 88 e 89, 109, 154, 155 su come la riserva incide nei modi d'uso, p.147 e segg. sulla riserva seguita dall'assunzione in proprietà da collettività,. inoltre p.85 e segg. per la critica alla nozione di incommerciabilità, opinione già citata in precedenza per evidenziare il diverso approccio delle dottrine della proprietà pubblica.

⁵⁵ Ci si riferisce all'immagine di CASSESE, *Conclusioni* in *Annuario A.I.P.D.A.*, 2003, cit., p.381, dello Stato in costume da bagno che utilizza il lido del mare.

Non ne può godere lo Stato, allo stesso modo in cui non ne può godere qualunque altro soggetto, qualora il godimento sia tale da non consentire il godimento di chiunque altro.

Siccome gli usi che non danno luogo a problemi di interferenza rispetto alla possibilità di usi identici e concorrenti, per i beni in esame, normalmente consistono nel godimento diretto da parte di persone fisiche, come per esempio l'attività di balneazione, il limite al godimento dello Stato è quello che varrebbe anche per una società per azioni, che è altrettanto difficile immaginare in costume da bagno.

Il limite, in questo esempio, deriva dalla natura della cosa solo in relazione ad alcuni modi d'uso del bene⁵⁶.

Lo Stato non può, al pari di una società per azioni disporre in via esclusiva, neppure per fini pubblici di un bene aperto all'uso comune, ma solo perché tale godimento si risolverebbe nell'escludere l'uso di altri.

Potrebbe però, al pari di una società per azioni, svolgere un'attività di trasporto servendosi di un fiume.

Il limite al godimento dello Stato è il limite che vale per qualunque soggetto, ma è solo un riflesso del fatto di non poter escludere nessuno dall'uso del bene⁵⁷.

⁵⁶ Cfr. GAMBARO, *La proprietà*, cit. p. 242.

⁵⁷ L'impostazione qui seguita di far derivare i limiti di godimento e di disposizione dell'ente titolare di funzioni amministrative, dalla inappropriabilità a titolo individuale, nel senso di esclusivo del bene, è diversa, per non dire opposta, rispetto all'opinione che ricostruisce il rapporto di demanialità in termini di proprietà dell'ente, e, di fronte al fenomeno delle privatizzazioni, rileva la crisi dell'inceditività del bene pubblico e la possibilità di superare le immobilizzazioni dei beni che rappresentato un detrimento del loro valore, attraverso l'adozione di poteri adeguati di tipo conformativo ed espropriativo per il perseguimento degli interessi pubblici (In questi termini. LOLLI, *Proprietà e potere* cit., p. 51 Cfr., e sulla stessa linea NAPOLITANO, *La patrimonio Spa*, cit. in particolare p. 269 PALMA – FORTE, *Beni pubblici in appartenenza individuale*, in particolare p. 287 cit., DUGATO, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture Spa*, cit., in particolare. p. 134 RENNA, *La regolazione*, cit. in particolare p. 258). Si è già osservato che questi modelli, appaiono un'evoluzione, del modello che vede il bene come oggetto di proprietà dell'ente, ed in particolare si riagganciano alla dottrina che vede la riserva e la destinazione come ele-

menti derogatori del regime di diritto comune della proprietà e l'indipendenza delle rispettive regole operative, secondo la richiamata impostazione di CERULLI IRELLI *Proprietà pubblica*, cit.. Si è inoltre anticipato che, a fronte dei modelli che affermano la frammentazione del regime demaniale, in questa indagine si tenta di percorrere un'altra via, a partire cioè dalla frammentazione dell'appartenenza, alla quale si collega la centralità, anziché della proprietà, dell'inappropriabilità del bene a titolo individuale. Qui ci si limita a brevi cenni ai limiti al potere di godimento e di disposizione, che, nell'impostazione che si intende seguire appaiono, come detto, un riflesso dell'inappropriabilità a titolo individuale. Nell'impostazione citata (si farà più diretto riferimento a LOLLI, *Proprietà e gestione* cit.), il punto di partenza della ricostruzione muove da un'idea di appartenenza che poggia sull'affermazione di una situazione di dominio sul bene e sulla sua imputazione ad un soggetto. Per questo Autore, i beni sono oggetto di una forma di appartenenza coincidente con un diritto di proprietà individuale dell'ente e da tale forma di dominio non si sottraggono i beni di uso collettivo di cui si rileva, come differenza rispetto ad altri beni, una maggiore limitazione del godimento diretto, che comunque non vale ad intaccare il primato della dominicalità, tanto che "il godimento dei terzi risulta comunque subordinato alla volontà dell'amministrazione proprietaria alla quale spetta di determinare la possibilità stessa di sussistenza del godimento dei terzi sul bene, creando o distruggendo quest'ultimo o anche meramente sclassificandolo, ed alla quale spetta altresì di determinare le modalità di esercizio del godimento" (nota 25, p.64). Nella prospettiva di lettura dei modelli tradizionali che si è adottata nel testo dove si evidenzia la dicotomia tra la proprietà di tipo individuale e la proprietà collettiva, appaiono quindi più marcate le differenze, che l'Autore tende a minimizzare, rispetto al modello che non riconosce la proprietà individuale dell'ente sui beni ad uso collettivo (GIANNINI), mentre rilevano in minor misura le differenze che invece l'Autore, ha cura di sottolineare, rispetto alle tesi che accentuano maggiormente gli aspetti pubblicistici, ma vedono il bene pur sempre oggetto di una situazione giuridica soggettiva dell'ente (CAPUTI JAMBRENGHI) (cfr. note 23 e 24 a p. 62). Le differenze sottolineate dall'Autore sono quelle che si rinvencono, come altrove segnalato tra due variazioni all'interno di uno stesso fenotipo in ordine alla struttura dell'appartenenza. Variazioni che distinguono la teoria che considera la proprietà dell'ente caratterizzata da rilevanti deroghe rispetto al diritto comune, che tuttavia non intaccano la natura dominicale (nel senso del diritto comune) non esistendo nell'ordinamento due distinti modelli di appartenenza, ma numerosi modelli tutti riconducibili ad un nucleo di istituti comuni (cfr. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. riassuntivamente p. 417), e la una teoria che vede proprietà pubblica e proprietà privata non come due versanti di un unico istituto, ma come due istituti giuridici profondamente diversi (cfr. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere*, cit. p. 64, ID. *Beni pubblici e d'interesse pubblico*, cit. p. 1083). La tesi ora richiamata per questo particolare aspetto è più vicina alla prima delle due posizioni appena citate, ma comunque si inquadra più in generale in una prospettiva che assume come dato di partenza la proprietà dell'ente pubblico. Dalla considerazione del diritto di proprietà model-

Si afferma infatti che lo Stato non ne può godere come autorità⁵⁸, e ciò può essere letto nel senso che lo Stato non ha nessun diritto di escludere, ma solo l'autorità di garantire che nessuno sia escluso.

Per quanto invece riguarda il potere di disporre è da chiedersi come si ponga la negazione di tale potere rispetto alla possibilità che i beni siano dati in concessione.

Il fenomeno è stato spiegato precisando che oggetto di concessione non è mai il bene nella sua interezza, ma un particolare uso del medesimo o, meglio una particolare utilità che il bene è idoneo ad of-

lato sullo schema della proprietà individuale dell'ente sui beni (anche su quelli ad uso collettivo qui considerati) si perviene all'affermazione di una assimilazione della proprietà pubblica alla proprietà privata, fatte salve le differenze in ordine ad un minor grado di potere di godimento e di disposizione. Il passo è quindi breve per affermare la possibilità di superare l'immobilizzazione della proprietà. Ed infatti dalla riconosciuta assimilazione tra proprietà pubblica e proprietà privata, il privilegio della riserva rischia di essere *odiosum*, oltre che, a ben vedere, ingiustificato in questa prospettiva. In sostanza, nell'opinione citata, il discrimen che non consente di considerare i beni pubblici come oggetto di proprietà privata sarebbe da individuare nel diverso grado in cui si esprime il potere di godimento e di disposizione del bene (p. 70 e nota 42 p. 71 e 72). A questo punto però si apre uno iato rispetto al modello (CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit.) che vede nella riserva e nella destinazione le deroghe essenziali rispetto al regime di diritto comune, regole indipendenti sì, ma concorrenti per i beni in esame. Più in generale si può considerare che non vi sono, (salvo in un caso contenuto nella legislazione speciale delle acque pubbliche difficilmente estensibile per analogia) disposizioni che prevedono un limite nel potere di godere e di disporre del bene. Questi limiti appartengono all'elaborazione dottrinarica ed hanno come riferimento immediato proprio l'inappropriabilità e l'indisponibilità. Comunque si legga il rapporto tra queste due figure, su cui ci si è soffermati in precedenza, i limiti al potere di godere e di disporre sono solo il riflesso dell'incomerciabilità assoluta o relativa, tale da non consentire l'enucleazione dei primi mediante l'accantonamento della seconda. Non è cioè possibile per richiamare considerazioni svolte in precedenza, e, lo si ripete, queste osservazioni critiche valgono solo per i beni ad uso collettivo, affermare la centralità della destinazione e l'erosione della riserva.

⁵⁸ GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 54

frire, perchè, nonostante si chiamino concessioni di beni, ad essere filologicamente corretti la concessione è *sul* bene, non *del* bene⁵⁹.

Si può però considerare che oggetto dell'appartenenza è sempre un'utilità, non la cosa in sé.

Questo vale per l'uso in concessione, ma vale anche per l'uso generale.

Anche quest'ultimo è il contenuto di un'utilità che la cosa rende. Quindi affermare che l'ente pubblico non può disporre di questo tipo di beni, significa che non può disporre dell'utilità che consiste nell'uso collettivo del bene, in quanto oggetto di una prerogativa riconosciuta a chiunque.

Può quindi disporre in ordine alle utilizzazioni esclusive sempre che non venga sacrificata o diminuita la prerogativa dell'uso collettivo.

Nella prospettiva qui seguita di leggere come prerogative dissociate le situazioni giuridiche che derivano da questa forma di appartenenza si può dire che alla parzialità della situazione di appartenenza, che deriva dalla concessione, non si contrappone una situazione di appartenenza piena, secondo quanto invece si verifica nel modello di proprietà di stampo, che per brevità, si può chiamare tradizionale.

In quest'ultima, il connotato che distingue la struttura proprietaria rispetto a quella del diritto reale risiede nel principio dell'elasticità del dominio che, dal punto di vista economico si risolve nell'assorbimento residuale del plusvalore (*residual claim*) e nell'assenza di monitoraggi interni. Il titolare di un diritto reale limitato, tanto nell'estensione sincronica (servitù), tanto nell'estensione diacronica (usufrutto) manca del potere di reclamare qualsiasi valore residuale (che spetta al proprietario) ed è soggetto all'incessante monitoraggio del proprietario, che a tale monitoraggio è incentivato, e quindi a far rispettare i limiti spaziali e temporali del diritto reale,

⁵⁹ L'impostazione è di GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1993, vol. II, p.673, cfr. inoltre SCOZZAFAVA, *I beni...*, cit., p. 538, CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p. 213

perché in forza dell'elasticità del dominio, quando il diritto limitato viene meno, la proprietà riprende pieno vigore⁶⁰.

Questi dati strutturali non sono trasferibili nella situazione di appartenenza in esame.

Vi è un monitoraggio esercitato dall'ente pubblico che investe l'uso del bene da parte del titolare della concessione, ma non solo in proiezione della scadenza del termine temporale della stessa, perché la permanenza stessa della concessione, pur entro l'arco temporale prefissato, può essere revocata per una diversa valutazione sulla compatibilità con l'uso pubblico.

Sempre a proposito delle differenze strutturali, si nota che lo stesso monitoraggio da parte dell'Autorità amministrativa è previsto ed è munito di strumenti di tutela ordinari e amministrativi anche nei confronti dell'uso collettivo per evitare che vi siano abusi.

In altre parole, è difficile leggere questa situazione attraverso un modello di proprietà compatta, sia riferita alla collettività come proprietà collettiva, sia riferita all'ente pubblico come proprietà individuale.

Letta con gli occhiali della proprietà collettiva si può notare che la dissociazione della struttura proprietaria si potrebbe dire presupposta dalla considerazione che delle varie specie di disponibilità della cosa (il godimento dei servizi reali della cosa, la permutazione dei servizi di essa, la destinazione ad utilizzazioni, il godimento dei frutti, la disposizione – alienazione e così via per le decine che potrebbero aggiungersi) alla collettività proprietaria spetta solo il godimento dei servizi indivisibili della cosa, tanto da affermarsi che il tratto saliente della proprietà collettiva non è l'appartenenza della cosa, ma il godimento dei servizi che la cosa rende o è idonea a rendere se convenientemente impiegata⁶¹.

⁶⁰ Sull'elasticità del dominio come connotato che distingue la struttura proprietaria rispetto a quella del diritto reale cfr. MATTEI, *La proprietà*, cit. p. 142 e 143.

⁶¹ In questi termini GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 34

Letta questa situazione con gli occhiali della proprietà individuale dell'ente, si nota che il monitoraggio dell'ente pubblico non deriva dal principio dell'elasticità del dominio, ma è conformato dal vincolo della destinazione, che è diverso rispetto al vincolo dell'interesse pubblico⁶².

Il discorso sarà ripreso tra breve quando ci si soffermerà dapprima sull'emergere di nuove esigenze e di nuove forme di utilizzazione del bene e poi sulle diverse utilità qualificate dall'ordinamento in ordine allo sfruttamento della risorsa.

Qui è sufficiente constatare la possibilità di plurime situazioni di appartenenza, o per meglio dire, di plurime situazioni soggettive determinate da questa forma di appartenenza sulle diverse utilità che la cosa rende, con la precisazione che lo schema non corrisponde a quello dei diritti reali su cosa altrui, né a quello della proprietà divisa, né a quello che si realizza mediante concessione di altre categorie di beni demaniali, cioè diversi dai beni ad uso collettivo.

Rispetto allo schema dei diritti reali limitati su cosa altrui, oltre a quanto appena osservato, si nota che mentre nel contrasto tra l'interesse del proprietario e quello, per esempio, del titolare di un diritto di superficie prevale sempre quest'ultimo sino a quando il suo diritto rimane in vita, nel caso di concessione di beni pubblici accade esattamente il contrario, perché, in caso di contrasto, la concessione può essere sospesa o revocata in qualsiasi momento⁶³.

⁶² "Quando si parla di destinazione, destinatario e scopo dei beni degli enti pubblici, non bisogna intendere la destinazione e lo scopo finale dei medesimi, , perchè in tal caso non vi sarebbe più alcuna distinzione tra beni e beni, giacchè tutti debbono essere rivolti dall'ente al benessere della società, ma bisogna intendere la destinazione diretta e immediata delle cose, la loro funzione immediata, lo scopo pel quale esse immediatamente vengono usate, ed allora appariranno necessarie le distinzioni tra beni e beni" RANELLETTI, *Concetto*, cit. in *Scritti*, cit. p. 141.

⁶³ In questi termini cfr. GAMBARO, *La proprietà*, cit. p. 21 In ordine a questo tipo di godimento caratterizzato dalla temporaneità e dalla instabilità cfr. NATOLI, *La proprietà* cit. p. 226, p. 212 – Sull'influenza della temporaneità sul valore di scambio cfr. GAMBARO, *La proprietà*, cit. p. 100. Per DE CUPIS, *La proprietà superficiaria degli stabilimenti balneari*, in *Riv. dir. Civ.*, 1988, 2, p. 349, oltre alla differenza rispetto al diritto

Si vedrà in seguito come ciò rilevi per i beni in esame al fine di ammettere, ed entro quali limiti la sostituibilità dello strumento concessorio con atti di diritto comune. Per anticipare quanto sarà oggetto di riflessioni successive, si ritiene necessario distinguere il piano relativo alla protezione dell'uso comune rispetto al piano relativo al potere di disposizione, considerando la sostituzione dello strumento pubblicistico con strumenti privatistici ammissibile per la parte relativa alla disposizione delle utilizzazioni individuali e non in ordine alla valutazione della compatibilità di un uso individuale con l'utilizzazione collettiva. Questo doppio momento della salvaguardia dell'uso comune e della disposizione di altre utilizzazioni vale anche a caratterizzare la differenza delle concessioni su beni ad uso comune, rispetto allo schema che interviene nelle concessioni di altri beni pubblici dove vi è solo questo secondo momento, cioè dove, come si dice, la concessione serve proprio ad attuare la destinazione del bene.

Quanto alla differenza rispetto allo schema della proprietà divisa⁶⁴, il tratto caratteristico delle forme di appropriazione individuale su beni ad uso collettivo risiede nella temporaneità e nella revocabilità come corollario dell'indisponibilità dell'utilità collettiva, cioè del fatto che l'ente non può disporre di prerogative che l'ordinamento assegna alla collettività e rispetto alle quali è dotato di poteri di tutela, ma non di disposizione. In sostanza il godimento delle utilità marginali, e proprio per questo sono marginali perché in concreto possono

reale determinata dalla unilaterale facoltà di revoca dell'amministrazione occorre considerare che mentre la proprietà superficiaria che sorge da privata concessione è integrata dalla servitù prediale di appoggio sul suolo che continua ad essere oggetto della proprietà del concedente, invece il diritto sulla costruzione eseguita in base a concessione dell'amministrazione sul bene demaniale è integrato sì pur esso da una facoltà di appoggio sul suolo, ma questa facoltà non assurge a diritto reale incompatibile colla natura di quel suolo inalienabile (823 c.c.) nella pienezza del suo significato.

⁶⁴ cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 81 come appartenenza a due soggetti di due distinte appartenenze di utilità della cosa. Ad uno dei soggetti sono attribuiti i diritti relativi di disposizione e di godimento del bene a fini economici, all'altro i diritti di disposizione del bene a fini pubblici.

essere quantitativamente prevalenti rispetto all'utilità, che potremmo chiamare principale, è sempre condizionato alle potenzialità espansive di quest'ultima.

2. La lettura della privatizzazione mediante il concetto di destinazione. Critica

2.1 L'evoluzione degli usi collettivi e la concorrenza di interessi della collettività diversi dall'uso diretto del bene

Si è accennato alle diverse possibilità di utilizzazione del bene, e all'esigenza di garantire l'uso collettivo senza tuttavia disperdere le altre potenzialità della risorsa. Si sono altresì richiamate le dottrine che colgono l'impatto della privatizzazione nell'erosione del regime della riserva, e nell'accentuazione del regime della destinazione del bene, e si è prospettata l'ipotesi di una diversa ricostruzione, partendo invece dall'idea che l'apertura del bene all'uso comune dipende proprio dalla riserva intesa come inappropriabilità a titolo individuale del bene. Si è anche osservato che sia la destinazione, sia la riserva nel senso ora richiamato, non postulano l'appartenenza soggettivamente pubblica del bene e pertanto non si tratta di scegliere il modello sulla base della compatibilità sotto il profilo dogmatico tra bene pubblico ed appartenenza soggettivamente privata. Si tratta piuttosto di scegliere un modello il più possibile adeguato per affrontare il problema della compatibilità tra la prerogativa di tutti all'uso del bene, ed il suo sfruttamento economico, e più in generale tra regime demaniale e mercato.

In questo paragrafo ci si sofferma sui modelli che per brevità si indicano come modelli fondati sulla destinazione del bene, secondo le linee critiche anticipate nel paragrafo precedente.

In particolare nei tre prossimi sottoparagrafi si accennerà al rapporto tra l'uso collettivo e le altre forme di utilizzazione della cosa dirette al perseguimento di interessi pubblici, al problema

dell'identificazione della destinazione; ed infine si valuterà l'idoneità della destinazione a fornire un criterio utile per risolvere i problemi posti dalla possibilità di privatizzare i beni ad uso comune.

In via di premessa può essere utile innanzi tutto svolgere qualche osservazione su alcuni dati della realtà che tendono a rendere più complesse le astratte linee di demarcazione.

E' cioè da vedere in pratica quale sia l'utilità resa dai beni demaniali a fruizione collettiva.

Ci si sofferma ora su osservazioni di carattere, per così dire, sociale.

Si rileva, innanzi tutto che le utilità, che questa categoria di beni demaniali sono idonei a rendere dipendono dalle possibilità di utilizzazione concrete.

A diverse potenzialità d'uso corrispondono diverse utilità che i beni sono idonei ad offrire, perché diverse sono le utilità che la collettività pretende dai beni.

Al variare nel tempo e all'ampliarsi delle potenzialità d'uso, corrispondono altrettante variazioni in ordine alle utilità.

L'esempio consueto è fornito dal raffronto tra usi antichi e usi attuali.

Uso tipico della spiaggia era considerato⁶⁵ quello di tirare a secco le imbarcazioni, ne sono antica testimonianza le navi da pesca dell'alto Adriatico costrette a prendere il mare con il fondo piatto, rischioso per navigare, ma necessario per riparare in caso di burrasca su coste areniliche.

Altro uso tipico consisteva nella manutenzione e pulizia delle reti per la pesca, ma se si scorrono i diversi regolamenti relativi all'uso delle spiagge, succedutisi nel tempo, è possibile notare che quest'uso è stato vietato con l'avvento del turismo di massa. In seguito non si è più sentita neppure l'esigenza del divieto perché nessuno utilizza la spiaggia per tirare a secco le imbarcazioni o per pulire le reti.

⁶⁵ Per un'indicazione sugli usi delle spiagge di fine '800, CAMMEO, voce *Demanio*, in Dig. It., vol. IX, parte prima, p. 842 ss.

Lo stesso discorso vale per l'uso militare dei beni demaniali marittimi. Le spiagge sono ora inidonee a garantire la difesa dello Stato tanto quanto le antiche mura delle città d'origine medievale, e i vecchi bunker, ancora esistenti, nella migliore delle ipotesi fungono da deposito per le attrezzature balneari, e nella peggiore da luoghi di discarica.

Con il turismo di massa l'uso delle spiagge non è più correlato alla navigazione marittima, almeno intesa nel senso di comunicazione via mare, e non come gita in pedalò, e quindi è diversa l'utilità che la spiaggia è idonea ad offrire.

L'utilità che il bene può offrire è infatti qualificata dalle pretese di chi ha interesse e titolo per avvalersene. Quando l'utilità si risolve nell'uso diretto del bene da parte della collettività, occorre riferirsi alle esigenze di chi potenzialmente ne usa.

Al turista non basta la stessa spiaggia che serviva al pescatore per pulire le reti o per approdare in caso di burrasca. E' necessario che la spiaggia sia pulita, sia dotata di servizio di salvataggio, di punti di pronto soccorso, di punti di ristoro.

Un esempio forse ancora più evidente è fornito dai porti.

Alla nave non è sufficiente un approdo e di poter disporre di "mani", servono sistemi di ricevimento della merce integrati con il sistema dei trasporti, una gestione coordinata della navigazione fluviale, una zonizzazione delle città che consenta di ridurre il numero dei trasferimenti della merce tra un mezzo di trasporto e l'altro.

Si narra che, per tradizione, la notte di capodanno suonavano tutte le sirene delle navi nel porto di Genova, ma vi fu un capodanno in cui le sirene non suonarono. Non c'era infatti nessuna nave, perché il porto di Genova non aveva retto la concorrenza dei grandi porti europei.

Anche se l'immediata derivazione della legge 28 gennaio 1994 n. 84, contenente la riforma dell'ordinamento dei porti, è fatta risalire

alla scure del giudice comunitario⁶⁶, la prima fonte della nota vicenda che ha investito il lavoro portuale è costituita dai fatti.

I fatti, per primi, imponevano l'adeguamento dell'organizzazione portuale alle esigenze del mercato.

Occorre poi constatare che le utilità offerte dal bene demaniale, non sono determinate solo dagli usi diretti, esistono utilità potenziali non meno evidenti, anche se non sempre sfruttate.

L'evolversi della società, intesa sia dal punto di vista dei bisogni e dei desideri della collettività, sia dal punto di vista della tecnica e della sua diffusione, sia dal punto di vista economico, si riflettono in potenziali utilità dei beni del demanio.

Si pensi al demanio fluviale ed alle considerazioni svolte diverso tempo fa sull'inadeguatezza del suo sfruttamento come bene produttivo, tuttora attuali⁶⁷.

⁶⁶ Corte di Giustizia 10 dicembre 1991, n. C- 179/90, Siderurgica Gabrielli c. Merci Convenzionali Porto di Genova, in *Riv. Dir. Mar.* 1991, 1128 e segg.

⁶⁷ Cfr. F. BENVENUTI, *Il demanio fluviale* in *Atti del primo congresso di diritto fluviale e della navigazione interna*, Milano, 1962, p. 169 e ss. di cui è utile richiamare l'impostazione che traccia un percorso divenuto riferimento di tanta parte delle considerazioni, anche attuali, che la dottrina svolge in tema di rapporto tra beni demaniali e utilizzazione economica. L'Autore parte dalla considerazione che il riferimento allo Stato dell'uso pubblico può fornire la giustificazione della demanialità, ma il significato è più profondo perché si risolve in una serie di poteri che consentono allo Stato di assicurare ai cittadini l'uso ordinato del bene. I poteri spettano allo Stato non in quanto titolare e quindi tutore di una proprietà, ma in quanto tutore dell'ordine nell'uso di beni. Dalla natura del rapporto di demanialità e dalla natura delle potestà deriva il valore pratico che deve essere attribuito all'attività dello Stato in questo campo. Allo Stato non compete solo di essere il garante dell'uso ordinato del bene, ma compete di rendere possibile il miglior uso del bene, che non è suo ma è di tutti e che deve servire non tanto e non soltanto a chi di fatto o di diritto lo usa ma all'intera collettività nazionale cui realmente appartiene. Quindi il suo uso e prima ancora la possibilità d'uso, vanno visti come interessi pubblici non limitati alla ristretta cerchia degli utenti più immediati ma estesi al vantaggio di tutti i cittadini. Si introduce in questo modo il principio della utilizzazione strumentale del bene in funzione dell'interesse pubblico, che tarderà ad essere fatto proprio da una legislazione molto spesso inadeguata ma che vede il passaggio da una visione statica, ad una visione dinamica ma atomistica di un demanio fluviale come mezzo per l'esplicazione di iniziative private, ad una concezione dinamica ma unitaria di un demanio fluviale come bene produttivo in mano allo Stato.

Si pensi al trasporto fluviale, per indicare il principale uso collettivo del fiume, che non può avere grandi riflessi economici in assenza di una adeguata zonizzazione delle città che ne sono lambite.

Si pensi al cosiddetto indotto, che può incidere nella programmazione economica del bene, anche a detrimento del massimo ricavo determinato dall'uso diretto.

Un notevole campo di indagine può essere fornito dal turismo.

Ora che le funzioni in materia di demanio marittimo sono conferite alle regioni e agli enti locali (art. 105 del D.lvo 112/98) dopo che per lungo tempo è rimasto inattuato l'art. 59 del D.P.R. 616/77, dovrebbe cominciare a vedersi una gestione delle spiagge calata nella realtà locale, ed inserita in una programmazione integrata delle varie discipline riconducibili alla materia del turismo.

Sarebbe quindi riduttivo pensare all'uso collettivo delle spiagge come diritto di godimento imputato alla comunità locale, in quanto, dacché si è imposto come prevalente un uso turistico del bene, la collettività che ha sfruttato la possibilità di godimento diretto è stata sempre più ampia della collettività locale. Forse nei primi tempi del turismo di massa si poteva ancora qualificare un interesse differenziato della collettività nel contesto di un'economia di tipo familiare, nella parte che offriva i servizi di cui il turista ha bisogno. Ora non più, perché il livello degli interessi economici e la concorrenza a livello internazionale impongono forme di organizzazione in cui vi è la netta separazione tra investitori e gestori e nessun radicamento né degli uni né degli altri con il territorio in cui si trova il bene. In tale situazione il valore del bene non è commisurabile alla possibilità di circolazione e neppure alla rendita che può derivare dalla concessione del suo uso, ma in ragione dell'indotto che è idoneo a generare.

Non sembra quindi possibile escludere questi parametri nell'amministrazione del bene.

La compatibilità con il pubblico uso (art. 36 cod. nav.) nella distribuzione degli stabilimenti balneari o dei punti di ristoro o delle altre attività che normalmente si concedono sulle spiagge deve essere valutata alla luce dei flussi turistici, delle esternalità prodotte sulla

comunità locale, degli investimenti economici, della pianificazione urbanistica dei territori retrostanti.

E ciò in quanto il bene demaniale a vocazione turistica è inserito in un sistema che si può agevolmente definire economico, non diversamente da quanto avviene per i porti dove questa evidenza è forse più immediata⁶⁸.

Nella gestione del demanio portuale, per fare un altro esempio, sono le stesse disposizioni della l. 84/94 a fornire la guida di queste osservazioni.

La valutazione relativa al rilascio di una concessione di banchine o di aree portuali è fondata sulla programmazione diretta all'incremento dei traffici e alla produttività del porto, tanto che il mancato raggiungimento degli obiettivi programmati è causa di revoca della concessione (art. 18 l. 84/94).

Ed alla stessa logica risponde il rapporto tra concessioni e spazi operativi da riservare alle imprese non concessionarie, e così pure il rilascio di autorizzazione per le operazioni portuali (art. 16 l. 84/94).

Si può notare allora che proprio il regime demaniale costituisce una leva utile per gestire un fenomeno economico più ampio, leva

⁶⁸ BENVENUTI, *Il demanio marittimo tra passato e futuro*, in *Riv. dir. Nav.*, 1965, p.154. Questo articolo è citato soprattutto dalla dottrina navigazionista per sostenere la necessità di tenere distinto il demanio portuale dal demanio costiero. E' però da rilevare che tale distinzione è il primo passo di una dimostrazione più generale, che pochi anni prima era stata svolta con riguardo al demanio fluviale, per sostenere in generale la funzione produttiva dei beni demaniali a fronte di una generale considerazione statica e conservativa dei compiti dell'amministrazione. Conviene riportare uno dei passi finali riferiti sia al demanio portuale, sia al demanio costiero "In conformità ad una concezione liberistica dello Stato, in cui questo si poneva come garante della soddisfazione dei singoli cittadini, anche il bene demaniale fu considerato dallo Stato come un oggetto da garantire per l'uso comune di tutti i cittadini. Con l'avvento dello Stato interventore nel settore economico, non si trattava più di assicurare dei beni alla libera utilizzazione dei cittadini ma di permettere che lo Stato mediante questi beni, raggiungesse le proprie finalità nell'interesse comune. In altre parole la funzione del bene demaniale divenne da finale a strumentale. Bene strumentale cioè bene produttivo, ossia capace di produrre un vantaggio economico al suo titolare e attraverso questo vantaggio economico, un vantaggio per l'intera collettività".

che verrebbe a mancare se le aree portuali fossero liberamente appropriabili.

Con ciò non s'intende sostenere che l'unico strumento per gestire questi fatti economici sia offerto dall'esclusione della proprietà privata del bene. Vi sono altri ordinamenti che riconoscono la proprietà privata delle aree portuali, inoltre solo per schematizzare si può richiamare tutta l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale dell'*essential facility* e, in generale, il controllo della risorsa cui si collegano questi fatti economici può essere recuperato disciplinando e ponendo vincoli anziché al bene, all'attività d'impresa.

S'intende però sottolineare che in un contesto nel quale concorrono sul bene, accanto all'interesse della collettività all'uso diretto del bene, anche altri interessi, e principalmente l'interesse economico sia dei singoli imprenditori, sia dello Stato, sia della o meglio delle collettività, questa concorrenza di interessi non si pone necessariamente in termini di conflitto.

Anzi si può forse affermare che vi sono due circostanze, vale a dire l'estensione del numero degli utenti concretamente, e non solo potenzialmente interessati all'uso del bene, e le esigenze dei medesimi che non sono limitate all'accesso al bene, ma richiedono servizi sul bene o ad esso collaterali, le quali rendono oggetto di sfruttamento economico proprio l'uso collettivo.

Si può in pratica considerare che vi è uno sfruttamento economico dell'uso generalizzato del bene non necessariamente diretto, ponendo cioè l'uso del bene come oggetto di transazione, ma, si potrebbe dire, in via mediata, ammettendo quindi l'uso collettivo del bene, come la possibile fonte di un'economia che gli gravita attorno.

Si può cioè osservare che la contrapposizione tra valorizzazione economica del bene e regime demaniale, con particolare riguardo al regime della riserva, si pone in relazione solo ad una tra le possibili forme di sfruttamento economico, quella emergente dal valore di scambio e più in generale riguardo a fatti economici fondati sulla proprietà del bene.

Se invece si considerano altri fatti economici, quali per esempio la possibilità di creare un mercato di servizi in concorrenza all'interno di un porto, proprio il regime della riserva può essere uno strumento (non l'unico, ma neppure un ostacolo) per consentire un governo maggiore di situazioni nelle quali il controllo della risorsa può comportare il rischio di comprimere le potenzialità espansive che ruotano intorno ad essa.

Si intende in conclusione porre in rilievo che la riserva si presenta come tecnica, più che come feticcio, da valutare per la sua efficienza nel risolvere i problemi legati alla garanzia di accesso al bene ed insieme, senza con questo escludere la possibilità di evenienze confittuali, nel consentirne lo sfruttamento economico.

2.2. *Uso pubblico e interesse pubblico*

Si è accennato all'uso collettivo come riflesso dell'inappropriabilità a titolo individuale e colto questo dato in rapporto alle funzioni amministrative, nel senso di vedere in esse un mezzo per garantirne l'effettività.

Nelle discipline amministrative, ed anche in dottrina, ricorre più frequentemente un'altra locuzione in luogo di uso collettivo.

E' frequente il riferimento all'uso pubblico.

Ma anche qui l'estensione del concetto a significati più ristretti o più ampi dipende dalle diverse impostazioni teoriche.

Uso pubblico è considerato sia l'uso che lascia intatti i beni per gli usi degli altri, ma anche l'uso che importa una sottrazione di una parte all'uso degli altri⁶⁹ ed è talvolta riferito anche all'uso diretto dell'ente pubblico titolare della funzione sul bene⁷⁰.

⁶⁹ RANELLETTI, *Concetto*, cit in *Scritti*, cit. p.151.

⁷⁰ Su questa impostazione ci si soffermerà nel secondo capitolo, dove si noterà un particolare atteggiarsi della nozione di strumentalità dei beni del demanio come reazione all'indirizzo regionalista degli anni '70. Cfr. CORBINO *Il demanio marittimo. Nuovi profili funzionali*, Milano 1990

Occorre quindi accennare alla diverse impostazioni che si riflettono sull'estensione da attribuire all'espressione uso pubblico, perché tale estensione comporta rilevanti conseguenze in ordine alla disciplina del bene. Se per esempio si dice che l'uso pubblico comprende sia l'uso diretto della collettività, sia l'uso diretto dell'ente, l'uso pubblico non vale come discrimen della categoria che qui si prende in esame.

Fino ad ora si è, infatti, evitato di adoperare questa espressione per richiamare il tratto tipico dei beni in esame, preferendo altre locuzioni quali uso collettivo, uso comune, godimento aperto a tutti, volendo indicare l'uso del bene che non comporta diminuzione della possibilità di utilizzazione da parte di altri.

Conviene partire da una nota impostazione tradizionale in materia di usi.

Tradizionalmente, pur nel più ristretto ambito dei beni demaniali destinati all'uso pubblico, si distinguono due tipi di beni.

Da un lato i beni che compiono la loro funzione mediante un uso che lascia intatto l'uso di altri, come la strada, il lido del mare, il corso d'acqua considerato per l'uso della navigazione.

Dall'altro i beni che compiono la loro funzione mediante un uso che importa una sottrazione all'uso degli altri, come un corso d'acqua destinato alla derivazione per usi agricoli, industriali eccetera.

In realtà, se con il termine beni si fa riferimento alle cose (la spiaggia, il fiume, le strade), vista la possibilità che le stesse cose prestano diverse utilità, la distinzione va più propriamente ricondotta alle forme di utilizzazione

Alle diverse forme di utilizzazione e non alla diversità delle cose è, infatti, riconducibile questa distinzione, quando si dice che sia per l'uso pubblico sui "beni della seconda maniera", sia per questi stessi usi sui "beni della prima maniera" è necessario negare a tutti qual-

siasi pretesa giuridica e far sorgere tale facoltà in ognuno, di volta in volta, con un atto di concessione⁷¹.

Sempre alle diverse forme di utilizzazione, e di conseguenza alle diverse utilità rese dalla cosa, ed in questa accezione si può parlare di diversi beni, si può intendere la distinzione tra beni di proprietà collettiva, dove si esercitano diritti della collettività, e beni a destinazione nazionale che sono riservati a quei membri della collettività che ne richiedono l'utilizzazione dal punto di vista degli interessi generali, quando si è notata, infatti, l'esistenza di "beni di proprietà collettiva i quali hanno assunto, in ordine a certe utilizzazioni, i caratteri dei beni di proprietà individuale a destinazione nazionale".

Si è affermato che, in relazione a queste utilizzazioni, i beni di proprietà collettiva sono in situazione simile a quella dei beni di proprietà individuale: lo Stato non li fa utilizzare dalla collettività e li riserva a quei componenti la collettività che ne chiedono l'utilizzazione migliore dal punto di vista degli interessi generali.

La funzione di taluni beni di proprietà pubblica individuale appare identica a quella di certi beni di proprietà collettiva e identici sono anche i procedimenti amministrativi di disposizione delle utiliz-

⁷¹ Cfr. RANELLETTI, *Concetto ... Teoria*, cit, in Scritti, cit. p. 151 "Vi sono beni, i quali compiono la loro funzione mediante un uso, il quale importa su di essi un'occupazione soltanto momentanea, lasciandoli intatti per l'uso degli altri possibili utenti, cosicchè la loro potenzialità di soddisfazione del bisogno, cui sono destinati è indefinita; così per esempio una strada, il lido del mare, il corso d'acqua considerato per la navigazione. E vi sono beni, i quali compiono la loro funzione mediante un uso, il quale importa una sottrazione di una data parte dei medesimi all'uso degli altri, e per conseguenza la loro potenzialità di soddisfazione del bisogno è limitata; così un corso d'acqua destinato alla derivazione per usi agricoli, industriali etc. E questi usi sono possibili come destinazione secondaria anche sopra beni destinati in via principale ad un uso, che importi solo un'occupazione temporanea della cosa, così, per es. l'uso della derivazione di un corso d'acqua destinato alla navigazione. L'uso pubblico sui beni della seconda maniera e questi stessi usi sopra i beni della prima maniera non possono essere liberi senz'altro a tutti, perchè con ciò si verrebbe a rendere impossibile e a negare la funzione stessa del bene".

zazioni (che sono concessioni) e identica la tutela delle situazioni soggettive dell'amministrazione (autotutela)⁷².

Sotto il profilo oggettuale, quindi, poiché la stessa cosa si presta a diverse utilizzazioni e a diverse forme di sfruttamento anche economiche, a vincolare l'uso del bene interviene la destinazione all'uso pubblico.

E' però da chiedersi fino a che punto il concetto di destinazione all'uso pubblico sia traducibile in vincoli oggettivi e non sia invece rimesso a valutazioni di chi governa gli usi del bene. Per i motivi appena visti, infatti, la nozione di uso pubblico rischia di essere generica e dissolversi quindi nell'orbita del più generale interesse pubblico, facendo venir meno di conseguenza la stessa utilità di utilizzare il concetto di destinazione. Invero se l'uso pubblico comprende tutti gli usi finalizzati al perseguimento dell'interesse pubblico, conviene mettere da parte i vincoli del bene e concentrare l'attenzione sui vincoli del soggetto pubblico e della sua attività.

Per esemplificare le conseguenze di una nozione generica di destinazione all'uso pubblico si possono immaginare due evenienze, vale a dire: una concorrenza di utilizzazioni le quali siano entrambe del tipo che importa una sottrazione all'uso degli altri, e una concorrenza di utilizzazioni nelle quali solo una di esse sottrae il bene all'uso degli altri.

Quanto alla prima, si prenda il solito esempio della derivazione d'acqua del fiume e s'immagini che vi siano due richieste, una di derivazione per scopi irrigui e un'altra per scopi idroelettrici.

Se tra le due domande vi è concorrenza, nel senso che non possono coesistere due derivazioni, la scelta dell'una rispetto all'altra dipenderà da una valutazione relativa all'interesse pubblico.

Non ci si sofferma sugli elementi di valutazione dell'interesse pubblico, perché qui interessa focalizzare un altro aspetto.

Giova mettere in evidenza, infatti, che la "destinazione del bene" non è risolutiva, neppure facendo leva sulla pertinenza

⁷² GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 71 – 73.

dell'utilizzazione ai bisogni della collettività, perché entrambe le utilizzazioni dell'esempio, soddisfano questo requisito.

Interessa cioè focalizzare il fatto che la preferenza tra le due utilizzazioni si risolve sul piano dell'interesse pubblico, non già sul piano della destinazione.

Ci si sofferma ora sull'altra possibile evenienza. Come detto, l'altra evenienza si presenta quando sono a confronto un uso che importa una sottrazione all'utilizzo degli altri, del tipo di quelli appena citati, rispetto ad un uso collettivo, inteso come godimento che non sottrae utilità ad altri, cioè che consente il contemporaneo utilizzo del bene da parte di altri soggetti.

Si pensi allo stabilimento balneare che consente l'uso della porzione di spiaggia solo a chi corrisponde il prezzo dei servizi offerti, rispetto alla stessa porzione di spiaggia lasciata libera per il godimento di chiunque. Oppure si pensi alla realizzazione di un terminal portuale rispetto alle banchine su cui si svolge in libera concorrenza l'attività di più imprese portuali.

Se i due modi d'uso, sia quelli che lasciano intatti gli usi di altri utenti, sia quelli che sottraggono la possibilità dell'uso per tutti, sono considerati entrambi espressione di un uso pubblico sul presupposto che entrambi soddisfano gli interessi della collettività attraverso il bene, ci si ritrova nella condizione del primo esempio.

In sintesi quanto più ampia è la nozione di uso pubblico, ed in senso più generale, quanto meno preciso è il contenuto della destinazione, tanto meno è possibile fondare criteri di valutazione sulla destinazione del bene. A maggior ragione le considerazioni appena svolte valgono in tutti i casi in cui si ammette che un bene possa avere più destinazioni.

In tutti questi casi in luogo di un criterio di decisione fondato sulla destinazione del bene si utilizza un criterio fondato sull'interesse pubblico che va, per così dire, a riempire di contenuto il recipiente della destinazione.

2.3. Interesse pubblico e vincolo di destinazione

Questi aspetti vanno ora considerati riguardo alla possibilità di identificare la destinazione del bene in previsione di verificare se essa costituisca un criterio idoneo per mantenere i vincoli pubblicistici pur nell'ipotesi di un'eventuale privatizzazione.

Se si ritiene che la destinazione si traduca in un indirizzo di utilizzazione, o meglio in una tipizzazione di questa⁷³ rispetto alla possibilità di libera scelta del modo o del tipo di godimento, un primo problema è quello di ancorare ad un criterio giuridico l'individuazione della destinazione del bene.

Un secondo problema deriva dal fatto che non appare possibile riferirsi ad un criterio fondato sulla funzione o sulla destinazione del bene, quando si ammette la possibilità che lo stesso bene adempia più funzioni, o in termini diversi ma equivalenti, che oltre ad una destinazione principale ve ne può essere una secondaria.

Inoltre, siccome la destinazione non può essere ricavata dai caratteri oggettuali della cosa date le diverse possibilità d'uso che ogni cosa presenta, s'impone di ricavare la destinazione dal regime giuridico del bene.

Si dice, infatti, che occorre spostare il focus del regime giuridico dal soggetto alla cosa⁷⁴.

Occorre tuttavia sondare l'applicabilità di tale criterio in relazione a quanto appena osservato in generale a proposito del contenuto della destinazione ed in particolare per quanto riguarda i beni ad uso collettivo.

Si deve considerare allora che nel regime del bene è decisivo il ruolo dell'inappropriabilità. Se n'è accennato a proposito dei limiti al potere di disposizione, ma vale in generale per i vincoli posti all'uso del bene. E' l'inappropriabilità la prima fonte di tali vincoli, sia nella

⁷³ Per una definizione della destinazione come tipizzazione degli usi cfr. PALMA, *Beni di interesse pubblico e contenuto della proprietà*, cit. cap. IV e V.

⁷⁴ In questi termini PALMA – FORTE, *Beni pubblici in appartenenza privata*, cit. p. 292

prospettiva qui seguita, sia facendo rientrare il divieto di sottrazione alla destinazione quella che viene definita come indisponibilità o in-commerciabilità relativa, che cioè colpisce tutti i rapporti giuridici, diversi dal dominio, aventi ad oggetto utilitates fornite dai beni.

In altre parole la destinazione è una sintesi verbale degli effetti vincolistici determinati dalla carenza di legittimazione all'appropriazione privata del bene o di alcune sue utilità⁷⁵.

Quindi, se si fa leva sulla destinazione per ammettere la circolazione del bene, sul presupposto che il bene possa conservare le qualità per le quali è demaniale pur estromettendo la riserva, si va incontro ad un'aporia e più in generale si rinuncia a prendere in esame una parte essenziale del regime del bene.

Vi è inoltre una seconda obiezione, che si richiama ai problemi accennati a proposito dell'individuazione del contenuto concreto della destinazione.

Anche se si circoscrive il regime del bene al regime amministrativo, eliminando quindi l'aspetto privatistico dell'extracommercialità, vengono in rilievo tutte le disposizioni amministrative che riguardano il bene che, come ogni bene, e tanto più se immobile, è oggetto di disciplina amministrativa in seno a varie materie.

Non si intende qui riproporre il tema dell'inidoneità del concetto di destinazione come criterio identificativo della demanialità.

Si intende solo sottolineare che riempire di contenuto concreto il concetto di destinazione è operazione dagli esiti tutt'altro che certi, ed anche quando il regime amministrativo del bene contiene in tal senso delle indicazioni precise, occorre considerare che tali indicazioni

⁷⁵ Cfr. in proposito CAMMEO, *Demanio*, cit. p. 894 "Il principio dell'inalienabilità non serve, di regola, a far annullare alienazioni o costituzioni di servitù illegalmente compiute, poichè, data la polizia esercitata sul demanio, e data la vigilanza gerarchica esercitata sopra tutti i funzionari dell'amministrazione, tali alienazioni totali o parziali sono praticamente impossibili. Ma la regola dell'inalienabilità serve ad interpretare correttamente gli atti di disposizione, legalmente posti in essere in ordine al demanio, limitando, secondo l'interesse pubblico e la legge, i diritti che essi fanno sorgere".

non sono il prodotto di supernorme, di fronte alle quali tutto il sistema deve ordinarsi.

A titolo d'esempio, si può osservare più da vicino un caso in cui è piuttosto netta l'individuazione della destinazione del bene, isolando alcuni frammenti del sistema.

La destinazione all'uso comune è chiaramente identificata nelle disposizioni contenute negli articoli 36 e 37 del codice della navigazione.

Sia detto per inciso che le suddette regole già non trovano applicazione per i porti dove prevale la disciplina dettata dall'art. 18 della l. 84/94 e quindi non possiedono carattere generale neppure nella più ristretta categoria del demanio marittimo.

Le citate disposizioni regolano la funzione concessoria distinguendo le due forme di utilizzazione già evidenziate negli esempi proposti in precedenza, e cioè quella che non comporta sottrazione all'uso del bene da parte di altri, rispetto alla forma di utilizzazione che invece comporta sottrazione all'uso di altri. Le stesse disposizioni, inoltre, individuano i criteri di scelta nel caso in cui le utilizzazioni siano in concorrenza, cioè non possa essere assentita l'una senza con ciò sacrificare l'altra.

Stabilisce l'art. 36 del codice della navigazione che l'occupazione e l'uso esclusivo possono essere concessi compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, mentre l'art 37 cod. nav. stabilisce che, in caso di concorrenza tra più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che risponda ad un più rilevante interesse pubblico.

La locuzione uso pubblico è evidentemente adoperata nel senso più ristretto che qui si è preferito indicare come uso comune o collettivo, come si evince dalla contrapposizione rispetto all'uso esclusivo. L'uso pubblico, infatti, viene distinto dall'uso in concessione per il fatto di non essere esclusivo, e reciprocamente, il fatto di essere esclusivo non consente di qualificare l'uso come pubblico.

Si può dire che in questo caso la destinazione è indicata con chiarezza, perchè la scelta espressa dalla legislazione amministrativa è orientata a privilegiare l'uso pubblico, inteso (anche qui con precisione) nel senso di uso collettivo, dato che un uso che esclude l'uso altrui è ammesso solo se compatibile con la possibilità dell'uso aperto a tutti.

L'interesse pubblico viene dopo, e vale a scegliere non tra uso collettivo ed uso in concessione, ma solo tra due usi in concessione, (art 37 cod. nav.) sul presupposto che non vi sia interferenza con l'uso pubblico.

In questo senso si può parlare di precisa indicazione della destinazione del bene, ritenendo quindi in questo caso superato il problema accennato in precedenza dovuto alla genericità della locuzione uso pubblico.

In altre parole, la destinazione all'uso pubblico significa che l'utilità della cosa consistente nel godimento aperto alla collettività è garantita rispetto ad altre, in quanto anteposta ad esse, le quali rilevano solo per ciò che residua rispetto alla soddisfazione della prima.

Da questo punto di vista le norme del codice della navigazione delineano la destinazione del bene demaniale marittimo in modo chiaro e preciso.

Il criterio della destinazione però, come si diceva, non è espressione di una supernorma, e quindi va posto in relazione, a seguito della privatizzazione, con la valorizzazione dello sfruttamento economico del bene.

Non sembra cioè sufficiente la previsione dei citati articoli 36 e 37 del codice della navigazione per affermare che lo sfruttamento economico del bene deve arrestarsi in quanto il bene è destinato all'uso comune.

In altre parole non vi è un criterio per stabilire che la destinazione del bene sia espressa dall'art. 36 del codice della navigazione, più di quanto non sia espressa dalle disposizioni che, attraverso la privatizzazione, mirano allo sfruttamento economico del bene.

Nella prospettiva della destinazione, lo sfruttamento economico e l'uso collettivo sono riconducibili su uno stesso piano, e ne deriva che la scelta tra l'uno o l'altro non può che essere rimessa ad una valutazione dell'interesse pubblico, rispetto alla quale la destinazione rimane un'ombra sullo sfondo.

2.4. Destinazione del bene e privatizzazione

Ci si sofferma ora sull'idoneità della destinazione a risolvere quelli che appaiono i due problemi più rilevanti posti dalla possibilità di privatizzare il bene, vale a dire il problema del rapporto tra la prerogativa di tutti all'uso del bene ed il suo sfruttamento economico, e quello ad esso legato del ruolo dell'autorità rispetto al mercato.

Ai modelli fondati sulla destinazione del bene sembrano riconducibili sia le teorie che vedono la sostituibilità dell'appartenenza pubblica con quella privata purché gravata dai vincoli derivanti dalla destinazione del bene, sia le teorie che vedono la Patrimonio Spa e la Infrastrutture Spa come soggetti che, pur assumendo una veste privata, sono da considerare sostanzialmente pubblici.

Esse affermano, come accennato, la preminenza dell'aspetto oggettivo, vale a dire il regime del bene, sull'aspetto soggettivo, vale a dire la titolarità soggettivamente pubblica.

Tuttavia le locuzioni soggettivo e oggettivo rischiano di essere scivolose.

Se infatti si considera che il concetto di destinazione è strettamente legato allo schema della proprietà individuale, e che il contenuto concreto della destinazione, per quanto appena osservato, tende ad essere determinato da una valutazione relativa all'interesse pubblico, si può notare l'inevitabile attrazione del polo soggettivo che

si presta a tradurre ogni problema della privatizzazione come problema di rapporti tra titolare del bene e autorità amministrativa⁷⁶.

Infatti, i modelli in esame non riconoscono spazio agli aspetti tassonomici (si preferisce appunto evitare la locuzione oggettivi), vale a dire ai mutamenti che l'oggetto impone alla struttura dell'appartenenza, ma anzi, secondo quanto già accennato, essi negano l'esistenza di diverse categorie di beni demaniali, o la sostanziale assimilazione del demanio nel patrimonio indisponibile⁷⁷.

Una conferma del rilievo appena svolto proviene dalla valorizzazione, nell'ambito di questi modelli, della dottrina che inquadra la demanialità nella necessità del bene alla funzione dell'ente, che forse si può considerare sfortunata, ma anche fortunata insieme⁷⁸.

La possibilità di trasferimento di diritti su beni demaniali consente, in queste ricostruzioni, nuova ribalta allo schema secondo il quale, nel caso di appartenenza a soggetti privati o ad enti pubblici

⁷⁶ Si afferma infatti (PALMA – FORTE, *I beni pubblici in appartenenza individuale*, cit. p. 293) "il soggetto pubblico, pur non proprietario, non scomparirebbe; il regime giuridico per legge del bene pubblico in appartenenza privata contemplerebbe ogni cautela atta a preservare il valore pubblico della cosa, continuando a consentire all'autorità amministrativa funzioni protettive, o di tutela che dir si voglia, di vigilanza e controllo sugli usi, e poteri di repressione di utilizzi non compatibili con il valore medesimo e la destinazione pubblica"

⁷⁷ Cfr. DUGATO, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture S.p.a.*, cit. par. 1 e RENNA, *La regolazione amministrativa*, cit. p. 257

⁷⁸ Ci si riferisce alla teoria di GUICCIARDI, *Il demanio* cit compendiata nella nota definizione secondo la quale la demanialità consiste nella necessità del bene ad una funzione esclusiva dell'ente. La sfortuna della teoria è rilevata da RENNA, *La regolazione*, cit. p. 12, nota 17, perché l'entrata in vigore del codice civile metteva in crisi questa definizione, con l'introduzione del demanio accidentale. Invero allo stesso tempo si può anche parlare di fortuna, perché nelle consuete definizioni della demanialità e nell'uso concreto della definizione da parte della prassi e della giurisprudenza, la nozione di demanio tende sempre a ricondursi al modello Guicciardiano, quantomeno con riguardo ai beni del demanio necessario.

non territoriali, i beni sono gravati da vincoli che sono, sostitutivi nella sostanza della proprietà dell'amministrazione⁷⁹.

In questa prospettiva è d'altra parte esplicito il richiamo alla "proprietà funzione" risalente al Duguit, considerato tra i fondatori della proprietà pubblica⁸⁰.

Né a differenziare questi modelli attuali dalle dottrine della proprietà pubblica vale il rilievo che queste ultime sono incentrate in senso forte sulla figura dello Stato, perchè quest'aspetto non attiene al modello proprietario.

La differenza attiene ad un altro aspetto e cioè al fatto che le teorie della proprietà pubblica si sono coniugate con le teorie dello Stato centralista burocratico e autoritario, proprie del periodo in cui sono sorte.

Infatti, tra le ragioni che sostengono lo schema in esame, vi è la considerazione del mutamento del rapporto pubblico – privato nella diversa attuale concezione dello Stato a seguito della Costituzione repubblicana⁸¹.

A sostegno inoltre dell'ipotesi ricostruttiva sulla quale ci si sta soffermando, si può aggiungere riguardo a quanto in precedenza accennato, che il concetto di destinazione appare "neutrale" rispetto alla titolarità pubblica del bene ed inoltre che non si può considerare traumatico questo passaggio se si pensa alla categoria dei beni d'interesse pubblico o si pensa al fatto che da sempre l'ordinamento conosce casi in cui la destinazione opera indipendentemente dal titolare.

Per esempio l'art. 831, comma 2 stabilisce che gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico, anche se appartengono a privati, non possono essere sottratti alla loro destinazione neppure

⁷⁹ Lo schema corrisponde a quanto sostenne Guicciardi a seguito dell'entrata in vigore del codice civile del '42 in Il concetto di demanio pubblico nel nuovo codice civile, in Stato e diritto, 1943, p. 111.

⁸⁰ Cfr. RENNA *La regolazione*, cit. p. 255 a p. 278.

⁸¹ In proposito cfr. PALMA – FORTE, *Beni pubblici*, cit. p. 285

per effetto di alienazione, fino a che la destinazione non sia cessata in conformità delle leggi che li riguardano⁸².

In sostanza, come anticipato fin dall'inizio, la possibilità di ammettere la titolarità privata di beni demaniali, gravati da un onere di destinazione, non presenta i maggiori ostacoli sotto il profilo dogmatico, e, dal punto di vista pratico, ben si presta a ricostruire il fenomeno della privatizzazione con riguardo ai beni contrassegnati da una struttura dell'appartenenza di tipo individuale.

Con riguardo ai beni ad uso collettivo restano invece aperti alcuni problemi.

Già si è accennato alla disposizione secondo la quale il trasferimento non modifica il regime dell'incommerciabilità (art. 7, c. 10 del D.L. 63/2002, convertito in l. 112/2002) disposizione che è difficile spiegare estromettendo il concetto di riserva e ritenendo assolta la pubblicità del bene attraverso la persistenza di vincoli funzionali, che sembrano trovare più diretto riferimento ad un'altra disposizione contenuta nel medesimo art. 7, quando cioè prevede il "rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici".

Sono poi da richiamare gli argomenti critici rivolti alle teorie della proprietà pubblica in merito alla funzionalizzazione del diritto di proprietà, che non vale cioè a caratterizzare i beni pubblici⁸³.

Sulla scia di questa opinione ne risulterebbe dissolto il concetto di beni demaniali, perché la funzionalizzazione del diritto di proprietà riguarda tutti i beni.

In particolare, però, si intende qui segnalare il problema che deriva dalle considerazioni appena svolte sotto il profilo dell'idoneità del concetto di destinazione come criterio per garantire insieme l'uso collettivo e lo sfruttamento economico del bene, o per stabilire la priorità dell'uno sull'altro.

⁸² Sull'argomento cfr. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici, e agli enti ecclesiastici*, cit. p. 199.

⁸³ Per un'ampia ricostruzione su questi aspetti cfr. CASSESE, *I beni Pubblici*, cit., nota 25 bis, da p. 89 a p.107.

Il problema consiste nel fatto che sembra aprirsi un'alternativa tra due letture della privatizzazione entrambe insoddisfacenti.

La prima conduce all'assorbimento della destinazione all'uso comune nel più generale concetto di destinazione all'interesse pubblico, e quindi a porla sullo stesso piano di altri interessi. In sostanza, si riporta l'accento dal regime del bene alla valutazione del soggetto chiamato a decidere quale sia l'interesse che deve prevalere in caso di conflitto.

La seconda alternativa è quella di mantenere rigidamente ferma, per questi beni, la destinazione all'uso comune⁸⁴.

Ora, però, affermare la destinazione all'uso comune, è come affermare che i beni sono destinati a non poter essere oggetto di appropriazione esclusiva.

In altri termini, per i beni in esame, il vincolo di destinazione equivale ad un indirizzo di utilizzazione del bene in modo da non escludere l'uso di altri.

Questo vincolo, tuttavia, appare incompatibile con il senso della privatizzazione.

Infatti, è il diritto di escludere che, più di ogni altro aspetto della proprietà, è in grado a dare forma giuridica alla sostanza economica fondamentale dell'istituto, perché è attraverso il riconoscimento del diritto di escludere che la proprietà è legata al mercato.⁸⁵

Vale cioè la considerazione che "se la cosa può circolare solo a patto di conservare la sua destinazione, significa che nella maggioranza dei casi non può circolare"⁸⁶.

⁸⁴ A questa conclusione pervengono l'analisi di Caputi Jambrenghi, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, cit. e l'analisi di Francario, *Privatizzazione e destinazione naturale dei beni pubblici*, cit. p. 218 e ss..

⁸⁵ In questi termini MATTEI, *Proprietà*, cit. p. 439, Cfr. anche GAMBARO, *La proprietà*, cit., p.96 -98 che precisa come l'autonomia della proprietà non si esprime nel potere di usare i beni in modo irresponsabile, ma nel diritto di escludere gli altri senza doverne motivare le ragioni. Il riconoscimento delle inclinazioni soggettive dissonanti è racchiuso e limitato al solo jus escludendi, mentre invece non è pregiudicata una valutazione collettiva delle condotte materiali del proprietario.

⁸⁶ GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p.75.

3. Il regime degli usi in prospettiva giuseconomica

3.1. La demanialità come regime di protezione dell'utilità collettiva

In estrema sintesi la questione non si incentra nella possibilità di ammettere l'intestazione di beni demaniali ad un soggetto privato, perchè, di là di quanto appena osservato tale questione è risolta (o meglio sarebbe dire saltata senza troppi problemi) dal legislatore.

L'esigenza è di individuare il modo in cui, in previsione della privatizzazione e del conferimento delle funzioni a soggetti diversi da quelli a cui il bene è intestato, si ripartono funzioni, compiti e utilità in relazione ai beni demaniali ad uso collettivo.

A tal fine, la scomposizione del regime demaniale, finalizzata ad emarginare la riserva non sembra rispondere pienamente a questa esigenza, sempre si intende con riguardo ai beni in esame.

Anzi, sembra essere proprio la riserva, intesa per il suo aspetto preliminare e per così dire neutro, il fulcro di questa forma di appartenenza.

Tale appartenenza si qualifica, infatti, per l'apertura al godimento collettivo, godimento per il quale costituisce titolo sufficiente la carenza di legittimazione all'appropriazione, e più in generale la negazione del diritto di escludere.

D'altra parte, sul fronte della titolarità, più che la riserva in sé, sembra essere in discussione la riserva correlata alla titolarità dell'ente pubblico, e cioè, come si accennava un particolare atteggiarsi della riserva derivante dall'inserimento in un contesto che considera i beni demaniali, anche ad uso collettivo, oggetto di proprietà individuale dell'ente.

In altre parole ciò che non consente in via assoluta di conciliare la privatizzazione con la riserva, è una ricostruzione nella quale quest'ultima è proiettata a garantire la titolarità dell'ente pubblico di una proprietà compatta e monolitica.

Da qui la radicalizzazione dei termini del dibattito che vede da una parte le dottrine che ritengono venute meno le ragioni per mantenere in vita il concetto di riserva, dall'altra le dottrine che non ammettono la possibilità di privatizzare i beni riservati.

Si può invece pensare a porre in discussione l'idea stessa di una proprietà compatta e monolitica, e sotto questo profilo la scelta di affidare all'autorità amministrativa i poteri di protezione dell'utilità collettiva, è riferibile non al principio dell'elasticità del dominio, ma risiede in un'esigenza di efficienza, in quanto l'attività di protezione costituisce oggetto di un servizio indivisibile, che non può essere adeguatamente garantito né dall'insieme indifferenziato dei componenti la collettività, né dai singoli componenti di essa. E' difficile, infatti, pensare ad un privato disposto ad affrontare i costi di un'attività che si risolve in un guadagno di tutti.

Si è già osservato che, per l'aspetto ora richiamato, dove viene in rilievo la dissociazione tra prerogativa di godere del bene imputata alla collettività e la funzione di protezione di tale godimento, imputata all'autorità amministrativa, la particolare forma di appartenenza di questi beni è, per così dire, frantumata fin dall'origine, e che la privatizzazione pone ora in termini più netti il momento della dissociazione su di un altro versante, vale a dire in relazione alla possibilità di dissociare la prerogativa del godimento collettivo, rispetto ad altre prerogative, al fine dello sfruttamento economico della risorsa.

In questo percorso un punto di partenza, ancorato alla tradizione dogmatica, può essere individuato nell'idea per la quale oggetto dei diritti non è la cosa, ma le utilità che dalla cosa si possono trarre⁸⁷, secondo un approccio ben presente non solo in materia di beni

⁸⁷ PUGLIATTI, *Gli Istituti*, cit, p. 292 Si fa riferimento anche al termine interesse; qui si preferisce il termine utilità, che meglio identifica l'interesse, non già in senso dinamico e soggettivo, come tensione della volontà verso un fine, bensì in senso oggettivo come nucleo tipico o tipica utilità o valore, Cfr. PUGLIATTI, *Beni (Teoria generale)* Enc. Dir. Ad vocem, p. 174. Inoltre il richiamo all'interesse con riguardo a beni che sono oggetto di attività di pubblica amministrazione, rischia di creare confusione quando ci si riferisce all'interesse che l'amministrazione deve perseguire.

in generale⁸⁸, ma anche più specificamente in materia di beni pubblici⁸⁹.

Si è affermato “Il fatto che certi beni non possono essere che dello Stato dipende dalla circostanza che tali beni sono presi in considerazione dall’ordinamento solo per quell’utilità che dà il contenuto di una funzione o di un servizio statale”⁹⁰.

⁸⁸ Per una ricognizione generale di questa impostazione cfr. COSTANTINO, *I beni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, Torino, 1982 vol. 7, p.5 e segg., e dottrina ivi citata.

⁸⁹ Cfr. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit. p. 60 e segg. dove viene rilevata la possibile convergenza di due diverse discipline sulla stessa cosa: il bene collettivo, oggetto di diritti collettivi può essere oggetto di destinazione pubblica (p. 62), e dove si rileva in relazione a beni privati per i quali è costituito un diritto collettivo di godimento, che i poteri di amministrazione del bene sono strettamente limitati dall’oggetto del diritto collettivo, restando tutte le altre utilitates fornite dalla cosa nella disponibilità del proprietario, come contenuto del suo diritto (p. 182). Cfr. inoltre l’ampia disamina di CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell’uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979, capitolo II, p.41 e segg. ed ivi il richiamo all’elaborazione civilistica, dove collega la nozione di bene come utilità al fenomeno della destinazione che si manifesta in tutte le fattispecie di previsione normativa specifica di un’attività di utilizzazione del bene, che quando è prevista dall’ordinamento costituisce una qualifica del bene. (p.57). PALMA, *Beni di interesse pubblico*, cit., in particolare al cap. V par. III, e cap. VI, e per le ricadute di questa impostazione in relazione ai poteri amministrativi di tutela, da ultimo, ID *I beni appartenenti allo Stato* cit., p. 96 che attraverso questa lettura “non tanto e non solo in direzione delle choses, ma piuttosto e soprattutto in quella delle utilità sociale e dei bisogni collettivi che si intendono con le prime assicurare e concretamente soddisfare, coglie la logica definitoria del Cod. Nap. L’impostazione di quest’ultimo autore è ripresa da TERRACIANO, *Il demanio quale strumento di finanza pubblica*, Torino, 2004, p.66 e segg. nell’affrontare il tema della privatizzazione, ma, arrivato al dunque, non sembrano esserne tratte considerazioni decisive (cfr. in proposito le considerazioni sul lido del mare, p. 72, e p. 248. In tempi meno recenti è da richiamare la teoria economica di A. DE VITI DE MARCO, *Saggi di Economia e Finanza*, in *Giornale degli economisti*; Roma 1898, p. 133 che riporta l’esempio della proprietà boschiva dove vi è compresenza di disciplina demaniale per la parte di utilità in cui il bosco è idoneo a conservare la stabilità del suolo, e patrimoniale per la parte di utilità relativa al legname da ardere.

⁹⁰ BERTI, *Amministrazione comunale* cit., p. 187.

Si tratta ora di considerare, ed in questo senso la ricostruzione è, per così dire, teleologicamente orientata⁹¹, che la demanialità non investe tutte le utilità⁹² che la cosa⁹³ rende, e cioè che l'ordinamento,

⁹¹ L'alternativa tra le due impostazioni dell'appartenenza e dell'utilità nella teoria dei beni secondo l'approccio dei diversi autori è descritta da GAMBARO, *La proprietà*, cit., p. 47. La premessa metodologica di utilizzare un approccio teleologico per accogliere una determinata teoria dei beni al fine di accertare i poteri e le facoltà del titolare del diritto e i suoi strumenti di tutela è affermata da ZENO ZANCOVICH, *Cosa*, cit. p. 443.

Il richiamo alle teorie di Pugliatti è innanzitutto in GIANNINI, *beni pubblici*, cit. p. 34, (anche se non ne è accolta la ricaduta in termini di distinzione tra aspetto formale e aspetto sostanziale dei diritti domenicali), dove per altro si avverte che "ancor molti giuristi di diritto privato non hanno chiara la possibilità di individuare giuridicamente le svariate utilizzazioni della cosa. Un approfondita riflessione sulla teoria generale dei beni, come premessa nello studio dei beni demaniali è in CASSARINO, *La destinazione*, cit. p. 59 e segg. e in CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse*, cit. alla quale è dedicato il II capitolo. Il richiamo alla medesima teoria è qui giustificato e orientato in senso diverso rispetto agli autori citati, perché il modello è necessario ad altri fini essendo cambiato il contesto e le questioni da risolvere. Negli autori citati la teoria dei beni vale a individuare una forma di appartenenza, cioè la proprietà collettiva, differenziata rispetto alla proprietà individuale (Giannini), ovvero a identificare la proprietà pubblica in forza dell'idea di destinazione (Cassarino, Caputi Jambrenghi). Qui il modello è utilizzato per differenziare le diverse utilità sotto il profilo del regime giuridico, al fine di ammetterne l'attribuzione a diversi soggetti (per es. alla collettività l'uso gratuito, ad una società commerciale i frutti dell'uso a pagamento), o i diversi poteri in relazione al conferimento di funzioni dallo Stato alle Autonomie.

⁹² GIANNINI, *Beni pubblici*, cit. traduce questo modello in modo diverso per i beni oggetto di proprietà collettiva rispetto ai beni in proprietà divisa. La differenza consiste in questo: mentre nella proprietà collettiva il tratto saliente consiste nel godimento delle utilità della cosa, nella proprietà divisa, come nella proprietà individuale esso poggia sull'appartenenza. Nella proprietà individuale pura il proprietario concentra tutti i poteri di disposizione e di godimento e la norma tutela un solo interesse in via immediata, che è quello del proprietario, gli altri interessi tutelando invece in via riflessa, mediante limiti che essa dispone in ordine a poteri e diritti del proprietario. Nella proprietà divisa invece vi sono due interessi tutelati in via immediata, mediante l'attribuzione a due soggetti di due distinte appartenenze di utilità della cosa (p. 82). E' da osservare che sia la proprietà collettiva sia la proprietà divisa hanno un'origine dogmatica comune data dalla considerazione che "la proprietà può anche non identificarsi in un rapporto di dominio, in una supremazia morale e politica sul bene". Ne deriva che la "proprietà ... può reperirsi dovunque sia verificabile un meccanismo di utilizzazione di un bene. In altre parole, il godimento può di per sé costituire un fatto individuante di proprietà. Ne

attraverso il regime demaniale, qualifica diversamente alcune utilità⁹⁴ rispetto ad altre⁹⁵, predisponendo una tutela differenziata.

conseguenze che se la proprietà è legata a determinati fatti economici rispetto a quel fatto economico complesso che è la cosa si potranno avere più proprietà sulla stessa cosa a seconda dei fatti ordinati". "Dietro Gierke, per Filomusi e per la sua scuola la proprietà collettiva, nella sua complessa articolazione realizza un caso di "proprietà divisa in base all'utilità". Le espressioni virgolettate sono tratte DA GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit. p. 386 e 387 dedicate a Filomusi Guelfi. Qui si considera che la distinzione delle utilità della cosa e la diversa imputazione, su questa base, di poteri, compiti e utilità è elemento comune sia della proprietà collettiva sia della proprietà divisa, non vale cioè ad identificare la proprietà divisa. Nella prospettiva che qui si è adottata, il fatto che l'utilità della collettività si risolva tutta nel godimento, vale per delineare la prerogativa che spetta alla collettività, senza escludere la possibilità di individuare la coesistenza di altre prerogative.

⁹³ Si può notare che l'esigenza di scomporre l'unità del demanio pubblico era presente anche un tempo, per giustificare il diverso regime dei frutti naturali, delle acque rispetto al suolo, dei minerali. Tra le soluzioni si è fatto riferimento al momento del distacco materiale o al momento teleologico, cioè partendo dalla destinazione come causa della demanialità, si è ritenuto che è demaniale soltanto la cosa con tutte le sue pertinenze, in quanto solo questo tutto serve al raggiungimento dello scopo che l'ente ha di mira, cioè alla soddisfazione di quel dato bisogno collettivo. Per individuare l'estensione e il significato di questo tutto si è indagato sul concetto di cosa. Si sono quindi distinti gli elementi della cosa come essenziali in quanto connessi materialmente, ed essenziali per il concetto di essa. Per esempio in una strada non è essenziale l'erba della scarpata, la staccionata di riparo, gli alberi e così via, ma solo il suolo, il corpo stradale e i ponti. (Cfr. RANELLETTI, *concetto, ...- teoria*, in *Scritti*, cit. p.177 – 185.

⁹⁴ Questa impostazione si può considerare implicitamente accolta in via generale dalla dottrina anche la meno recente. Cfr. in proposito RANELLETTI, p. *Concetto*, cit. in *Scritti*, cit. p. 184, quando, portando l'esempio delle strade afferma che " non è demaniale tutto il sottosuolo, nè tutto ciò che sopra il suolo si eleva; la natura demaniale... dipende dalla destinazione, e deve quindi incominciare e cessare dove incomincia e cessa la destinazione" Cfr. inoltre GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. p. 380 a proposito del "principio secondo il quale la proprietà pubblica rispetto a tutti quei rapporti che non hanno attinenza colla particolare destinazione impressa ai beni che ne costituiscono l'oggetto, si comporta e viene regolata allo stesso modo della proprietà privata", e quindi "non sembra che esistano ostacoli alla costituzione di diritti reali parziari a favore di privati sui beni oggetto di proprietà pubblica, sempre che, naturalmente, il concorso del godimento del privato non turbi, e sia infatti affatto indipendente dalla specifica destinazione del bene"(p. 381). Ma anche nella prospettiva che considera i beni demaniali oggetto di proprietà collettiva, l'affermazione secondo la quale l'utilità che il bene è idoneo a rendere si esaurisce totalmente nelle utilità della collettività (GIANNINI, *I beni pub-*

3.2. *Utilità demaniali e utilità economiche*

Si è notato che una medesima cosa può rendere diverse utilità, e che l'utilità che consiste nell'uso comune non è l'unica che si può trarre da cose come il fiume, le strade o il lido del mare, né si può dire che le utilità diverse dall'uso comune non siano qualificate dall'ordinamento solo che sono qualificate diversamente mediante il regime demaniale, il quale è diretto ad assicurare a tutti la prerogativa di usare il bene.

In altri termini, si può enucleare una particolare situazione soggettiva qualificata per il contenuto, che consiste nella possibilità di usare il bene, ma solo in modo da non escludere il contestuale uso da parte di altri soggetti, e qualificata per la titolarità, perché è riconosciuta indistintamente a favore di tutti i soggetti dell'ordinamento.

In sintesi si può dire che l'ordinamento qualifica più utilità, ma solo una è protetta, e, come si è visto anche identificata, dalla inappropriabilità a titolo individuale⁹⁵, e, per dirla in breve, è connotata come demaniale.

E' opportuna però una precisazione. Secondo l'ordine nozionale qui accolto, l'espressione "utilità demaniale" si identifica con quella di bene demaniale, perché i beni sono le utilità che si possono trarre dalla cosa.

blici, cit., p. 54), può essere intesa nel senso che l'ordinamento qualifica come demaniale solo le utilità che il bene rende alla collettività.

⁹⁵ ZENO ZENCOVICH, *Cosa, Dig. Disc. Priv.* Sez. civ., vol IV, 1989, p.443 "la nozione di beni è una nozione eminentemente giuridica di qualificazione (appunto) giuridica di determinate entità le quali assumono rilevanza per il diritto".

⁹⁶ Cfr. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica* cit. p. 95 che pone il problema se sia possibile costituire rapporti di diritto comune sulle utilitates prestate da beni pubblici, diverse da quelle che concretizzano la destinazione pubblica loro propria.

E' vero però che il termine bene è spesso usato come sinonimo di cosa e quando si parla di beni demaniali ci si può riferire ad entrambi, ed anzi per lo più ci si riferisce alle cose.

L'una o l'altra accezione sono in ogni modo desumibili dal contesto, essendo sufficiente la precisazione una volta per tutte, sia per evitare di appesantire il discorso, sia per colloquiare con il linguaggio convenzionale.

Risuona poi l'ammonimento "*Glissez, mortels, n'appuyez pas*"⁹⁷.

La polisemia della locuzione bene appare tuttavia la spia del problema di selezionare altre utilità, contestualmente all'utilità demaniale, che pretende l'apertura della cosa al godimento di tutti.

Ciò si può spiegare constatando che l'utilità che consiste nella possibilità di godimento da parte di tutti richiama implicitamente la totalità della cosa, perché può essere difficile immaginare che su una stessa cosa possano essere compatibili il diritto di tutti all'uso, con il diritto di alcuno di escludere, nel che consiste l'enucleazione di una utilità, come lo sfruttamento economico della risorsa, che non è oggetto della particolare protezione in ragione della quale vige il regime dell'inappropriabilità.

Si possono però distinguere due piani di osservazione.

Un primo piano attiene alla qualifica della demanialità e quindi alla sottoposizione al regime giuridico di protezione, la quale opera per categorie di cose, cioè mediante il riferimento alla fisicità del bene.

Sono quindi sottoposte al regime di protezione demaniale tutte le porzioni di realtà che sono riconducibili alla categoria individuata dal legislatore mediante detto riferimento oggettuale.

Un secondo piano attiene allo svolgimento del regime di protezione che opera, per questo tipo di beni, sugli usi delle singole porzioni.

⁹⁷ SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p.117, dove si rinvia anche alla voce "*Giuristi*", p. 113, che per BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977, p. 186 è tra le sue più belle pagine.

Ciò comporta che la possibilità di utilizzazioni della risorsa a fini dello sfruttamento economico deve avvenire attraverso l'applicazione del regime demaniale, ed è in sostanza rimessa ad una valutazione di compatibilità con l'utilità protetta, e più specificamente di verifica di non sottrazione del bene all'uso collettivo, affidata all'autorità amministrativa.

In ordine a quest'ultimo aspetto, si nota che la difficoltà di rendere compatibili uso comune ed usi esclusivi cresce quando i concreti modi d'uso sono gli stessi e si riferiscono ad una stessa porzione della realtà.

Negli stabilimenti balneari, per menzionare un caso ormai classico, si fanno le stesse cose che nei tratti di spiaggia libera.

E' stato detto, "quando si attribuisce ad un privato la possibilità di utilizzare risorse della spiaggia e del lido del mare, per es. per impiantare uno stabilimento balneare, si attribuisce qualcosa che non interessa la funzionalità pubblica del bene, poiché lo stabilimento balneare è solo una comodità per i bagnanti"⁹⁸.

Però, senza voler torre di mano la clava ad Ercole, occorre distinguere.

Non sempre l'impianto di uno stabilimento balneare non interessa la funzionalità pubblica del bene.

N'è testimonianza l'attenzione della magistratura e della stampa che, periodicamente (diciamolo pure: d'estate!), si appuntano sul proliferare eccessivo degli stabilimenti balneari.

Sia detto per inciso che (d'inverno: invece!), con l'approssimarsi dei tagli minacciati dalla Finanziaria, l'attenzione è rivolta alla scarsa redditività del bene.

Questo accade, per esempio, quando, per lunghi tratti di costa l'ingresso in uno stabilimento balneare rappresenta l'unica possibilità di godere la spiaggia e il mare. Per questo profilo non solo è interessata, ma addirittura può essere compromessa l'apertura del bene all'uso comune.

⁹⁸ GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 114.

Si può evidenziare che la coincidenza del tipo di utilizzazione da parte del singolo - nell'esempio, svolgere sulla spiaggia attività di balneazione - non comporta una coincidenza di utilità offerte dalla spiaggia. Nel caso dello stabilimento balneare, l'utilità consiste nella produzione di un'entrata economica, a favore del gestore dello stabilimento e a favore del destinatario del canone; nel caso di spiaggia libera, l'utilità consiste invece nel libero godimento.

D'altra parte questa distinzione di diverse utilità, in astratto incompatibili, in quanto il diritto di escludere dallo stabilimento balneare - perché nessuno avrebbe convenienza ad offrire servizi se tutti vi accedessero liberamente - ed il diritto di tutti di accedere alla spiaggia si escludono reciprocamente, possono trovare composizione in concreto attraverso diversi strumenti.

Per rimanere nell'esempio dello stabilimento balneare, non è la singola concessione, ma la somma di tante a cagionare la compromissione della funzionalità del bene all'uso collettivo. La programmazione degli usi è quindi uno degli strumenti per consentire la coesistenza della prerogativa di tutti di godere il bene e lo sfruttamento economico. La pianificazione consente una separazione spaziale delle sfere di azione dell'inappropriabilità e dell'appropriazione esclusiva dei benefici della risorsa, e quindi consente di selezionare in concreto l'utilità che consiste nello sfruttamento economico del bene attraverso l'offerta di un servizio e l'utilità che consiste nell'uso libero del bene stesso che cioè può svolgersi senza acquistare servizi.

In questo caso, la possibilità per l'utente di scegliere tra le due alternative comporta che il prezzo per l'accesso allo stabilimento è commisurato al servizio offerto e non al servizio sommato all'accesso al bene. In altri termini la selezione dell'utilità avviene circoscrivendo gli effetti del diritto di escludere ad un ambito spaziale, in modo che tali effetti non si risolvano nell'esclusione all'accesso della risorsa.

Altri casi che si citano come esempi di modelli di coesistenza tra uso collettivo e utilizzazione economica sono i pedaggi autostradali, i

biglietti di ingresso nei musei, nei parchi ecc., e altri nei quali si riscontrano gestioni economicamente produttive⁹⁹.

Il problema della garanzia dell'uso collettivo si presenta qui correlato ai temi della gratuità e dei diritti fondamentali¹⁰⁰, e ciò evidenzia che la compatibilità dell'utilizzazione economica con la libertà riconosciuta a tutti di usare il bene dipende dall'entità del costo per accedere all'uso e dalla possibilità di valersi di mezzi alternativi.

Non potrebbe ammettersi, paradossalmente, che l'accesso a tutte le strade fosse sempre a pedaggio anche per percorrerle a piedi.

Inoltre, data la scarsa efficienza in termini di scorrevolezza che attualmente affligge le strade, occorre qualcosa di più, ed infatti i pedaggi autostradali non sono lasciati al libero mercato, ma sono soggetti ad una determinazione politico amministrativa come è quella del CIPE.

In altre parole, il controllo pubblico delle tariffe e l'esistenza di alternative sono elementi indispensabili per consentire la coesistenza tra uso collettivo e sfruttamento economico delle strade.

Le considerazioni appena svolte, e gli esempi citati sembrano quindi indicare che il regime demaniale si frappone tra l'utilità che consiste nell'uso comune e le altre utilità che la cosa è idonea a rendere, sostituendo la struttura gerarchica al mercato.

E' opportuno soffermarsi brevemente su questi aspetti.

3.3. *Struttura gerarchica e mercato*

L'approccio economico induce a valutare il sistema sotto il profilo dell'assetto allocativo ottimale.

⁹⁹ CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica ...*, cit. p. 23

¹⁰⁰ Sulla gratuità già RANELLETTI, *Concetto*, cit., sull'uso pubblico come esplicazione di un diritto di libertà, SANTI ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in *Trattato di diritto amministrativo* diretto da V.E. Orlando, vol. I, Milano 1990, p. 188 e segg.

La questione iniziale si pone nel senso di stabilire quando sia appropriato un regime giuridico di appartenenza privata dei beni¹⁰¹, e si può osservare che, per quanto esposta in termini generalissimi, essa conduce direttamente al centro del tema in esame, se si considera che, come accennato, nei beni ad uso collettivo vi è una situazione di appartenenza molto simile alla situazione di non appartenenza.

Per richiamare sinteticamente i termini della questione, si constata che l'appartenenza si giustifica come rimedio alla "tragedy of commons" secondo il termine di un esempio scolastico la cui morale è questa. Fino a quando le risorse sono più abbondanti delle esigenze conviene che non sia regolata nessuna situazione di appartenenza come nel mito dell'età dell'oro. Ma appena si rompe questo equilibrio, l'assetto della comunione non regge. Ciascun individuo tenderà ad appropriarsi del maggior numero possibile di risorse, perché ne riceve interamente i benefici, mentre i costi si ripartiscono tra tutti.

La tragedia della comunione, che consiste nella perdita di tutte le risorse, comporta, in presenza di risorse limitate, che non possono esistere cose, ma solo beni, ovvero utilità che il diritto in qualche modo regola.

La regolazione si colloca già in una situazione di appartenenza, perché solo la negazione di una qualsiasi forma di appartenenza esclude la possibilità di scelta nel regolare l'uso di una determinata risorsa.

Regolare giuridicamente implica l'attribuzione di obblighi e diritti ai soggetti dell'ordinamento e la creazione di un apparato istituzionale diretto a rendere effettivi tali diritti e obblighi.

Vi è poi un'ampia libertà di scelta in questa regolamentazione, offuscata solo dal fatto che la tradizione storica offre alcune forme principali di appartenenza alle quali si fa istintivo riferimento¹⁰².

¹⁰¹ Su questi temi, COOTER, *Il mercato delle regole*, cit.

¹⁰² Cfr. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica Zatti, p. 5 e segg.

La situazione di appartenenza però non vale in ogni caso a scongiurare la tragedia. Diventa decisivo il modo in cui la situazione di appartenenza è regolata. Consueto è l'esempio dell'organizzazione cooperativa kolhoziana, dove i contadini abbandonavano i terreni destinati a conferire i prodotti alla cooperativa, per concentrare i propri sforzi negli orti i cui prodotti erano oggetto di proprietà individuale¹⁰³. Ma vi sono rischi anche sul versante opposto.

Per esempio, come nessuno coltiva per regalare il suo prodotto al primo che passa, altrettanto nessun privato affronterebbe i costi per la realizzazione e la manutenzione di un faro, perché avrebbe solo costi e nessun vantaggio, data l'impossibilità di richiedere un pedaggio alle navi che transitano al largo. E' quindi necessario l'intervento statale in ragione della "natura pubblica del bene", secondo il significato attribuito a questo termine dagli economisti.

Nella descrizione degli economisti si definiscono beni privati, i beni il cui uso è esclusivo, tale cioè che il loro utilizzo da parte di una persona ne preclude l'utilizzo ad altre, (vi è rivalità nel consumo). Al polo opposto si situano i beni pubblici per i quali non vi è rivalità nel consumo (il consumo è indivisibile)¹⁰⁴.

Si ritiene quindi più efficiente che i beni privati siano posseduti da privati ed invece i beni pubblici siano posseduti collettivamente, in altre parole l'efficienza richiede che i beni privati ed esclusivi siano controllati da individui, e che invece i beni indivisibili e a consumo non rivale siano controllati da grandi gruppi di persone come lo Stato.

Questa relazione è esemplificata sostenendo che, dato il consumo rivale, i beni privati devono essere usati e consumati da individui

¹⁰³ L'esempio è consueto. Qui è tratto da MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, in particolare p.50 e segg. e 164 e segg., e *La proprietà immobiliare*, Torino, 1993, in particolare p.34 – 37, 84 – 87, 294 – 299 al quale si rinvia anche per il seguito del discorso in tema di natura "pubblica" dei beni.

¹⁰⁴ Sulla differenza tra beni pubblici e privati in ambito economico e giuridico e per la relazione delle due nozioni COOTER, *Il mercato delle regole*, cit. in particolare p. 122 e seguenti

e non goduti nella medesima maniera da tutti. L'efficienza richiede, infatti, l'uso e il consumo di ciascun bene privato ad opera della persona che li valuta maggiormente. In un libero mercato gli scambi avvengono sino a quando un bene è posseduto dalla persona che lo valuta di più. Una volta riconosciuto un diritto di proprietà, il titolare di tale diritto può escludere gli altri dall'uso e dal consumo dell'oggetto di quel diritto salvo che dia il proprio consenso. Il potere del titolare di esclusione incanala l'uso e il consumo dei beni privati nel circuito dello scambio volontario, che alimenta l'uso efficiente di tali beni.

Di contro, la struttura fondamentale dei beni pubblici impedisce l'uso della negoziazione per il raggiungimento dell'efficienza. Si fa l'esempio di un tram senza conducente che può essere fatto viaggiare inserendo il denaro in un congegno elettrico. I viaggiatori si accorgono che è sufficiente che qualcuno paghi affinché il tram si muova, garantendo in tal modo una corsa gratuita a tutti gli altri. A causa dei *free riders* (coloro che non pagano per il proprio consumo di un bene pubblico) non verrà messo nel congegno denaro sufficiente e quindi la compagnia proprietaria dei tram fornirà meno tram di quanti non siano richiesti dall'efficienza. In generale i mercati forniranno una quantità insufficiente di beni pubblici perché i fornitori privati non sono in grado di escludere gli utenti che non pagano la loro quota di costi¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Per questi esempi e queste considerazioni COOTER, *Il mercato delle regole*, cit. p. 122 e 123. Ma già GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 34 e seg. Rilevava che la proprietà collettiva non può che sussistere in ordine a certi beni o in ordine a certi modi di utilizzazioni di certi beni. Così i beni che rendono servizi indivisibili per natura, cioè servizi che non possono essere misurati né ordinati in relazione ai soggetti che ne beneficiano, ossia non sono individuali in rapporto all'utilizzazione dei soggetti. Ne sono esempi le vie pubbliche, i giardini pubblici, i laghi pubblici. Nessuno potrebbe mai stabilire una misura dell'utilizzazione di uno di questi beni da parte di ciascuna persona fisica. Così ancora i beni che pur potendo rendere servizi divisibili, in concreto non li rendono o non li possono rendere o per cause dipendenti dalla volontà dell'uomo, come per es. il parco che si vuole conservare al pubblico godimento per la sua bellezza; o per cause economiche, come per es. la piccola sorgente che sgorga in zona povera di acqua che si vuole sottrarre allo sfruttamento di privati; o per cause sociali, come per es. i fiumi che si vogliono sottrarre agli sfruttamenti irrazionali e distruttivi che ne farebbero i privati

In sintesi, per i beni caratterizzati da rivalità ed esclusività dell'uso la scelta più appropriata è quella di attribuire diritti di proprietà privata perché il mercato ne alimenta l'uso efficiente.

Per i beni il consumo dei cui benefici non è rivale, la proprietà privata risulta priva del suo fondamento teorico principale. Essa non è in grado di fondare un mercato e quindi di sostituire adeguatamente la struttura gerarchica¹⁰⁶.

Vi sono poi ipotesi in cui i beni presentano natura mista, presentano cioè aspetti "pubblici" e aspetti "privati", e qui si arriva al punto che interessa, perché in relazione ad essi si pone il problema della coesistenza tra uso collettivo e privatizzazione.

La sottoposizione ad un regime pubblico, o meglio l'indivisibilità e la non esclusività dell'uso dipendono da una scelta dell'ordinamento e non (o comunque non completamente) dalle caratteristiche fisiche del bene.

Come si è visto, le caratteristiche fisiche offrono la possibilità di svolgere usi rivali ed usi non rivali. In presenza di queste condizioni, cioè di astratta possibilità di benefici rivali, vi è una spinta verso l'appropriazione privata, "au profit des particuliers" e quindi la natura pubblica non deriva dall'impossibilità di fondare un mercato, come nell'esempio del faro, ma da una scelta dell'ordinamento che pone la struttura gerarchica come difesa di fronte alla tendenza a fondare un mercato.

Occorre però tener distinti, ed oggetto di separata valutazione, gli scopi per i quali in ordine a certi beni l'ordinamento esclude che la proprietà fondi il mercato, dalla tecnica mediante la quale ottiene questo risultato.

se fossero proprietari individuali; o per cause di contenuto composito, come i boschi montani, che si vogliono salvare dallo sfruttamento di rapina che ne farebbero proprietari individuali e anzi si vogliono conservare perché assicurano certe caratteristiche fisiche dell'ambiente montano.

¹⁰⁶ In questi termini MATTEI, *La proprietà*, cit. , p. 51.

Mentre la valutazione degli scopi attiene ad un momento di fondamentali scelte politiche, la valutazione della tecnica può essere condotta in termini di efficienza rispetto agli scopi perseguiti.

Il fatto che gli scopi attengano al momento politico, ossia alle scelte fondamentali dell'ordinamento, non significa che siano sottratti ad una valutazione economica. E questo vale non solo in forza di prospettive recenti dirette a dare ingresso sul piano metodologico all'analisi economica del diritto¹⁰⁷.

Si diceva, infatti, avendo a modello la proprietà individuale, che la proprietà dei beni ad uso collettivo costa anziché rendere.

Detto questo però, la scelta eminentemente politica dell'ordinamento, che in origine era intesa innanzi tutto in termini giusnaturalistici¹⁰⁸ come garanzia di libertà, è stata dettata anche da ragioni economiche, perché, come rilevava Adamo Smith, riferendosi ai mezzi di comunicazione, la spesa sociale comporta una diminuzione di spese di produzione, un ribasso del prezzo di tutti i prodotti, d'onde risulta un guadagno per la società.

Quando si disse "Nulle terre sans seigneur", le vie, le acque, le rive dei fiumi e dei mari furono bensì una fonte di reddito, ma a danno dell'economia del commercio e delle comunicazioni, quando "pedaggi e diritti di ogni specie, estorti colla violenza anche o coll'astuzia furono imposti per il loro uso"¹⁰⁹

Questo sotto il profilo degli scopi.

¹⁰⁷ Cfr. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, Torino, 1987, vol. I, p. 309 che riconduce l'analisi economica del diritto (EAL) al finire degli anni '50, anche se Postner richiama Adam Smith e Jeremy Bentham, e vede tra i padri fondatori Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker, e, in Italia, come "esempio di luminosa, ma isolata eccezione", Pietro Trimarchi. Mentre negli Stati Uniti è stata continua la crescita esponenziale di questa metodologia, in Europa e di conseguenza in Italia, prima è stata considerata una moda e solo più recentemente è oggetto di attenzione e non solo di curiosità.

¹⁰⁸ Ai motivi giusnaturalistici nella concezione demaniale accenna PALMA, *I beni pubblici*, cit. p. 98.

¹⁰⁹ CAMMEO, *Demanio*, cit. p. 848.

Sotto il profilo dell'efficienza della tecnica, la valutazione economica investe l'idoneità rispetto agli scopi.

Poiché gli scopi per i quali l'ordinamento impedisce che, riguardo determinati beni, la proprietà fondi un mercato possono essere vari - per altro non sono sempre dettati da motivi di maggiore efficienza o di interesse generale, come suggerisce la *Capture Theory of Regulation*¹¹⁰, possono infatti essere diretti a riservare la proprietà ad un solo soggetto, oppure soltanto di riservargli alcune prerogative o poteri, di assicurare un monopolio, di non discriminare l'accesso ad una rete al fine di liberalizzare il mercato dei servizi, di consentire l'uso libero di un bene ad una collettività - la tecnica più efficiente sarà quella più adeguata allo scopo.

Si prenda per esempio lo scopo di ottenere la liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità, in presenza di reti non duplicabili (o non facilmente, non immediatamente duplicabili), come per esempio le reti per la fornitura di energia elettrica, di gas, o la rete ferroviaria. La tecnica di rendere inappropriabile la rete è forse efficace per impedire che sia la proprietà della rete a governare il mercato dei servizi, ma non è efficiente sotto il profilo economico. I costi per la realizzazione e la manutenzione della rete consigliano di rendere redditizi gli investimenti e ciò è possibile solo riconoscendo la possibilità di appropriarsi in via esclusiva dei benefici della risorsa. Occorre allora cercare un compromesso, per impedire che tra i benefici derivanti dal controllo della risorsa vi rientri il potere di discriminare l'accesso al mercato dei servizi, che l'ordinamento vuole invece aperto alla pluralità dei gestori.

Nel caso delle reti il compromesso è conseguito attraverso una serie di regole che impediscono non già l'appropriazione della rete, ma precludono la possibilità che la proprietà della rete valga a condizionare il mercato dei servizi, o in altre parole, che il mercato dei servizi sia regolato dalla proprietà della risorsa. In estrema sintesi que-

¹¹⁰ Su questi aspetti cfr. MONATERI, *Deregulation*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ.*, Torino, 1989, vol. V p. 302

ste regole sottraggono al proprietario della rete il potere di escludere dal mercato dei servizi. Si potrebbe dire che il mercato fondato dalla proprietà della risorsa, che ha per oggetto di scambio il consenso all'uso della stessa è tenuto separato dal mercato dei servizi, pur se l'accesso al mercato dei servizi non è materialmente disgiungibile dall'accesso alla risorsa.

Si è in presenza quindi di una dissociazione, che si potrebbe definire funzionale, delle prerogative proprietarie, perché è separatamente regolata, o più precisamente è sottratta al fascio di prerogative che compongono la proprietà della rete, la prerogativa di escludere, ma non completamente, visto che per i gestori non è gratuito l'accesso alla rete, ma per la parte che si risolve ed è funzionale all'accesso al mercato dei servizi

Un discorso analogo si può fare per i beni ad uso collettivo.

Se lo scopo è di garantire l'apertura del bene all'uso di tutti, solo nei limiti del perseguimento di tale scopo si rivela efficiente la sottrazione all'appropriabilità privata, cioè nei limiti in cui si possono socializzare i benefici della risorsa.

Al di fuori di questo scopo la preclusione all'appropriabilità privata non è più efficiente, perché rischia di depauperare la risorsa stessa. Per ritornare all'esempio delle autostrade, si può notare che la sottoposizione ad un pedaggio a beneficio esclusivo di colui che ha il controllo della risorsa, consente una migliore percorribilità determinata sia dalla convenienza degli investimenti per la realizzazione dell'opera, sia per quelli relativi alla sua manutenzione. Anche qui vi è però una sottrazione funzionale della prerogativa di escludere, perché la determinazione delle tariffe di pedaggio è sottratta al mercato. Mentre infatti è riconosciuto al gestore il potere di escludere l'automobilista che non intende pagare il pedaggio, tale potere non può tradursi nel porre il consenso sul piano dello scambio.

In altro modo, in virtù di una dissociazione di prerogative che potrebbe dirsi dipendente da una suddivisione spaziale della risorsa, è sottratto al gestore dello stabilimento balneare il potere di appropriarsi della risorsa pubblica. La possibilità per l'utente di recarsi in

aree libere comporta che il gestore dello stabilimento non possa escludere dall'accesso della risorsa, ma solo dall'accesso ai servizi che attraverso il bene riesce ad offrire. In assenza di questa divisione spaziale, non è possibile mantenere distinta l'utilità che il bene rende attraverso l'uso collettivo, rispetto all'utilità che consiste nel suo sfruttamento economico. Non è, infatti, possibile dissociare, nel fascio di prerogative che compongono il diritto di appropriarsi in via esclusiva dell'utilità oggetto di concessione amministrativa la prerogativa di escludere dall'accesso dei servizi offerti, rispetto alla prerogativa di escludere dall'accesso alla spiaggia e al mare. Questo avviene quando, come accade spesso, l'unico modo per accedere alla bene pubblico passa necessariamente attraverso l'acquisto dei servizi dello stabilimento balneare.

3.4. Struttura gerarchica e ruolo dell'autorità

Se l'interpretazione è diretta a ricavare la "migliore regola giusta", lo scudo dell'inappropriabilità deve essere limitato alla protezione dell'uso collettivo, che comporta solo costi (per la manutenzione, per l'esposizione a responsabilità) e nessun guadagno.

Oltre questo limite è più efficiente, e risponde maggiormente all'utilità collettiva, consentire l'esclusività dei benefici.

La questione allora non si pone nel senso di stabilire a quale soggetto siano allocati i beni in parola, ma come siano allocate, a più soggetti, le diverse utilità che i beni siano idonei a rendere.

Questo però presuppone di ammettere lo "smembramento" del diritto di proprietà, che cioè si ammetta di separare e di assoggettare ad un regime giuridico distinto la prerogativa all'uso comune, rispetto alla prerogativa allo sfruttamento economico, ed ancora distinta si possa configurare la prerogativa al coordinamento di esse.

A tal proposito si è già notato che questi beni si prestano nei loro dati elementari alla lettura che qui si sta svolgendo, e forse non sarebbe esagerato affermare che le dottrine sui beni pubblici, sia pu-

re con diverso grado di intensità secondo le diverse teorie, potrebbero essere lette come l'elaborazione di forme dirette a dare compattezza ad una serie di prerogative che, per natura delle cose, si presentano disgiunte.

Invero, un regime di protezione di utilità collettiva, per le accennate considerazioni in tema di *free riders*, non può essere assicurato che attraverso l'intervento pubblico, perchè è ben difficile che un privato investa le somme necessarie per agire in giudizio per un vantaggio non proprio, ma di tutta la collettività.

Appaiono per questo aspetto utili sotto il profilo dell'elaborazione dei concetti, ma di scarso riscontro pratico, le considerazioni sulla natura dell'interesse del *quisque de populo* all'uso comune del bene, così di scarso riscontro pratico sono le considerazioni relative alla facoltà dell'autorità amministrativa di valersi dei mezzi ordinari a tutela della proprietà e del possesso dei beni ad uso collettivo, perchè si avvarrà, per ragioni di economia, anche amministrativa, degli strumenti di diritto amministrativo¹¹¹.

D'altra parte, la considerazione secondo la quale non può esservi proprietà collettiva per mancanza di un diritto in senso tecnico in capo alla collettività, presuppone una forma di appartenenza cristallizzata sul modello di una proprietà compatta che non appare idoneo a spiegare vari aspetti del fenomeno.

Di là del momento patologico, la scelta dell'ordinamento di riconoscere la prerogativa al godimento del bene in capo alla collettività, è necessariamente disgiunta dal potere decisionale, che non può che riconoscersi in capo ad una figura soggettiva.

Le altre utilità che la cosa può rendere, suscettibili di appropriazione esclusiva sono necessariamente disgiunte dall'utilità collettiva perchè le prime possono riferirsi a servizi divisibili, le seconde a servizi indivisibili.

¹¹¹ Per altri motivi, ma afferma il valore più teorico che pratico di queste questioni, già CAMMEO, *Demanio*, cit. p. 897

Inoltre, si può leggere una dissociazione tra potere decisionale e potere di appropriarsi dei frutti nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, quando afferma che l'imposizione e la riscossione del canone per la concessione di aree del demanio statale segue la titolarità dominicale del bene e non quella delle funzioni amministrative che si concretano nell'esercizio del potere concessorio o circa l'utilizzazione del bene stesso, allorché questa implichi occupazione o appropriazione esclusiva di singole sue porzioni¹¹².

Su queste ed altre considerazioni rivolte a rilevare gli aspetti della dissociazione ci si è già soffermati, e si è anche accennato che l'aver posto l'accento sullo smembramento dell'appartenenza è diretto ad una ricostruzione teleologicamente orientata a consentire il trasferimento di prerogative su beni demaniali ad un soggetto privato, per massimizzare lo sfruttamento economico del bene ed al tempo stesso di garantire l'uso collettivo.

Tutto ciò non appare invece possibile se si considera la proprietà come una monade compatta corrispondente in sostanza con il bene suo stesso oggetto.

Vi è in tal caso il rischio o di escludere in via assoluta la possibilità di affidare la gestione dello sfruttamento economico del bene ad un soggetto che si suppone maggiormente attrezzato per farlo, come normalmente si ritiene essere un soggetto privato che opera con strumenti privatistici, o di rinunciare all'utilità che consiste nell'uso collettivo del bene, o di rinunciare alla protezione di tale utilità, oppure di affidare ad un soggetto attrezzato per rendere al meglio sul mercato il doppio ruolo di massimizzare la resa economica del bene ed al tempo stesso di rappresentare la struttura gerarchica.

Con queste considerazioni non si intende negare che l'evoluzione dell'amministrazione oggettivata rinvia ad un "nuovo cittadino", non più inflessibile persecutore di interessi egoistici, e come

¹¹² Corte Cost. 21 luglio 1995, n. 343 in *Giur. Cost.*, 1995, fasc. 4, cfr. anche Corte Cost. 6 giugno 1989, n. 326.

tale incapace di scelte compatibili con interessi comunitari¹¹³. Si intende solo rilevare che se il mercato e la struttura gerarchica sono, come si dice, istituzioni alternative¹¹⁴, appare preliminare stabilire fino a che punto si estendono l'una rispetto all'altra e poi stabilire il ruolo e la natura dei soggetti che vi operano.

Se un soggetto è creato ed attrezzato appositamente per perseguire interessi individuali, che non significa individualistici, è forse più opportuno che svolga al meglio questa missione, e che gli eventuali limiti operino come limiti posti allo stesso mercato indipendentemente dagli attori che entrano in scena.

Detto questo, il richiamo alla struttura gerarchica rinvia necessariamente al ruolo dei soggetti che ne sono interpreti.

Proprio in quanto i beni di cui ci si occupa sono in grado di fornire servizi divisibili ed indivisibili e si prestano ad usi rivali e non rivali, sia per la loro natura fisica sia perché l'ordinamento qualifica entrambe queste potenzialità, la struttura gerarchica non può trovare espressione solo in regole astratte, ma richiede decisioni concrete.

Anche dagli esempi fatti finora è del resto emerso che solo attraverso la misura del caso concreto è possibile la coesistenza tra le diverse utilità della cosa.

Da qui, il ruolo da sempre assegnato all'autorità, che, fino ad oggi, ha espresso questa misura attraverso lo strumento della concessione, sulla quale è opportuno soffermarsi.

Finora, infatti, proprio la concessione ha consentito la compatibilità tra la tecnica dell'inappropriabilità con lo sfruttamento econo-

¹¹³ Su una visione del cittadino fondata sui valori costituzionali non più compatibili con la visione del cittadino eccessivamente individualistiche, di stampo giusnaturalistico ed illuministico, le quali invece sono state alla base dell'impostazione liberale dello Stato, come elemento essenziale per ammettere la proprietà privata di beni pubblici, cfr. PALMA – FORTE, *Beni pubblici*, cit., p. 285 e seg. la citazione di BENVENUTI, *Il nuovo cittadino – Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994 è scontata dopo il richiamo delle nozioni di amministrazione oggettivata e di interessi comunitari.

¹¹⁴ Sul rapporto tra mercato e struttura gerarchica, come istituzioni alternative, oltre alle segnalazioni bibliografiche citate in precedenza, cfr. MATTEI *La Proprietà*, cit. p. 3 e ivi i richiami in dottrina.

mico del bene, mediante l'appropriazione esclusiva di benefici della risorsa e, di più, con il riconoscimento di forme di appartenenza di "natura proprietaria"¹¹⁵

Un esempio è fornito dall'art. 41 del codice della navigazione, che consente al concessionario di costituire ipoteca sulle opere da lui costruite sui beni demaniali. Vi sono poi ipotesi in cui la revoca della concessione è sottoposta ad indennizzo, ed è inoltre generalmente ammesso, pur se condizionato ad autorizzazione, il trasferimento della concessione tra privati, dove quindi le utilità concesse possono essere oggetto di contratti di compravendita, di affitto etc¹¹⁶.

In questa prospettiva, visto che l'utilità è trasferita ad un soggetto privato, il quale a sua volta può trasferirla, visto che oggetto del trasferimento è un'utilità non protetta dal regime demaniale, non sembra potersi escludere la possibilità di trasferire ad un soggetto

¹¹⁵ Cfr. DE CUPIS, *La proprietà superficiaria*, cit. p. 351 che osserva come il diritto del concessionario consista in un potere immediato e diretto sull'utilità oggetto di concessione, sia valevole verso tutti i consociati, ed ha quindi natura assoluta. E' giuridicamente disponibile e trasmissibile, sia pure col temperamento consistente nella previa autorizzazione dell'amministrazione concedente o nella sua conferma. Ha quindi i caratteri della proprietà privata, considerata così nel suo genere come nella specie consistente nella proprietà superficiaria. Dunque nel diritto del concessionario è rinvenibile qualche elemento pubblicistico inerente alla sua origine giuridica, al rapporto coll'amministrazione concedente, e alla natura demaniale del suolo, ma lo stesso diritto, in quanto consistente nella facoltà di godimento, e sfruttamento spettante al concessionario per il suo proprio vantaggio e comprensivo del privato potere di disposizione giuridica, è una proprietà privata, atta a soddisfare il privato interesse dello stesso concessionario: proprietà tutelata erga omnes coi normali strumenti del diritto privato, vale a dire le ordinarie azioni petitorie, possessorie e risarcitorie: proprietà privata seppur sottoposta ai limiti stabiliti dalla legge

¹¹⁶ La giurisprudenza riconosce da sempre piena validità al trasferimento di tutti o di parte dei diritti da parte del concessionario a terzi. Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 29 maggio 1982, n. 3324. Per una ricognizione generale sul tema cfr. GALLETTO, *Demanio (negozio di diritti privato sul)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. civ. Vol. V*, Torino, 1989, p. 171. D'altra parte l'assenza di autorizzazione dell'ente concedente non incide sulla validità o sulla liceità della causa del negozio di cessione e nemmeno sull'idoneità dell'oggetto, salva la revoca della concessione per inosservanza del divieto di cessione in carenza di autorizzazione che ha mera efficacia obbligatoria nei confronti della P.A..

privato oltre a detta utilità, lo stesso potere di disporne, consentendo che vi provveda con strumenti privatistici. E' quindi da vedere quali possono essere le possibilità e i limiti di questa sostituzione del soggetto privato al posto del soggetto pubblico e dello strumento privatistico al posto di quello pubblicistico.

4. Poteri di garanzia e poteri di disposizione

4.1. Uso in concessione e riserva

Tradizionalmente, nelle trattazioni riguardanti il demanio, la funzione concessoria è inserita nel capitolo degli usi, e vale a connotare gli usi eccezionali secondo una classificazione, oppure gli usi particolari secondo altra impostazione¹¹⁷.

In base alla prima classificazione, gli usi sono distinti in tre categorie: l'uso comune, l'uso speciale e l'uso eccezionale.

L'uso comune è quello conforme alla destinazione primaria del bene. Chiunque vi è ammesso, senza bisogno di un particolare atto amministrativo. L'uso speciale è anch'esso conforme alla destinazione primaria del bene, ma necessita di un atto permissivo. L'uso eccezionale non è conforme alla destinazione del bene e quindi può essere esercitato solo in forza di un atto di concessione.

Questa classificazione è stata criticata perché, si osserva¹¹⁸, spesso, attraverso usi consentiti a mezzo di concessioni, viene realizzata una funzione primaria (o comprimaria) del bene pubblico, e gli usi per i quali sia previsto un particolare atto permissivo sostanzialmente non si differenziano dall'uso comune.

¹¹⁷ L'angolazione dalla quale sono qui considerati gli usi dei beni consente di sintetizzare i risultati di studi più ampi ed approfonditi. Per tali approfondimenti si rinvia a CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse...* cit. Cap. V

¹¹⁸ CASSARINO, *La destinazione dei beni* ... cit. p. 121, SANDULLI, *Beni pubblici*, Enc. Dir, ad vocem, p. 287.

Così, per esempio non possono essere considerati eccezionali gli usi in concessione delle acque pubbliche quali l'uso potabile e l'uso per l'irrigazione, perché l'acqua esiste precipuamente per bere e per irrigare¹¹⁹.

E' proposta allora l'altra classificazione ed è quella tra uso generale ed uso particolare.

Generale è l'uso cui tutti sono ammessi *uti cives*, come per esempio il transito sulle strade, la navigazione e la pesca nei laghi e nei corsi d'acqua. Particolare, invece, è l'uso consentito mediante la concessione come, per esempio l'occupazione permanente di aree stradali, portuali, o le derivazioni d'acqua etc.

Non sembra arbitrario riferire la differenza tra le due classificazioni da un lato ai differenti beni (*rectius* utilizzazioni di beni) oggetto di considerazione, e dall'altro ai due modelli sui quali si è posto l'accento, quello che ricostruisce il rapporto di demanialità in termini di proprietà individuale dell'ente ovvero all'altro in termini di proprietà collettiva.

La critica rivolta alla classificazione che afferma l'esistenza di un uso qualificabile come eccezionale dipende dal fatto di riferirsi a tutte le categorie di beni demaniali. Così allargato il raggio di osservazione, la nozione di uso comune non vale a caratterizzare la demanialità del bene e quindi la nozione di uso eccezionale non si pone più in antitesi ad un tratto che caratterizza la demanialità. Anzi, proprio usi diversi dall'uso comune esprimono con riguardo a certi beni, o a certe utilizzazioni, il tratto caratteristico della demanialità.

Inoltre l'idea di destinazione, propria del modello della proprietà individuale dell'ente, rinvia alla tipizzazione degli usi, che però, in relazione ad una stessa cosa, possono essere molteplici. Sotto il profilo della destinazione quindi la nozione di usi eccezionali contraddice la possibilità che su uno stesso bene si possano individuare più destinazioni.

¹¹⁹ GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p.72.

Viceversa, la locuzione *usi eccezionali* fa parte del bagaglio di origine degli studi sulla demanialità, quando cioè la demanialità era incentrata sull'uso comune del bene. L'espressione *usi eccezionali* valeva allora ad identificare gli usi diversi dall'uso collettivo, in quanto ad esso antitetici.

Questa espressione può quindi essere ancora adoperata nello specifico senso di individuare gli usi diversi dall'uso collettivo, quelli che qui si sono indicati come rivali, che comportano cioè l'esclusione di altri soggetti dall'uso contestuale del bene.

In questo particolare senso la locuzione *usi eccezionali* in relazione al godimento in via esclusiva è infatti recuperata dalla dottrina che considera i beni demaniali ad uso collettivo, come beni che, a seguito della riserva, sono assunti in proprietà dalla collettività, cioè per indicare usi che comportano una eccezione alla regola secondo la quale i beni sottoposti a riserva debbono essere accessibili a tutti.

Si afferma che l'eccezionalità consiste nella possibilità di godimento del bene in via esclusiva in un regime di inappropriabilità, e quindi in una deroga agli scopi per i quali la riserva è disposta che è di rendere il bene accessibile a tutti¹²⁰.

Il fenomeno per il quale soggetti non legittimati (come i soggetti *uti singuli* e non *uti cives* in relazione a beni di proprietà collettiva) usino in via esclusiva un bene sottoposto a riserva è spiegato distinguendo l'effetto della riserva, che consiste nella esclusione dalla libera appropriazione di beni, rispetto all'effetto della concessione che è solo il diritto di godere alcune utilità del bene. Quindi, si afferma, la concessione non ha per effetto di rompere il principio della riserva perché opera su un piano diverso¹²¹.

Sempre secondo la dottrina in esame, la possibilità che, pur in presenza di riserva, si ammette di godere del bene non a titolo collettivo, è vista come una conferma della riserva. La necessità della concessione dimostra che sono ammessi sul bene solo gli usi che renda-

¹²⁰ Cfr. CASSESE, *Beni pubblici*, cit. p. 208 e 210

¹²¹ CASSESE, *Beni pubblici*, cit. p. 213

no il bene accessibile a tutti e quindi gli usi che non permettono di raggiungere tale fine necessitano di una concessione¹²².

Questi brevi accenni possono essere sufficienti sia perchè la citata teoria è nota, sia per evidenziare e concentrare sui dati appena esposti le considerazioni che seguono.

Nella prospettiva qui seguita, di individuare l'allocazione delle diverse prerogative sui beni ad uso collettivo ai diversi soggetti e, su questa via, di riconoscere se, e in che modo si possa ammettere l'attribuzione di determinate utilità in capo ad un soggetto privato, accanto all'utilità, anch'essa determinata quanto a contenuto (solo usi non rivali) e titolarità (attribuita a tutti), sembra necessario porre l'accento sul fatto che la riserva, per questi beni, costituisce una tecnica funzionale al raggiungimento dello scopo di rendere il bene accessibile a tutti.

Si può ritenere che, sotto questo profilo, in rapporto allo scopo di rendere il bene accessibile a tutti, la riserva intesa "allo stato puro", per l'effetto di precludere l'appropriabilità a titolo esclusivo del bene¹²³ (e non in quanto correlata all'assunzione in proprietà dell'ente pubblico) riconduce ad uno stesso piano sia l'esclusione della libera appropriazione dei beni sia la costituzione di godere di alcune utilità del bene. Anzi, se si assume "*le point de vue du metre carré*"¹²⁴ si potrebbe dire che essa appare più concretamente rivolta a proteggere la prerogativa di tutti all'uso del bene a fronte di rischi di

¹²² CASSESE, *Beni pubblici*, da p. 214.

¹²³ CASSESE, *I beni pubblici*, cit., p. 126, osserva che la riserva termina la sua efficacia con l'esclusione: ciò che avviene dopo è, ai fini della riserva, indifferente.

¹²⁴ " Si ... les dépendances du domaine public sont déclarés inaliénables, ce n'est pas tant pour faire obstacle à des aliénations en masse que pour rendre difficiles des aliénations partielles. On ne voit pas bien comment l'administration de l'Etat pourrait être tentée d'aliéner en masse tous les rivages de la mer ou toutes les routes nationales, mais on voit très bien comment elle pourrait être tentée d'aliéner quelques mètres carrés du rivage ou quelques mètres carrés pris sur les accotements d'une route et l'on comprend qu'il y ait besoin d'une précaution » HARIOU, *Précis de droit administratif et droit public*, Paris, 1911, p. 661

appropriazione esclusiva dei benefici della risorsa, piuttosto che per prevenire il rischio di vendita del bene.

In altre parole il limite all'appropriazione individuale che deriva dalla riserva non va letto in correlazione al titolo dal quale deriva (proprietà o costituzione di un diritto di godimento esclusivo, concessione), ma alla scelta dell'ordinamento di garantire a tutti l'uso del bene.

Ne discende che anche la possibilità di costituire un diritto di godimento esclusivo è soggetta al limite di rendere il bene accessibile a tutti, perché, in generale, la riserva, nel senso e nella prospettiva qui delineati, comporta che il riconoscimento di una prerogativa di escludere può essere consentito solo se è garantita la prerogativa di tutti di usare il bene.

D'altra parte, una volta riconosciuta la prerogativa di escludere, in quanto non interferisce con la prerogativa protetta dal regime demaniale, si è per così dire già ammessa la possibilità di costituire entro quegli stessi limiti una forma di appartenenza esclusiva sul bene, cioè un diritto di natura proprietaria, purché sempre si intenda quest'ultima come una delle prerogative del mazzo e non si intacchino le prerogative del fascio proprietario riconosciute ad altri soggetti. In proposito si è osservato come il potere di monitoraggio permanga in capo all'autorità amministrativa e come le esigenze del pubblico uso consentano di revocare la concessione.

Dalla lettura della riserva come tecnica condizionata al raggiungimento dello scopo di rendere il bene accessibile a tutti, e dall'affermata scomposizione delle prerogative proprietarie, deriva che il *discrimen* si situa non tra l'appropriazione (preclusa dalla riserva) e la costituzione di un diritto di godimento di utilità (che attua la riserva), ma tra godimento esclusivo e godimento collettivo, tra diritto di escludere e diritto a non essere esclusi, tra l'utilità che deriva dall'apertura a tutti dell'uso del bene ed altre utilità.

In sostanza, il potere di disporre di utilità opera in relazione alle sole utilità rispetto alle quali la riserva non si estende, per le quali, come si diceva nel contesto della nota rivisitazione delle categorie di

beni pubblici, vi è una equiparazione funzionale dei beni demaniali quindi collettivi a beni nazionali, cioè non collettivi¹²⁵.

Una volta rispettato lo scopo della riserva, le utilità che residuano sono, per così dire, svincolate dal regime di protezione, e quindi possono essere oggetto di disposizione.

In altre parole, nella prospettiva che qui si segue, l'affermazione secondo la quale la concessione non rompe il principio della riserva, in quanto opera su un altro piano, può essere accolta nel senso che non deve essere violato lo scopo per il quale la riserva è disposta, e quindi essa può operare solo su un piano diverso, da intendersi afferente a diverse utilità.

In conclusione, soffermarsi sulla concessione ha senso non solo in quanto strumento storico per consentire usi esclusivi, ma perché appare strumento generale per leggere quelli che appaiono i due problemi essenziali posti dalla privatizzazione, anche in vista di una sua sostituzione con strumenti privatistici.

Il primo problema è quello di tracciare il confine oltre il quale possono sussistere utilità diverse dall'uso comune che è oggetto della particolare protezione assicurata dal regime della riserva e più in generale dal regime demaniale inteso non in senso generale (anche se la precisazione è inutile dato che non esiste un regime demaniale perché non esiste una nozione generale di demanio) ma con specifico riferimento alla categoria dei beni ad uso collettivo. E' il problema della selezione delle utilità al quale si è più volte fatto riferimento, e che ora va visto sotto il profilo della spettanza di tale valutazione.

Il secondo problema riguarda la "gestione" di queste utilità diverse, una volta che ne sia avvenuta la selezione.

¹²⁵ Cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 73

4.2. *Tipi di concessione sui beni*

Occorre innanzi tutto richiamare brevemente alcuni postulati generali.

E' da tempo acquisito che non si può far riferimento ad un unico tipo di concessione, o meglio di procedimento concessorio, neppure limitando l'indagine al più ristretto campo della concessione di beni¹²⁶.

I modelli sono diversi a seconda delle funzioni che le concessioni sono dirette a soddisfare e in relazione alle utilità che ne sono oggetto.

Rientra per esempio nelle concessioni di produzione, per rimanere nei termini di una nota classificazione¹²⁷, la concessione per la derivazione di acqua a cui ci si è riferiti nell'esempio precedente.

Vi sono concessioni in cui rileva, l'ambito spaziale dell'attività del concessionario, come per esempio le concessioni di beni del demanio marittimo a scopo turistico, dove prevale, perché neppure qui è indifferente all'interesse pubblico lo scopo della concessione, la possibilità di riservare una porzione di bene all'uso esclusivo.

In altri casi rileva essenzialmente l'attività svolta dal concessionario, più che l'ambito nel quale si svolge, perché questa attività consiste in un servizio. L'esempio è quello delle concessioni per distributori di carburanti, oppure di terminalista nei porti, nella regolamentazione contenuta nella legge di riforma dell'ordinamento portuale (L. 84/94).

La tipologia delle concessioni è, come accennato, correlata alle utilità che ne sono oggetto, ma non corre parallela al tipo di bene nel senso di cosa, perché, come si è visto, la stessa cosa può rendere più utilità.

¹²⁶ GIANNINI, *Beni pubblici*, cit. p. 112 – 121, ID, *Diritto amministrativo*, vol. II cit. p. 672 – 683, CAPUTI JAMBRENGHI, *I Beni pubblici*, cit. p. 1123.

¹²⁷ GIANNINI, op. ult. cit.

La differenza tra i diversi tipi di concessione si riflette nel rapporto concessorio.

E' diversa la rilevanza dell'intuitus personae nella concessione dove prevale l'aspetto spaziale, dove quindi l'interesse alla gestione è limitato principalmente a che non siano commessi abusi, rispetto alla concessione dove rileva il servizio o la produzione che la concessione consente, ma allo stesso tempo obbliga a fornire.

E' diverso il regime della revoca ed il regime della decadenza, perché diversi sono gli interessi pubblici coinvolti e gli obblighi assunti dal concessionario.

Le differenze investono anche il momento genetico del rapporto, perché diverse sono le garanzie che l'aspirante concessionario deve fornire e diverse le regole che presiedono alla scelta tra due concorrenti. In un caso sarà sufficiente l'idoneità morale, nell'altro sarà necessaria la dimostrazione di possedere un'organizzazione ed una competenza adeguata a fornire il servizio. In un caso una procedura concorsuale si fonderà sull'offerta di un maggior corrispettivo, nell'altro sarà molto più complessa e dipenderà dal tipo di servizio che attraverso il bene dovrà essere reso.

L'unico tratto comune in tutti i casi è costituito dalla sottoposizione ad un regime pubblicistico.

E' proprio la sottoposizione al regime pubblicistico, in altre parole la circostanza che l'atto con il quale si dispone dell'utilità del bene non è un contratto soggetto alle regole del diritto comune, ma è una concessione, l'aspetto sul quale occorre concentrarsi nella prospettiva della privatizzazione nonché del conferimento di funzioni a soggetti diversi da quello al quale il bene "appartiene".

4.3. Struttura della concessione

La sottoposizione ad un regime pubblicistico è locuzione che può essere utilizzata come espressione descrittiva di sintesi, ma rinvia ad una realtà più complessa, non solo dal punto di vista dogma-

tico, ma anche qui, come già è capitato di osservare con riguardo al tema più generale dei beni pubblici, è frutto di una storia più ampia che investe in generale il rapporto tra singolo e istituzioni¹²⁸.

Dal punto di vista dogmatico, il richiamo alla natura degli atti che compongono la fattispecie apre un ventaglio di questioni. Se vi siano due atti, uno unilaterale ed uno contrattuale, di cui il secondo è accessivo al primo¹²⁹, oppure se vi sia un contratto di "concessione amministrativa"¹³⁰, oppure se ricorre una diversa figura, quale la convenzione pubblicistica¹³¹. Altro problema è se il potere dell'amministrazione sia connesso alla titolarità o alla riserva¹³², e se la concessione sia un atto imperativo, oppure i connotati pubblicistici derivino dal fatto che sono esercitati dall'amministrazione¹³³. Scendere all'esame delle diverse impostazioni condurrebbe fuori tema, perché le diverse ricostruzioni dipendono sia dal materiale al quale viene fatto riferimento, trattando della concessione in generale e non riferita ai soli beni pubblici, e si è visto che per rimanere nel solo campo delle concessioni di beni si hanno di fronte più realtà. Inoltre, le diverse ricostruzioni derivano da un'impostazione più generale relativa alla

¹²⁸ Per lo studio delle concessioni inserito nel contesto generale dell'evoluzione dei rapporti tra cittadino e amministrazione si rinvia a D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981. La storia del problema dall'unità italiana ad oggi vede diverse ricostruzioni dell'istituto della concessione che oscillano tra i due poli: della qualificazione contrattuale, nel primo ventennio dello Stato unitario. L'affermazione della unilateralità dell'atto dagli anni ottanta alla tarda età Giolittiana, fino all'"invenzione" della concessione contratto della Cassazione civile del 1910 (Cass. Roma 12 gennaio 1910, in riv. *Dir. Comm.*, 1910, p. 24 e seg., che resiste ancora oggi, cfr. SORACE MARZUOLI, *Concessioni amministrative, Dig. Disc. Pubbl.*, p.284.

¹²⁹ GIANNINI, *Diritto Amministrativo*, cit., Vol. II, cit. p. 651 e seg.

¹³⁰ D'ALBERTI, op. cit., p. 317

¹³¹ FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche*, Milano, 1984.

¹³² Nel primo senso D'ALBERTI, op. cit., p. 319, nel secondo senso CASSESE, *I beni Pubblici*, cit. p. 211

¹³³ Nel primo senso GIANNINI, *Diritto amministrativo*. Vol. II, cit. p. 654, nel secondo senso SORACE MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit. p. 290.

concezione dell'atto amministrativo e dei rapporti tra diritto amministrativo e diritto privato.

Si può, tuttavia, individuare un dato di partenza comune dato dalla considerazione che nella concessione convivono due momenti, uno pubblicistico ed uno privatistico, non fosse che per il carattere di alternatività di questo tipo di atto amministrativo rispetto agli atti di diritto comune.

Può essere utile partire dalla giurisprudenza che per prima, uscendo dall'alveo di "grande pubblicizzazione" dei rapporti tra amministrazione e privati, dove la concessione era qualificata come atto amministrativo unilaterale, "inventò" la concessione contratto.

La Cassazione, in tema di concessioni su demanio marittimo per uso industriale, affermò: "Le dottrine sono non sicure e determinate e molto meno d'accordo nella definizione giuridica dell'essenza di siffatte concessioni. Sembra che sia più conforme alla loro nozione considerare l'atto di concessione in due momenti giuridici. Nel primo momento può scorgersi la determinazione della volontà dello Stato che, sottraendo all'uso pubblico un'area o una pertinenza demaniale, la concede, per uno spazio più o meno lungo di tempo, o ad uso di una industria marittima o per un uso industriale estraneo alle industrie marittime, a una qualunque industria privata; è un atto di sovranità dello Stato che si concreta nella concessione. Ma in un secondo momento l'amministrazione dello Stato, regolando il suo atto di concessione, entra in rapporti di obbligazione col concessionario; e fra l'uno e l'altro si stabiliscono le condizioni, le modalità e il prezzo: si opera cioè una vera e propria stipulazione di contratto"¹³⁴.

Le questioni, a seguito della privatizzazione, possono ora porsi nel senso di stabilire se il momento pubblicistico sia ancora presente ed essenziale nell'atto di disposizione delle utilità rese dalla cosa, sia cioè ineliminabile e per quale ragione, se il conferimento di funzioni alle autonomie concorra a rendere ineliminabile il momento pubbli-

¹³⁴ Cass. Roma, 12 gennaio 1910, cit.

cistico, se infine il momento privatistico possa far capo ad un soggetto diverso da quello che detiene la potestà pubblica.

Si può fin d'ora notare lo stretto collegamento tra le questioni ora presentate con la questione relativa al rapporto tra utilizzazioni "normali" ed utilizzazioni "eccezionali" e ai poteri in ordine alle utilizzazioni "eccezionali".

Appare d'altra parte evidente che la distinzione tra momento pubblicistico e momento privatistico relativi alla struttura della concessione non sono sufficienti per risolvere le questioni ora accennate. Non si potrebbe per esempio affermare che la valorizzazione dei beni demaniali può passare attraverso una valutazione da parte dell'ente pubblico limitata al momento genetico e che poi il rapporto sia rimesso alla gestione di un soggetto privato. La questione è un po' più complessa, se solo si pensa al potere di revoca connaturato alla funzione concessoria. La distinzione tra momento pubblicistico e momento privatistico, già propria della struttura concessoria, costituisce però un primo passo dal quale si articoleranno le considerazioni che seguono.

4.4. Due aspetti del regime pubblicistico: la qualità di ente pubblico e la qualità di ente esponentiale della collettività

La domanda, in ultima analisi, è se la concessione possa essere sostituita da strumenti privatistici.

La risposta dipende dall'essenzialità del momento pubblicistico e questa a sua volta rinvia alla natura della concessione e quindi alla definizione del modello di atto amministrativo e di ciò che lo identifica, problemi sui quali la discussione, come osservato, rimane aperta. Sarà quindi inevitabile prendere posizione anche su questi aspetti, aderendo all'una o all'altra delle ricostruzioni la cui varietà si è in precedenza richiamata, senza soffermarsi per dar conto delle ragioni dell'adesione.

Si dice subito che un tratto che caratterizza la concessione come atto amministrativo dipende dalla funzionalizzazione dell'attività degli enti pubblici, intesa come sottoposizione di tale attività ad un particolare regime, riconducibile all'esigenza di controllare, in senso generale, ciò che viene compiuto non nell'interesse proprio, ma nell'interesse altrui¹³⁵.

La funzionalizzazione dell'attività di una qualsiasi figura soggettiva dipende dall'ordinamento, e più precisamente, per quanto riguarda l'amministrazione, dai principi costituzionali.

In estrema sintesi, questo comporta che per il solo fatto di essere attribuito all'amministrazione, il potere di scelta contenuto nella concessione deve essere esercitato per perseguire l'interesse pubblico, ed è soggetto a sindacato giurisdizionale¹³⁶.

Per questo aspetto, la natura di atto amministrativo della concessione dipende dall'attribuzione del potere di scelta all'amministrazione.

E' possibile però che vincoli egualmente efficaci, di perseguimento di interessi pubblici, di trasparenza dell'azione, di controllabilità delle scelte siano imposti ad un soggetto privato in relazione a determinate fattispecie.

Si può quindi affermare la sostituibilità del soggetto pubblico con un soggetto privato e la sostituibilità dell'atto con strumenti privatistici, o sottoponendo a vincoli i singoli atti, o la complessiva attività del soggetto.

Un altro e diverso aspetto del momento pubblicistico è invece rappresentato dalla qualità del bene.

Si è sostenuto che i procedimenti concessori (non solo relativi al demanio) hanno ad oggetto degli interessi relativi a beni della vita che non possono formare oggetto di atti di autonomia privata, in quanto sono riservati a pubblici poteri. Il procedimento concessorio è

¹³⁵ Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit. Vol. II, p. 9, 343, 655.

¹³⁶ Cfr. SORACE – MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, cit., p. 290

un procedimento pubblicistico, che ha come atto costitutivo un provvedimento imperativo¹³⁷.

L'imperatività deriva dalla deroga al principio di uguaglianza, come infatti già anticamente si osservava "se il bene deve essere pubblico, cioè posto in relazione con tutto l'aggregato della società, si deve riconoscere a tutti una eguale posizione giuridica di fronte all'uso della cosa. E per raggiungere questi scopi, rendere cioè possibile la funzione della cosa, e quindi l'attuazione della sua destinazione, o riconoscere in tutti una stessa posizione giuridica di fronte all'uso pubblico, è necessario negare a tutti qualsiasi pretesa giuridica all'uso della cosa e far sorgere tale facoltà in ognuno, volta per volta, con un atto di concessione"¹³⁸.

E' stato però posto in discussione il carattere imperativo della concessione, in un contesto più generale di riesame critico della nozione stessa di imperatività¹³⁹.

Le disuguaglianze, si osserva, sono conseguenze inevitabili di ogni scelta, e quindi il regime che vincola al perseguimento dell'interesse pubblico nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dipende dal fatto che il potere è attribuito all'amministrazione e non dall'imperatività, come carattere del provvedimento.

Fatti questi brevissimi richiami, il discorso della pubblicità e della sua essenzialità può essere considerato da un altro punto di vista ai fini che qui più direttamente rilevano.

Si può notare che la possibilità di ammettere usi esclusivi, attiene all'esercizio di una funzione di garanzia dell'uso collettivo, perché, come detto sia l'uso esclusivo, sia il potere di concederlo sono subordinati, non potendovi incidere, alla compatibilità con lo scopo della riserva che è di rendere il bene accessibile a tutti.

¹³⁷ GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit. Vol. II, p. 651 – 654.

¹³⁸ RANELLETTI, *Concetto* cit. in *Scritti*...cit. p. 151 e 152.

¹³⁹ Cfr. SORACE MARZUOLI, *Concessioni*, cit. p. 291 – 293, cfr. FALCON, *Le convenzioni*, cit. p.234 dove si rileva che per Ranelletti, l'atto di impero definiva non solo il comando, ma anche il dichiarare e il permettere.

L'esercizio della funzione di ammettere un determinato uso esclusivo, come espressione del potere di tutela dell'uso collettivo si presenta quindi preliminare rispetto alla possibilità di individuare il soggetto al quale consentire detto uso e di gestirne il rapporto che ne deriva.

Sembra cioè potersi affermare che la scelta dell'amministrazione, mediante la concessione dei beni demaniali, si svolge su due diversi piani: il piano relativo alla funzione di protezione degli scopi per i quali il bene non può essere oggetto di appropriazione privata, vale a dire l'accessibilità a tutti del bene, ed il piano relativo alla disposizione delle utilizzazioni del bene, che viene in essere una volta fatta salva detta garanzia.

Questo secondo piano di valutazione, relativo cioè al potere di disporre delle utilizzazioni del bene, si presta ad essere evidenziato nella prospettiva delle teorie da ultimo citate in tema di concessioni con riguardo all'individuazione del momento pubblicistico. Si tratta dell'esercizio di una scelta la cui dimensione pubblicistica dipende essenzialmente dalla connotazione del potere amministrativo, sia che la si faccia derivare dalla pubblicità, sia dall'autoritatività.

Su questo piano, su cui si svolge la scelta fra più usi rivali o fra più aspiranti ad un uso rivale, si può ammettere che ciò che è proprio della funzione amministrativa possa essere adeguatamente sostituito da appositi vincoli che presiedano alle scelte da attuare con strumenti di diritto comune, o posti in sede di criteri generali, o con riferimento a singoli atti, sottoponendoli, per esempio ad autorizzazione o ad approvazione.

Per quanto invece riguarda il primo momento della valutazione, quello che si svolge sul piano della garanzia dell'uso collettivo, l'incidenza della concessione è diversa perché richiama la qualità del soggetto quale ente esponentiale della collettività.

Si tratta di garantire l'accessibilità a tutti del bene, quindi ad una collettività indeterminata e tale garanzia non può che essere affidata ad un ente territoriale (quindi non è sufficiente che sia un ente pubblico), perché solo l'ente territoriale ha rappresentatività generale

e possibilità di cura degli interessi di universalità indeterminabili, cioè di chiunque sia nel suo ambito territoriale¹⁴⁰.

Ne deriva peraltro che anche l'uso esclusivo che fa capo all'ente diretto al perseguimento di interessi pubblici trova spazio nel secondo momento valutativo, vale a dire subordinato al previo accertamento della compatibilità con l'uso collettivo.

D'altra parte, però, il giudizio di compatibilità di usi esclusivi, non è statico, ma dinamico e quindi la valutazione dell'ente territoriale ha per contenuto la verifica che non vi sia sottrazione di utilità collettiva, ma ciò in relazione alle pretese della collettività in ordine al bene, che come si è visto si evolvono con l'evolversi della società, in relazione alla dimensione spaziale e temporale dell'uso individuale e in relazione al tipo di utilizzazione.

5. Funzioni conferite e intestazione del bene. Introduzione ai capitoli successivi

Si possono ora introdurre i prossimi due capitoli sulla base delle considerazioni finora svolte. Sono da sottolineare due aspetti.

Un primo aspetto attiene alla struttura gerarchica posta a protezione della prerogativa riconosciuta a tutti di godere dell'uso del bene.

E' espressione della struttura gerarchica innanzi tutto la riserva, intesa come carenza di legittimazione all'appropriazione a titolo esclusivo. Attraverso la negazione della prerogativa di escludere, essa, infatti, impedisce che le utilità della cosa siano governate dal mercato. Sono inoltre espressione della struttura gerarchica le diverse potestà attribuite al soggetto pubblico, quali l'autotutela, la regolazione degli usi, la vigilanza sul bene e sulle attività che vi si svolgono, che adempiono la funzione di tutela della prerogativa all'uso collettivo rispetto a possibili sottrazioni derivanti da forme, o da semplici fatti di

¹⁴⁰ Cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 55

appropriazione esclusiva. La previsione di poteri di tutela in capo all'ente pubblico si spiega col fatto che tali prerogative hanno ad oggetto servizi indivisibili. Non sarebbe quindi efficiente una tutela affidata al solo riconoscimento di un diritto azionabile a favore del singolo componente la collettività, perché difficilmente un cittadino si sobbarcherebbe i costi (esclusivi) di una azione giudiziaria, per ottenere un beneficio a vantaggio di tutti ¹⁴¹.

D'altra parte, poiché la riserva è strumentale rispetto allo scopo di rendere il bene accessibile a tutti, al di fuori dello scopo per il quale è disposta, è consentita la disponibilità di altre utilità che la cosa può rendere.

Tra le funzioni di protezione si colloca quindi anche il potere di individuare in concreto gli effetti della riserva, da cui deriva l'individuazione di queste altre utilità, che possono definirsi residuali in quanto residuano una volta che sia garantita la prerogativa riconosciuta a tutti in ordine a servizi indivisibili che la cosa può rendere.

Il coordinamento tra la prerogativa all'uso collettivo e le eventuali prerogative residuali sono quindi riferibili alla declinazione della struttura gerarchica.

Nel secondo capitolo ci si soffermerà sull'allocazione di questo potere di coordinamento gerarchico tra le diverse prerogative, a seguito del conferimento di funzioni alle autonomie su beni di "appartenenza statale".

Si possono in proposito proporre due esempi per rendere più evidenti i termini della questione.

¹⁴¹ E' questione discussa quella relativa alla natura giuridica e alla conseguente azionabilità dell'interesse all'uso comune. Nella dottrina meno recente, cfr. SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, Milano, 1947, 112 e seg.; GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. p. 301 e seg. e dottrina ivi richiamata. Per la dottrina più recente, GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 56 e seg., CASSESE, *Beni pubblici*, cit. nota 82, p. 187 e seg., CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse*, cit. cap. VI e VII; SCOZZAFAVA, *I beni*, cit. p. 535 e seg. Per una prospettiva, che ha riguardo alla tutela risarcitoria e alla tutela inibitoria contro gli attentati che i beni aperti a tutti subiscono come conseguenza di attività inquinanti, cfr. GAMBARO, *La proprietà*, cit. p. 16 e seg.

Si supponga che lo Stato, tramite l'Agenzia del demanio, ritenga opportuno mettere a profitto una porzione di spiaggia. Un primo aspetto che si pone all'attenzione dei funzionari è quello di verificare se la porzione di terreno presenti in concreto le caratteristiche di spiaggia, perché altrimenti sarebbe possibile la sdemanializzazione, il transito al patrimonio disponibile e quindi la vendita, o meglio la cessione ad una società di cartolarizzazione. Si aprirebbe in pratica la strada ad una determinata forma di sfruttamento economico, mentre in caso contrario occorrerebbe scegliere altri strumenti, e tra questi si affaccia ora la possibilità di un ingresso della Patrimonio dello Stato s.p.a.

La prima cosa che si domanderanno i funzionari sarà però a chi spetta questa valutazione e la competenza per l'adozione di un provvedimento di sclassifica ora che la generalità delle funzioni sul demanio marittimo sono conferite alle autonomie.

Nel momento in cui si tratta di valutare la persistenza del regime demaniale, appare difficile considerare espressione di una "facoltà del proprietario", ciò che è oggetto di una funzione. Tanto più che vi sarebbero seri elementi nel senso di ritenere conferita la funzione stessa. Vengono in considerazione da un lato la generalità del conferimento di funzioni alle autonomie, ed inoltre la constatazione che il regime demaniale è condizione stessa per lo svolgimento delle funzioni conferite (che investono i beni demaniali e non quelli del patrimonio disponibile). Un atto amministrativo che incidesse sul regime demaniale andrebbe quindi ad incidere sul concreto riparto di funzioni stabilito da fonte legislativa.

Non si può quindi escludere la valutazione delle autonomie cui sono conferite le funzioni sui beni del demanio statale con riguardo ad una eventuale sdemanializzazione di porzioni immobiliari ascrivibili a tale categoria di beni. E non si può escludere che le concrete valutazioni riguardanti le condizioni per procedere alla sclassifica possano essere divergenti rispetto a quelle dello Stato, considerando anche che il bene sdemanializzato transita nel patrimonio disponibile di quest'ultimo che è l'unico quindi a trarne un vantaggio economico.

Si supponga un altro caso.

Lo Stato ritiene che dal rapporto tra estensione dei beni in concessione e canoni introitati, la rendita sia troppo bassa e decide di triplicarne gli importi, sul presupposto che il bene gli appartiene.

Questo potrebbe indurre i concessionari a rinunciare alle concessioni, o ad aumentare i prezzi o a pattuire nel disciplinare concessorio la diminuzione dello standard dei servizi d'interesse generale che normalmente sono posti come obblighi del concessionario accanto all'obbligo di corrispondere il canone. Ma poiché la concessione rientra tra le funzioni conferite, l'interlocutore del concessionario non sarà lo Stato, ma un altro soggetto (la regione o il comune), il quale, da parte sua, potrebbe avere una visione tutt'affatto diversa dei rapporti tra uso collettivo e sfruttamento economico del bene attraverso usi esclusivi, tanto più che mentre la rendita diretta del bene non ridonda a suo favore, perché i canoni continuano ad essere percepiti dallo Stato, egli è invece interessato a gestire il bene in modo da massimizzare lo sfruttamento economico per così dire indiretto, in altre parole l'indotto di cui beneficia la comunità locale per la presenza del bene. Per esempio l'ente territoriale potrebbe adottare un indirizzo politico diretto a escludere o ridurre al minimo gli usi esclusivi, o a consentirli elevando gli standard dei servizi di interesse generale e quindi incidendo sui costi della concessione rendendola scarsamente remunerativa.

Insomma può accadere che l'esercizio delle funzioni sui beni demaniali da parte delle autonomie incida, frustrandole, sulle aspettative economiche che lo Stato si propone di ottenere mediante gli usi esclusivi o mediante la dismissione del bene.

I due esempi inducono a porre il problema se lo Stato, sui beni del demanio statale sia completamente escluso dal potere di coordinare la prerogativa all'uso di tutti e la prerogativa all'uso individuale.

Tale coordinamento, infatti, si riflette direttamente sulla possibilità di uno sfruttamento economico del bene, giungendo fino a negarlo. In altre parole è da chiedersi se "l'appartenenza" dei beni dema-

niali valga ad inserire lo Stato in questo circuito decisionale, oppure attenga soltanto a quelle che si sono chiamate utilità residuali.

Ai temi ora segnalati è dedicato il prossimo capitolo.

Il secondo aspetto da sottolineare riguarda appunto le prerogative di tipo individuale. In relazione ad esse, come detto, sembra potersi ammettere la sostituzione del soggetto pubblico e dello strumento della concessione con un soggetto privato che opera con strumenti privatistici.

A questo secondo aspetto, è dedicato il terzo capitolo, nella prospettiva del trasferimento di diritti su beni demaniali alla Patrimonio Spa nel più ampio contesto della privatizzazione di beni pubblici.

Invero, sulla linea fino ad ora seguita, di individuare l'allocazione di prerogative disaggregate, anche l'intestazione del bene può essere colta come espressione di sintesi per individuare una prerogativa o una serie di prerogative, come, ad esempio, l'appropriazione dei benefici derivanti dallo sfruttamento economico del bene assentito a terzi.

Si potrebbe dire che l'intestazione del bene vale ad individuare il titolare della pretesa sulle utilità che residuano una volta garantito a tutti l'accesso ai servizi indivisibili.

Poichè la titolarità di questa pretesa non incontra limiti al trasferimento derivanti da un problema di "bene pubblico", non vi sono limiti ad un intestazione ad un soggetto privato del bene, una volta circoscritto il contenuto dell'intestazione a tale prerogativa.

Se per esempio l'intestazione del bene alla Patrimonio dello Stato s.p.a vale a riconoscere ad essa la prerogativa di appropriarsi dei benefici dello sfruttamento economico della cosa, il riconoscimento di tale prerogativa non urta con la natura privatistica del soggetto. Per i profili qui evidenziati il problema è la possibilità di riconoscere tale prerogativa ed individuarne il contenuto concreto, non la sua titolarità.

In altre parole, nei limiti in cui è ammesso lo sfruttamento economico, con gli strumenti giuridici che necessariamente ad esso si

accompagnano ed innanzitutto il diritto di escludere, si può ammettere l'allocazione delle relative prerogative ad un soggetto privato.

Di natura diversa sono i problemi che possono eventualmente porsi in relazione a successivi trasferimenti (dell'intestazione del) bene dalla Patrimonio Spa ad altri soggetti. E quindi operano su un piano diverso altri limiti, come per esempio quelli posti dalla normativa speciale che pone sanzioni a carico del notaio in relazione a negozi di trasferimento di beni demaniali, oppure derivanti dal principio della pienezza della responsabilità di cui all'art. 2740 c.c. secondo il quale "il debitore risponde dell'adempimento delle obbligazioni con tutti i suoi beni presenti e futuri", (la soddisfazione dei creditori però potrebbe essere garantita dal flusso di redditi offerto dalla gestione economica) oppure derivanti dall'adeguatezza degli strumenti per rendere conoscibile ai terzi questa situazione¹⁴². Per quest'ultimo a-

¹⁴² La dottrina tende a negare la possibilità di trascrizione degli atti di disposizione posti in essere dal concessionario di beni demaniali, e ciò a prescindere dalla natura reale o personale dei beni oggetto del trasferimento sulla quale ci si è soffermati in precedenza. Si afferma infatti che l'art. 2644 c.c. sarebbe inapplicabile perché il conflitto tra due successivi concessionari dello stesso bene dovrebbe essere risolto non già sulla base privatistico della priorità della trascrizione, ma sulla base pubblicistica della revoca del provvedimento amministrativo. Il primo concessionario, dunque è garantito nei confronti di tutti gli altri possibili concessionari in base alle regole che disciplinano il potere revocatorio della pubblica amministrazione e quindi in base al principio della sussistenza di un interesse pubblico sopravvenuto e correttamente individuato e posto a base della motivazione, cfr. in questi termini GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, Tomo I, Artt. 2643 – 2645, in *Commentario diretto da P. Schlesinger*, Milano, 1991, 673. Tuttavia la giurisprudenza ha più volte ammesso la trascrizione di atti di concessione di suolo demaniale sostenendo che "L'art. 2645 c.c. nel disporre che deve essere reso pubblico mediante trascrizione, oltre ai contratti menzionati specificamente nell'art. 2643, ogni altro atto o provvedimento che produce in relazione a beni immobili diritti reali immobiliari taluno degli effetti dei contratti menzionati in detto articolo, ha inteso rendere obbligatoria la trascrizione degli atti e provvedimenti che producono non solo effetti identici, ma anche effetti simili a quelli dei contratti menzionati nell'art. 2643 c.c." Cass. Civ., sez. I n. 3664, in *Foro it.* 1970, p. 447 con nota di Andrioli e Cass. Civ. sez. I n. 2674, in *Foro amm.*, 1970, II, con nota di Stolfi.

spetto ed entro i limiti accennati si potrebbe insomma richiamare alla figura dell'onere reale di destinazione¹⁴³.

D'altra parte, però, si nota che la circolazione del fatto economico non abbisogna dell'intestazione formale del bene, come provano i trasferimenti di concessione tra soggetti privati ed è noto che, ove questa non sia autorizzata, il medesimo risultato è nella prassi ottenuto ugualmente attraverso modifiche alla composizione societaria del soggetto titolare della concessione.

Di consueto, si associa l'incommerciabilità con la perdita del valore di scambio del bene e poi tout court del valore del bene, sembra però potersi dire che la circolazione dell'utilità economica vi è comunque, anche se avviene con forme diverse rispetto al trasferimento dell'intestazione bene¹⁴⁴ (per es. trasferimento di azienda, nella quale è compreso il titolo concessorio).

In altre parole, una volta ammessa l'utilizzazione economica, il valore della cosa si concentra sulla titolarità del diritto che ha per oggetto quest'uso, e rispetto ad esso si riscontrano benefici economici e valori di scambio molto elevati, solo che non si risolvono in altrettanti benefici per lo Stato quale intestatario del bene.

Ma questo sembra dipendere da altre circostanze e si segnalano in proposito due aspetti.

¹⁴³ Cfr. NAPOLITANO, *La patrimonio dello Stato*, cit. p. 255. Per una sintesi delle questioni legate all'onere reale soprattutto in relazione alla tipicità dei diritti reali, cfr. CHIANALE, *Obbligazione propter rem ed onere reale* in Dig. Disc. Priv. Sez. civ., vol. XII, Torino 1995, p. 390.

¹⁴⁴ Cfr. Cass. Civ., sez. I n. 3324 del 29. 05. 1982, in *Foro it.*, 1983, p. 759 "Quallora il titolare di un uso esclusivo di suolo demaniale marittimo, in forza di concessione amministrativa, (nella specie per la realizzazione e gestione di un complesso alberghiero balneare), attribuisca ad un terzo i diritti da lui derivanti da detta concessione, in forza di un negozio privato, (nella specie affitto dell'indicato complesso), tale negozio, salva restando la sua inopponibilità nei confronti dell'amministrazione concedente, la quale può dichiarare la decadenza della concessione, è valido ed operante inter partes, e, quindi, anche nei confronti dei loro eredi, in quanto integra un contratto di subconcessione, che non investe il bene demaniale in sé, né comporta una cessione della concessione, ma implica il mero trasferimento al sub-concessionario delle facoltà spettanti al concessionario, ed atteggiatesi, nei rapporti tra privati, come diritti soggettivi perfetti".

Innanzitutto quanto accade dipende senz'altro da cattiva amministrazione, ma è difficile pensare ad un miglioramento quando le funzioni gestionali sono conferite ad enti esclusi quasi completamente dal ritorno economico di una buona gestione, come avviene nell'attuale conferimento di funzioni.

Il rapporto tra sussidiarietà verticale che vuole il conferimento di funzioni alle autonomie e sussidiarietà orizzontale che vuole l'intestazione dei beni alla Patrimonio dello Stato s.p.a. può essere letto anche sotto questo profilo, e la via appena prospettata, sulla scorta della distinzione tra potere decisionale che si concentra nella funzione di protezione e prerogative residuali aventi ad oggetto utilità svincolate dal regime di protezione, potrebbe costituire una soluzione economicamente efficiente.

Un altro aspetto riguarda lo strumento privatistico in luogo di quello pubblicistico. Il diritto di insistenza da una parte e l'obbligo di motivare con ragioni di interesse pubblico il provvedimento di revoca della concessione creano situazioni piuttosto simili a quelle che si definiscono *rent seeking* cioè rendite da posizione. a favore del concessionario. Non vi è infatti creazione di valore, ma viene "bruciato" il valore esistente quando i costi derivano dagli investimenti necessari per l'accaparramento della titolarità della concessione o anticipando gli investimenti rispetto al momento in cui diventano redditizi o ricorrendo ad altre costose soluzioni. Senza scendere nei dettagli, e per chiudere con un po' di ironia, si possono immaginare vicende¹⁴⁵ mol-

¹⁴⁵ Per fare un esempio si immagini un piano regolatore portuale (L. 84/94) che preveda un ambito di espansione del porto con previsione di realizzare a carico dello Stato opere infrastrutturali, quali banchine, piazzali, escavazione di canali, reti di collegamento ferroviario e stradale. Tizio, che già svolge attività di impresa portuale ha l'interesse ad ottenere la concessione come terminalista ben prima che le opere siano realizzate, per avvantaggiarsi su altri possibili concorrenti. Tizio infatti ritiene che le risorse investite per il tempo in cui il bene non è utilizzabile e quindi non produce reddito sarà ampiamente compensato in seguito, perché vale ad eliminare tutti gli altri concorrenti che si presenteranno nel momento in cui la concessione sarà redditizia. Sarà anche disposto a sostenere spese legali per ricorrere contro un provvedimento, che ragionevolmente, respinga la domanda fino a quando il bene non sarà utilizzabile,

to meno eroiche rispetto a quelle vissute dai pionieri premiati dall'Homestead Act del 1862¹⁴⁶.

ed in vista di avviare una procedura concorsuale, e sarà forse tentato di ottenere il risultato sperato attraverso pressioni d'altro genere.

¹⁴⁶ . D.D. FRIEDMAN, *L'ordine del diritto – Perché l'analisi economica può servire al diritto*, Bologna 2004, p. 227 e segg. descrive, come esempio di *rent seeking*, le implicazioni economiche dell'homesteading, il meccanismo attraverso il quale ampie porzioni del territorio degli Stati Uniti divennero proprietà dei pionieri che per un certo numero di anni le coltivarono senza che fossero redditizie.

CAPITOLO SECONDO

IL CONFERIMENTO DI FUNZIONI ALLE AUTONOMIE SUI BENI DEL DEMANIO STATALE

Sommario: 1. Il difficile rapporto tra sussidiarietà orizzontale e verticale. – 1.1. La titolarità del bene ed il riparto di funzioni amministrative tra Stato e autonomie. – 1.2. La titolarità di funzioni nell'organizzazione giuridica dell'amministrazione pubblica. – 2. Conferimento di funzioni e principi dell'autonomia. – 2.1 I riflessi del principio autonomistico nei rapporti tra organizzazione e ordinamento generale. – 2.2. Il principio di sussidiarietà in senso dinamico. – 2.3. Il conferimento di funzioni nella L. 59/97 e nel D. Lgs. 112/98. – 2.4. Il principio di leale cooperazione. – 3. La titolarità del bene nella dinamica della sussidiarietà. – 3.1 Il contenuto della titolarità del bene nelle teorie dei beni pubblici. – 3.2. I limiti di un possibile superamento delle divergenze tra le diverse teorie. – 3.3. Il modello della proprietà individuale dell'ente. La destinazione dei beni del demanio ad uso collettivo. – 3.4. Il sostrato ideologico e la riduzione della destinazione all'interesse dell'ente dal periodo postunitario al codice del '42. – 3.5. La primazia dell'interesse proprietario sulla destinazione del bene nel periodo delle prime regionalizzazioni. – 3.6. La destinazione all'uso comune come criterio per inserire la titolarità del bene nel circuito della sussidiarietà. – 3.7. Il modello della proprietà collettiva e la titolarità del bene come fatto di gestione. – 4. Cenni alle funzioni maggiormente coinvolte nella privatizzazione. – 4.1. La sdemanializzazione. – 4.2. La programmazione degli usi del bene.

1. Il difficile rapporto tra sussidiarietà orizzontale e verticale

1.1. La titolarità del bene ed il riparto di funzioni amministrative tra Stato e autonomie

La disciplina del demanio è coinvolta nell'ampio disegno di riforma avviato con la legge 15 marzo 1997 n. 59, e culminato nella riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione.

In generale l'ampia devoluzione di funzioni alle regioni e agli enti locali esprime un diverso modo di pensare allo Stato e ciò si riflette sul sistema dei beni pubblici.

E' d'immediata evidenza che l'individuazione di un diverso soggetto cui sono devolute le competenze vale a connotare in modo diverso la funzione stessa.

Si pensi al grado di politicità della gestione del bene a livello comunale a confronto della gestione da parte di amministrazioni periferiche statali.

Il conferimento di funzioni ad autorità dotate di autonomia reca con sé la scelta che l'esercizio stesso di tali funzioni sia espressione di autonomia, sotto il profilo dei momenti di indirizzo e di programmazione degli usi e quindi delle utilità che la cosa può offrire.

In relazione a questo aspetto, vengono in rilievo profili di conflitto con le disposizioni sulla privatizzazione nonché con il ruolo ora assegnato alle agenzie del demanio.

Infatti, la valorizzazione economica dei beni pubblici attraverso l'assegnazione di tali compiti alle Agenzie del demanio, ed ancor più attraverso l'eventuale trasferimento di diritti alla Patrimonio dello Stato s.p.a., comporta, al contrario del conferimento di funzioni alle autonomie una centralizzazione della gestione.

Il conflitto si riporta, almeno in parte, alla questione più generale relativa al rapporto tra titolarità del bene e titolarità di funzioni.

L'attuazione della legge delega n. 59/97 (c.d. Bassanini I) ed in particolare il D.lgs. 112/98 realizza, infatti, la separazione dell'intestazione dei beni dalla loro gestione, regolamentazione e tutela pubblicistica.

Sotto questo profilo la dottrina segnala che, nonostante la coerenza "ideologica" tra sussidiarietà orizzontale rappresentata dalla privatizzazione e sussidiarietà verticale rappresentata dai conferimenti di compiti e funzioni alle autonomie, si coglie una carenza di coordinamento tra i due principi. La mancanza di coordinamento è tanto più evidente nel caso in cui agli enti sono state conferite competenze gestionali aventi ad oggetto beni del demanio statale, come per esempio il rilascio delle concessioni d'uso¹.

¹ Le osservazioni riportate sono di RENNA, *La regolazione*, cit. p. 266 e seguenti.

Era comunque stato pronosticato fin dall'inizio del processo devolutivo che la divaricazione tra "proprietà" statale e attività di gestione a regioni ed enti locali sarebbe stata destinata a generare difficoltà e conflitti (positivi e negativi) d'ogni genere. A facilitare in altre parole soluzioni e comportamenti rivendicativi più che cooperativi².

Ora sembra che la difficoltà di coordinamento segnalata dalla dottrina tra sussidiarietà orizzontale e sussidiarietà verticale sia strettamente legata alla questione relativa al significato da attribuire alla disposizione codicistica secondo cui i beni demaniali "appartengono" all'ente pubblico, di chiara matrice dottrinarica³.

² In questi termini, con riguardo ai beni culturali di proprietà dello Stato, ma secondo uno svolgimento di considerazioni che possono essere estese in ambito più generale ove siano coinvolti beni in cui la titolarità del bene non procede con la titolarità di funzioni cfr. CAMMELLI, *Il decentramento difficile*, in Aedon, Rivista di arti e diritto on line (<http://www.aedon.mulino.it>), n. 1/1998.

³ La matrice dottrinarica alla quale ci si riferisce è quella della proprietà pubblica. Si rileva allora che la sussidiarietà verticale, rompendo il parallelismo tra appartenenza del bene ed esercizio di funzioni e compiti, è tale da mettere in crisi le definizioni consuete, come quella più ricorrente di "demanio necessario" (SANDULLI, *Beni pubblici*, cit., p. 281) volta a designare i beni di necessaria appartenenza allo Stato, in quanto inerenti a compiti ad esso riservati. Si è già accennato alle teorie della proprietà pubblica, e in generale alle diverse espressioni quali proprietà funzione, proprietà funzionale, che convergono nella considerazione che il potere dello Stato sui beni demaniali non ha più niente del diritto soggettivo, ma è semplicemente una potestà attribuita al soggetto per un interesse che lo trascende. Su tali premesse si evidenzia il legame tra appartenenza del bene demaniale e titolarità di funzioni nel quale quest'ultimo qualifica la prima e ne costituisce la ragione. Come, è stato osservato, "poiché è la legge che determina la loro (dei beni demaniali) necessità in relazione ad un interesse pubblico, è ancora la legge che determina quali beni sono demaniali, e a quali enti essi appartengono, a seconda dell'attribuzione dell'interesse pubblico che essi soddisfano" (BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1987, p.186) e si è inoltre detto che "la specifica destinazione dei beni all'adempimento di una funzione pubblica diventa elemento integrante del rapporto di proprietà" (PUGLIATTI, *Istituzioni di diritto civile*, V, *La proprietà*, Milano, 1938, 16 - 21, e 140 - 159). Per gli aspetti ora considerati si può sottolineare che nelle teorie tradizionali si nota una trasposizione dal piano della proprietà al piano delle funzioni, e questo non soltanto nel senso che, per le dottrine citate, le funzioni sul bene costituiscono il modo d'essere di un diritto reale in ragione della natura soggettiva pubblica del titolare. Si potrebbe dire che secondo l'impostazione tradizionale vale piuttosto il viceversa. E' la natura della funzione, che solo l'ente pubblico può esercitare, a qualificare

L'appartenenza risulta invero svuotata di contenuto se si fa riferimento al paradigma di una proprietà compatta, essendo erosa da una parte dal conferimento di funzioni, perchè i poteri di gestione, che costituiscono la componente essenziale della situazione soggettiva dell'ente, sono espressione di funzioni amministrative conferite ad altri soggetti pubblici, dall'altra dalle privatizzazioni che consentono il trasferimento di diritti a soggetti privati.

Da tale constatazione si è qui tentato di percorrere un'ipotesi ricostruttiva dei beni in esame rinunciando all'individuazione di un diritto compatto di proprietà, conseguente, peraltro, all'osservazione che le prerogative sui beni demaniali ad uso collettivo si coagulano attorno a diversi centri di riferimento. La prerogativa ad avvalersi dei servizi indivisibili che la cosa rende è riconosciuta in capo alla collettività, la prerogativa in ordine ad altre specie di disponibilità della cosa può essere riconosciuta a singoli privati, in modo però da non far venir meno la prima, tale garanzia dell'uso collettivo, e più in generale il potere di monitoraggio sia in ordine all'uso comune, sia in ordine all'uso privato è il contenuto di una serie di funzioni attribuite all'ente territoriale. In questa prospettiva si delinea una struttura

l'appartenenza. Proprio l'Autore che ha spinto "al massimo l'incursione del privatismo nel diritto amministrativo" (per citare la critica di CASSESE, *Conclusioni*, in *Annuario ALPDA* 2003, cit.) precisa che la particolarità del rapporto interno cioè tra il proprietario e la cosa dipende non soltanto dalla qualità del soggetto, ma anche e in non minor misura dalla natura dell'oggetto: precisamente dall'attitudine che esso presenta a servire allo svolgimento di una funzione pubblica dell'ente proprietario (Cfr. GUICCIARDI *Il demanio*, cit., in particolare p. 15 e p. 172 dove si specifica che la demanialità è determinata dalla destinazione del bene come prova il fatto che ogni volta che il bene passa dal demanio al patrimonio, e cioè dalla proprietà dell'ente pubblico come tale, alla proprietà dell'ente pubblico nella sua esplicazione della capacità di diritto privato, ne viene meno la specifica destinazione. Questo vuol dire che la qualità del bene demaniale consiste nel fatto che il bene serve ad una funzione esclusiva dell'ente pubblico come tale, e cioè ad una funzione esclusiva dell'ente medesimo). Si potrebbe dire che il focus della pubblicità del bene è già spostato dal soggetto, dal dominio, dal proprietario, alle qualità, funzioni e destinazioni della cosa, per usare i termini della dottrina attuale (cfr. PALMA - FORTE, *Beni pubblici*, cit. p. 291).

dell'appartenenza strettamente aderente alla natura del bene⁴ che s'incentra sulla scelta fondamentale del legislatore di precludere in via generale (che però non significa assoluta) l'appropriabilità a titolo individuale dei benefici della risorsa⁵. Ciò sul presupposto che la scelta in ordine alla regolazione giuridica di una risorsa, che si svolge attraverso l'assegnazione di utilità, l'allocazione di poteri, di obblighi, di strumenti di tutela, nel che consiste in generale una situazione di appartenenza, non debba necessariamente modellarsi secondo lo schema della proprietà.

In questa prospettiva di frammentazione dell'appartenenza, l'espressione codicistica secondo la quale i beni ad uso collettivo del demanio statale "appartengono" allo Stato, non può valere come regola d'aggregazione di tali utilità e prerogative, o in altre parole tale locuzione non può essere utilizzata per individuare un diritto di pro-

⁴ Sulla connessione tra struttura del diritto, vista nel suo aspetto "fisiologico" (poteri, facoltà obblighi) sia nel momento "patologico" (cioè dei rimedi) e la natura del bene che ne è oggetto, nel senso che a seconda dell'oggetto, il diritto si articola in modi diversi cercando di aderire il più possibile a quella entità che è stata qualificata come bene, cfr. ZENO ZENCOVICH, *Cosa*, cit. p. 449.

⁵ Dopo le osservazioni svolte nel primo capitolo non è forse necessario precisare che il richiamo alla natura è riferito al bene giuridico, e non alla cosa sulla scorta della considerazione che "non esistono cose oggettivamente appropriabili e cose oggettivamente inappropriabili in senso assoluto. Esistono cose di cui è più facile, in linea di fatto, riservare l'uso e il godimento a un singolo soggetto, escludendone gli altri, e cose rispetto a cui tale riserva e la corrispondente esclusione sono, sempre in linea di fatto, più difficili". "Dal punto di vista giuridico, poi una cosa è appropriabile o non appropriabile, se esiste un precetto, una regola, una norma" "A sua volta, l'esistenza o inesistenza di simile precetto, regola o norma ... dipende ovviamente da una valutazione degli organi preposti in ciascun ordinamento alla formazione del diritto. Questi terranno conto della minore o maggiore o anche massima difficoltà di riservare l'uso o un certo uso e la disposizione o una certa disposizione della cosa a singoli soggetti, ma inoltre e soprattutto delle ragioni etiche, sociali, economiche, in definitiva politiche che possono indurre a stabilire o non stabilire con gli opportuni mezzi giuridici quella riserva a favore di dati soggetti" Cfr. PUGLIESE, *Dalle res incorporales del diritto romano ai beni immateriali di alcuni sistemi giuridici odierni*, in *RTPC*, 1982, 1137.

prietà che si compatta intorno ad un unico centro di riferimento costituito appunto dallo Stato persona.

Si possono quindi rivedere i termini del problema, che secondo l'impostazione tradizionale viene posto nel senso di stabilire se la titolarità del dominio si risolve tutta nella titolarità dei poteri amministrativi attribuiti dalla legge, o se residuino altre prerogative, ed in ragione di queste seconde attribuire alla locuzione "all'appartengono allo Stato" il riconoscimento di un diritto di proprietà.

In ordine a questo aspetto la risposta sembra essere quella di ammettere queste altre prerogative di natura proprietaria nei limiti di quanto argomentato fino ad ora, vale a dire che ciò non si risolve nell'allocazione del bene in proprietà, ma nell'allocazione di prerogative individuali sul bene.

Anzi si potrebbe dire che l'area delle utilità disponibili, sulle quali l'appartenenza dell'ente pubblico si può esprimere, per così dire, civilisticamente, risulta notevolmente ampliata rispetto agli esempi tradizionali. La prospettiva di disgiungere l'utilità protetta dal regime demaniale rispetto ad altre utilità che possono essere selezionate e sulle quali possono essere riconosciute prerogative di tipo individuale, consente non solo di ammettere la circolazione di esse, ma anche di ampliarne il contenuto.

Ciò che "sopravanza la demanialità", per dirla con Vitta e Guicciardi, può diventare ben ampio se ci si allontana dalla concezione fisicista del bene e si ammette di dissociare l'utilità protetta individuandola e circoscrivendola in stretto rapporto allo scopo di rendere il bene accessibile a tutti.

Per queste stesse considerazioni, però, è da rilevare che, riconosciuta la titolarità di poteri e facoltà ulteriori rispetto ai poteri amministrativi, (i quali, come osservato, con riguardo ai beni in esame sono riassumibili nella funzione di tutela dell'utilità protetta), questi poteri e facoltà investono utilità per così dire esterne alla demanialità.

Invece la possibilità di individuare proprio tali prerogative in quanto di tipo individuale su altre specie di disponibilità della cosa in

tanto è ammessa, in quanto risultino compatibili con la resa di servizi indivisibili di cui tutti possono godere. La titolarità di poteri e facoltà in ordine alle disponibilità che la cosa rende è quindi successiva alla selezione di esse.

Si può allora delimitare meglio l'indagine, cui è dedicato questo secondo capitolo, in ordine al significato della locuzione "appartengono allo Stato", dopo le precisazioni ora svolte, cioè dopo che si è escluso che essa valga ad individuare la titolarità di una proprietà compatta, e dopo che si è ritenuto esterna alla protezione demaniale la titolarità di tipo proprietario di poteri e facoltà sulle utilità dette appunto residuali.

Si tratta di vedere fino a che punto "l'appartenenza" si traduce, nella titolarità di funzioni anche a seguito del conferimento di queste alle autonomie, ed in particolare in che misura e in che modo, essa consenta la concorrenza nel potere decisionale attribuito all'ente pubblico a protezione dell'utilità collettiva. Dall'esercizio di tale potere deriva infatti, come si è visto, la possibilità di ammettere, e secondo quale estensione, le prerogative di tipo individuale sulle altre specie di disponibilità della cosa.

Solo con riguardo a queste prerogative sembra, infatti, possibile ragionare in termini di valorizzazione economica del bene, per la quale si dispone ora di nuovi strumenti quali il nuovo statuto delle Agenzie del demanio, la Patrimonio dello Stato Spa, la Infrastrutture Spa e più in generale degli strumenti di privatizzazione.

In conclusione, la coesistenza tra sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale è qui affrontata, in linea con l'ipotesi finora seguita, ritenendo che i due principi, con riguardo ai beni demaniali ad uso collettivo, operino su due piani, il piano relativo all'uso comune del bene cui si riferisce la funzione di protezione assegnata all'ente in quanto esponente della collettività, in relazione al quale viene in rilievo la sussidiarietà verticale, ed il piano delle utilità residuali in relazione al quale viene in rilievo la sussidiarietà orizzontale.

In questo capitolo ci si sofferma sulla sussidiarietà verticale, ed in base a quanto osservato si tratta di leggere l'appartenenza allo

Stato, e le disposizioni sul conferimento come confronto tra criteri concorrenti di allocazione delle funzioni, per verificarne il grado di compatibilità e di integrazione ovvero di reciproca esclusione⁶.

⁶ Rispetto alla prospettiva assunta nel testo può essere interessante porre a confronto le pronunce della Corte Costituzionale in materia di determinazione e riscossione di canoni a seguito del conferimento della potestà concessoria alle regioni su beni "appartenenti" allo Stato come ad esempio il demanio marittimo e il demanio idrico. Si possono individuare due impostazioni, che, per vie diverse, comunque concorrono a negare la pretesa delle regioni in ordine alla determinazione e all'introito dei canoni. Secondo una prima impostazione che nasce insieme con il trasferimento di competenze a seguito della prima e della seconda regionalizzazione (dpr. 8/72 e dpr. 61677) la potestà di imposizione e riscossione del canone è riconosciuta allo Stato perché tale potestà segue la titolarità del bene (cfr. Corte cost. 21 luglio 1995, n. 343, ma già Corte Cost. 6 giugno 1989, n. 326 e precedentemente Corte Cost. 9 giugno 1986, n. 133). Queste pronunce sembrano ricollegarsi all'impostazione della dottrina (in particolare cfr. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica* cit., ed in relazione allo specifico problema ID, *Profili dominicali e profili funzionali nel rapporto Stato-Regioni in materia di beni pubblici*, in *Le Regioni*, 1987, p. 250, commento a Corte Cost. 133/1986 in *Le Regioni*, 1986, 1263.) che afferma sui beni demaniali il diritto di proprietà dello Stato, ove le deroghe determinate dal regime demaniale non intaccano la natura del diritto dominicale, su cui ci si è soffermati nel primo capitolo. Nella prospettiva assunta nel testo, le pronunce possono essere lette ritenendo che la titolarità del bene valga ad indicare la titolarità delle prerogative che rientrano nell'ambito del c.d. residual claim, non significhino cioè l'affermazione della proprietà dello Stato sul bene, ma l'allocazione di una prerogativa individuale su una determinata disponibilità della cosa (la produzione di un reddito), per così dire esterna al regime demaniale. Diverso appare invece il percorso seguito da Corte Costituzionale (Corte Cost. 9 maggio, 2003, n. 150) che dichiarare inammissibile il ricorso proposto dalla Regione Molise che aveva sollevato conflitto di attribuzioni nei confronti del Presidente del Consiglio dei Ministri in relazione ad alcuni provvedimenti con i quali l'Agenzia del Demanio aveva intimato a taluni privati, possessori di aree demaniali il pagamento di indennità per abusiva occupazione. Il ricorso era dichiarato inammissibile in quanto, secondo la Corte, oggetto reale della controversia era costituito dalla rivendica della titolarità del demanio marittimo (estranea ai conflitti di cui all'art. 134 cost.). Il ricorso invero era fondato sulla considerazione che "non essendo concepibile la proprietà del bene demaniale distinta dal perseguimento delle relative funzioni, alle Regioni va riconosciuta la proprietà del bene demaniale". Nel ricorso appare evidente l'ascendente dottrinario della proprietà pubblica nella sua formulazione tradizionale (nella dottrina più recente cfr. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici e di interesse pubblico*, cit. p. 1081) Sostiene la Corte "la nozione di demanio marittimo, un tempo espressiva di funzioni facenti capo esclusivamente allo Stato, con lo sviluppo

1.2. La titolarità di funzioni nell'organizzazione giuridica dell'amministrazione pubblica

Se, come si ricordava all'inizio, tratteggiare la storia del demanio, in quanto proprietà collettiva amministrata dallo Stato è tratteggiare la storia dello Stato stesso e della proprietà⁷, si può anche dire che i termini con i quali si affronta una questione relativa al demanio implicano l'accoglimento di un'idea di proprietà e di un'idea di Stato.

Nel primo capitolo ci si è soffermati su alcuni tratti dell'idea di proprietà, e l'aver individuato nella situazione di appartenenza dei beni demaniali ad uso collettivo una funzione, che riassuntivamente si è qui chiamata di protezione, come prerogativa non riconducibile alla titolarità di un "pacchetto proprietario", consente ora, con riguardo all'idea di Stato, di concentrare l'attenzione sullo svolgimento di tale funzione, come questione distinta rispetto al problema dell'imputazione delle prerogative proprietarie.

In altre parole, una volta ricondotta tale funzione di tutela alla struttura gerarchica, si è deviato anche il percorso dell'imputazione di poteri dall'angolo visuale della proprietà, all'angolo visuale dell'organizzazione giuridica dell'amministrazione.

Occorre invero considerare innanzitutto che la descrizione degli statuti proprietari fa perno sul soggetto come centro di imputazione

delle autonomie è divenuta espressiva di una pluralità di funzioni, alcune delle quali rimaste allo Stato, altre "delegate" ai comuni e alle regioni, altre ancora conferite alle regioni ed un conflitto di attribuzioni non è concepibile se esso non investe funzioni attribuite alla Regione ma siano rivendicate dalla Regione stessa invocando la titolarità del bene cui ineriscono. La Corte presuppone quindi che vi siano funzioni espressione dell'appartenenza, discendenti cioè dalla disposizione legislativa a monte (art. 822 cod. civ.) la cui legittimità costituzionale non può essere contestata in sede di conflitto di attribuzione (cfr. Corte Cost. n. 334/2000). Rispetto all'impostazione seguita nel testo, la pronuncia citata apre il problema di stabilire quali funzioni siano allocate dalla disposizioni sull'appartenenza allo Stato rispetto alle funzioni allocate dal nuovo riparto di competenze avviato dalla L. 59/97.

⁷ CAMMEO, *Demanio*, Dig. It., vol IX, parte I 1881 – 1889, p. 843

di diritti e di obblighi, e sulle relazioni intersoggettive⁸, secondo canoni quindi che oggi mal si adattano a descrivere lo svolgimento dell'organizzazione giuridica della pubblica amministrazione ed in particolare il riparto di funzioni tra Stato e Autonomie⁹.

Non sempre è stato così. Quando Ranelletti tracciava la storia dei beni dell'*Allmende* che dalla collettività come unità passano alla persona giuridica, a cui l'associazione assurge¹⁰, esprimeva ad un tempo una teoria dei beni pubblici ed una teoria dello Stato secondo un modello di amministrazione che appare molto lontano da quello attuale, e che consentiva, in quella prospettiva, di sovrapporre il tema dell'imputazione della titolarità del bene rispetto al tema della titolarità di funzioni sul bene.

⁸ Ma per un'ampia ricostruzione critica del ruolo del soggetto e della trasformazione della proprietà da diritto della persona, da diritto del proprietario, da qualità del soggetto proprietario, a principio di organizzazione, cfr. P. BARCELLONA, *La parabola del soggetto giuridico moderno*, cit. p. 89.

⁹ Ci si limita a brevi richiami, senza dare svolgimento a questo tema, non solo perché troppo ampio, ma anche perché appaiono definite e chiarite alcune posizioni di fondo sia sotto il profilo delle divergenze che delle convergenze tra le diverse tesi. Per una sintesi di queste posizioni di fondo cfr. A. ROMANO TASSONE, *Note sul concetto di potere giuridico*, in *Annali della facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Messina*, n. 2, 1981, p.406 ess. Per una compiuta rassegna che coglie il passaggio dalla costruzione unitaria della personalità giuridica statale al pluralismo dei poteri amministrativi nella prospettiva dell'organo cfr. A.MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel diritto amministrativo*, Milano, 1986. Per una sintesi dei concetti di amministrazione nel passaggio dallo Stato borghese allo Stato pluriclasse e per l'ipotesi della pluralità degli ordinamenti giuridici a base di una teoria dell'organizzazione in un sistema pluralistico di amministrazioni pubbliche Cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol I cit. in particolare p. 95. Per una lettura della funzione come momento di esistenza ed effettività del potere e quindi come entità di organizzazione, che si manifesta non mediante soggetti e relazioni intersoggettive, ma sul piano obbiettivo, percepibile soprattutto attraverso processi attuativi di poteri cfr. BERTI, *La Pubblica amministrazione come organizzazione*, cit..

¹⁰ RANELLETTI, *Concetto... Teoria*, ora in *Scritti giuridici scelti, IV, beni pubblici*, cit. p. 257.

In termini letterari di inizio '900 "Il concetto di Stato, così rafforzato al giorno d'oggi, forse non era altro che il concetto di maestà stabilito da Dio, in una forma ringiovanita e appena incipiente"¹¹.

Ora non solo tale impostazione risulta superata, ma appare superata anche la stessa suddivisione tra demanio statale, demanio regionale e demanio comunale, che si riteneva determinata dall'inserimento del bene in una funzione o in un servizio rispettivamente statale, regionale o comunale. E ciò non solo perché questo modello sembra contraddetto dal conferimento di funzioni su beni del demanio statale, ma più in generale perché è cambiato il contesto più generale dell'organizzazione, dove infatti l'allocazione di funzioni è retta dai principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

¹¹ La citazione è tratta da MUSIL, *L'uomo senza qualità*, Torino Einaudi, 1972, p. 438. Per l'inquadramento della proprietà pubblica, intesa come proprietà individuale dello Stato ente come riflesso della costruzione dello Stato come persona giuridica primaria, titolare della sovranità riferibile alla pandettistica tedesca (Laband, G. Jellinek senior, Otto Mayer) cfr. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, cit. vol. I, p. 40. Per un approfondimento storiografico di questi aspetti ID. *Profili storici della scienza del diritto amministrativo*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, p. 179 e seg. e CASSESE, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, 1971. Per una rilettura della figura di Otto Mayer, la sua singolarità rispetto ai giuristi del metodo giuridico, e la rottura nei confronti della scienza giuridica ufficiale sul terreno del diritto pubblico, e quindi delle figure dominanti di Laband e Jellinek cfr. M. FIORAVANTI, *Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo*, in *R.T.D.P.*, 1983, p. 600 dove si sottolinea che per Mayer "la vera grande novità dell'età dello Stato di diritto è quella dell'autonoma strutturazione in senso giuridico della Verwaltung, che si emancipa contemporaneamente dall'arbitrio del sovrano e dal dominio delle forme giusprivatistiche". "Per opera della scienza, e con la creazione degli istituti giuridici, si cerca di rendere l'azione amministrativa sempre più certa e calcolabile, in tal senso sempre più "giuridica", e nello stesso tempo la si libera dalle angustie degli schemi civilistici: ai poteri dello Stato assoluto, Mayer contrappone uno Stato di diritto che non vuol essere in alcun modo fondato sulla supremazia del diritto privato, ma che presuppone invece una Verwaltung alla ricerca del proprio specifico giuridico, non organizzabile secondo le consuete forme giusprivatistiche del diritto soggettivo e della persona giuridica, e neppure concepibile come terreno di realizzazione dei principi costituzionali del primato della legge e della riserva di legge" (p. 638). Per i motivi che hanno indotto a condannare Mayer come nemico dello Stato di diritto e dei suoi contenuti politici liberali cfr. p. 655. Per l'inattualità della ricostruzione di certi istituti (p. 657)

Questi principi rendono inadeguata la qualificazione della pertinenza dell'interesse e della titolarità di funzione, mediante il riferimento al soggetto.

Per utilizzare espressioni con le quali la dottrina ha anticipato la formalizzazione di tali principi ad opera del legislatore, non sembra esservi spazio per un interesse soggettivo e quindi dello Stato della Regione o del Comune, ma solo per un interesse ordinamentale e quindi oggettivo, rispetto al quale lo Stato la Regione e il Comune sono strumenti di mediazione, ciascuno nella propria competenza (e non più in una propria capacità) delle indicazioni che provengono dal basso¹².

E' allora opportuna prima di ogni altra considerazione mettere in rilievo alcuni aspetti generali relativi al nuovo assetto determinato dal nuovo titolo V della Costituzione, che più direttamente sembrano incidere nel riparto di funzioni sui beni demaniali ad uso collettivo, sulla scia delle "suggestioni" evocate dal principio di sussidiarietà in tema di rapporti tra interessi comunitari e interessi statali¹³.

¹² In questi termini Cfr. F.BENVENUTI, *Dalla sovranità dello Stato persona alla Sovranità dell'ordinamento*, in *Jus*, 1995, 2, p.193 ss.

¹³ In questi termini e, secondo l'espressione dello stesso Autore, "sintetizzando al massimo e a fini meramente suggestivi" sono le considerazioni di MERUSI, *Il diritto sussidiario dei domini collettivi*, in *R.T.D.P.*, 2003, p. 88. Il tema qui trattato dei beni demaniali ad uso collettivo si riferisce a beni diversi da quelli che sono fatti rientrare nella categoria dei domini collettivi, intendendo tali quelli direttamente imputati, quanto al dominio ad una collettività – comunità di abitanti (sul punto cfr. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit. in particolare da p. 263 e ss.). L'impostazione qui seguita, dove si svalorza il momento della compattezza proprietaria e di conseguenza il momento della situazione di dominio sul bene e della sua imputazione ad un soggetto, può essere occasione per cogliere alcuni aspetti comuni ed alcune differenze tra le due categorie di beni. Rispetto al momento della funzione di salvaguardia dell'esercizio collettivo è comune il problema del possibile conflitto tra l'interesse all'uso comune ed altri interessi generali. E sembra possibile cercare soluzione nella stessa direzione sulla base del criterio della prevalenza dell'interesse fondato sulla generalità dell'interesse stesso. La differenza invece risiede nel fatto che per quanto riguarda i domini collettivi, il principio di sussidiarietà si colloca nel rapporto tra fonti (la fonte che disciplina il dominio collettivo cioè la consuetudine e gli statuti quali regole, laudi etc è esclusivamente sussidiaria all'ordinamento statale.) mentre per i beni demaniali qui esaminati il principio di sussi-

2. Conferimento di funzioni e principi dell'autonomia

2.1. I riflessi del principio autonomistico nei rapporti tra organizzazione e ordinamento generale

La questione del riparto di funzioni è qui letta, quindi, come svolgimento di un'organizzazione dove il rapporto tra amministrazioni si qualifica per la capacità di esprimere le istanze che provengono dai cittadini, mettendo in primo piano il problema focalizzato dalla dottrina già in relazione al principio autonomistico, sancito fin dall'origine dall'art. 5 della Costituzione.

In estrema sintesi, nel pluricentrismo autonomistico la diversificazione delle strutture organizzative non è un mero espediente tecnico – giuridico, ma la conseguenza o l'espressione di una diversificazione sociale, perché l'elemento caratterizzatore fondamentale dal quale discendono tutti gli altri, compresi i poteri di cui consiste l'autonomia, è l'esistenza, a sostegno ed alimentazione della struttura organizzativa, di una comunità.

Il problema è soprattutto quello di conferire creatività e in un certo senso originarietà agli ordinamenti espressi dalla pluralità di centri di forza sociale, senza compromettere il carattere unitario e totale dell'ordinamento generale.

Se il problema è stato finora considerato inesistente è solo perché si faceva coincidere l'ordinamento generale con l'ordinamento statale, e si consideravano tutti gli altri come derivati¹⁴.

diarietà si risolve nel criterio di riparto tra funzioni tra Stato e autonomie. Ora però tale criterio di riparto non ruota intorno all'imputazione di un diritto (né come diritto di proprietà dell'ente sul bene, né come diritto d'uso riconosciuto ad una comunità di abitanti), né in relazione all'ente a cui è riferibile l'interesse, perché il criterio di riparto non si dipana secondo rapporti tra soggetti ma secondo il livello organizzativo più adeguato ad interpretare l'interesse comunitario.

¹⁴ In questi termini NIGRO, *Amministrazione pubblica (organizzazione giuridica della)* in *Enc. Giur. Treccani*, p. 3

E' però da chiedersi se oggi "si possa dire di più"¹⁵.

Si è in proposito osservato che il nuovo titolo V esprime nuovi profili della relazione tra organizzazione e ordinamento giuridico come si coglie nella nuova versione dell'art. 114 dal quale emerge un impostazione del diritto pubblico che non identifica più lo Stato con suo ordine giuridico e non vale più quest'ultimo come lo spazio dello Stato quale legislatore, amministratore e dispensatore di giustizia. La figura dello Stato viene ora fatta apparire come il brano residuale di un insieme organizzativo, dove lo Stato perde anche l'esclusiva della produzione giuridica.

¹⁵ E' difficile dire fino a che punto il nuovo titolo V si ponga nel senso della continuità, ovvero della discontinuità rispetto all'assetto precedente. Sembra però preferibile la prima opzione che conduce a leggere il nuovo testo dell'art. 114 come svolgimento dei principi di autonomia dell'art. 5 della Costituzione, in modo più coerente rispetto alla vecchia disposizione "La repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni", dove l'espressione Repubblica era riferibile al territorio della Repubblica e non al suo ordinamento. Solo così, infatti, si poteva tacere dello Stato, che coincide col territorio della Repubblica, stabilendo però un filo di continuità con la vecchia dottrina dei tre elementi costitutivi dello Stato, in contraddizione con la nozione teorica corrente dello Stato costituzionale. Il nuovo testo dell'art. 114 appare invece coerente con l'art. 5, la cui promessa di adeguare principi e metodi della legislazione statale alle esigenze dell'autonomia e del decentramento postula una configurazione dello Stato come uno dei soggetti, e uno degli ordinamenti parziali, dell'ordinamento generale della repubblica. Su questi aspetti C. PINELLI *L'ordinamento repubblicano nel nuovo impianto del titolo V*, in *Il nuovo titolo V della parte II della Costituzione*, Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti tenutosi a Bologna il 14 gennaio 2002. Sul rapporto tra autonomia e sovranità che vede anche lo Stato persona come un soggetto derivato rispetto all'ordinamento costituzionale, come opinione generalmente accettata cfr. A. ROMANO, *Autonomia nel diritto pubblico*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, p. 33. In generale sulla ricostruzione dell'assetto costituzionale italiano a partire dalla separazione tra stato ordinamento e stato persona BENVENUTI, *L'ordinamento Repubblicano*, cit. e MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1957. In sede di teoria generale la nozione di ordinamento giuridico nel senso in cui oggi è utilizzata viene fatta risalire ad Hauriou e a S. Romano, ma era già presente in Kelsen quando precisava che lo Stato come ordinamento giuridico non doveva confondersi con lo Stato come soggetto, essendo rispetto all'ordinamento giuridico un soggetto alla pari con qualsiasi altro soggetto. Cfr. CASTIGLIA, *Stato e diritto in Hans Kelsen*, Torino 1932, p. 89

La collocazione dello Stato in fondo ad una scala di soggetti pubblici al cui apice vi sarebbero i comuni, vuole essere infatti il riconoscimento di una nuova figura di ordinamento, nel quale lo Stato giocherebbe un ruolo parziale, e, se non secondario, quanto meno soltanto completivo¹⁶.

Le citazioni appena riportate involgono temi ben più ampi rispetto a quello oggetto di questa indagine.

Lo scopo di tali brevi richiami, per quanto qui interessa, è limitato a mettere in rilievo una particolare angolazione da cui può essere affrontato il problema del riparto di funzioni tra Stato e autonomie con riguardo ai beni pubblici.

L'angolazione consiste nell'idea, peraltro coltivata in sede scientifica già sulla base dell'art. 5 Cost., che la decadenza della concezione soggettivistica e volontaristica dell'insieme pubblico imponga una lettura della giuridicità pubblica che abbandoni i termini e i concetti dominati dalla dogmatica della personalità dello Stato, a favore di una lettura che privilegia la relazione tra la società e tutta la compagine pubblicistica, dove il pluralismo istituzionale è significativo in quanto incapsuli un pluralismo della società¹⁷.

I riflessi di questa prospettiva, con riguardo al tema qui in esame, sembrano essere riconducibili ad alcuni profili, che hanno in comune l'abbandono di un'impostazione ancorata a regole di separazione di competenza, vale a dire a regole segnate da rapporti tra soggetti titolari ciascuno di un proprio dominio.

In estrema sintesi, per schematizzare l'ordine delle considerazioni che si intendono svolgere, un primo profilo attiene alla "differenziazione" delle funzioni tra Stato e autonomie in luogo di una con-

¹⁶ BERTI, *La giuridicità pubblica e la riforma del titolo V parte II della Costituzione*, in *Jus*, cit. p. 149

¹⁷ Cfr. BERTI, *La giuridicità pubblica*, cit., ID. *La parabola della persona stato (e dei suoi organi)*, cit., ID. *Commento all'art. 5 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di G. BRANCA, *Principi fondamentali*, Bologna, 1975, p. 288

trapposizione di poteri¹⁸; un secondo attiene allo strumento della programmazione e del coordinamento come momenti di superamento di eventuali conflitti; un terzo alla distinzione tra interessi riferibili all'ente in quanto tale, rispetto agli interessi riferibili alla comunità dei quali Stato e autonomie si fanno interpreti e mediatori¹⁹.

Si proseguirà quindi tenendo presente queste coordinate, accennando dapprima alle disposizioni dettate dal decreto legislativo n. 112/98 in materia di conferimento di funzioni su beni del demanio statale per poi concentrare l'attenzione sul riparto di competenze in ordine alle due funzioni che più direttamente investono l'attuale tema della privatizzazione, vale a dire la concessione e la sdemanializzazione.

Prima di proseguire va richiamata, come premessa, un'osservazione generale sui limiti di quanto sarà esposto.

Occorre invero considerare che è ancora recente la riforma costituzionale che ha riscritto con la L. Cost. 18 ottobre 2001 il titolo V della parte seconda della Costituzione. Si aggiunga la considerazione che è in corso l'esame del d.d.l. costituzionale sulla cosiddetta *devolution* o riforma delle riforme, tra le cui righe si intravede una nuova centralizzazione, nonostante la retorica dei proclami politici. Queste due circostanze rendono il quadro molto incerto, dato che la sedimentazione dei principi appare tanto più lenta quanto più avviene a

¹⁸ Cfr. BENVENUTI, *Partecipazione ed efficienza nella costruzione delle strutture politico-amministrative regionali e locali*, in *Atti del convegno nazionale di Pavia*, 1969, p. 41 e ss.; ID, *Il nuovo cittadino - Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994, p. 39 e ss.; ID, *Dalla sovranità dello Stato persona alla sovranità dell'ordinamento*, cit. p. 203; ID, *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. Trim. di scienza dell'amministrazione*, 1978; ID, *Ancora per un'amministrazione obiettivata*, in *Studi economici - giuridici*, Milano 1980.

¹⁹ Sui primi due profili non si può che rinviare agli Autori citati nelle note precedenti, e se ne darà svolgimento concreto nel corso dell'esame delle singole funzioni relative ai beni sulle quali ci si soffermerà. In ordine all'aspetto relativo alla distinzioni tra le due categorie di interessi, e quindi alla possibile conflittualità che può determinarsi tra la cura di interessi che l'ente ha in quanto tale e la cura di interessi della collettività di cui è rappresentativo cfr. GIANNINI, *Beni pubblici*, cit. p. 53

livello dei fondamenti della forma di Stato, e quanto più si sollevano dubbi sul fatto che essa sia condivisa da tutte le forze politiche o almeno da quelle dominanti.

2.2. Il principio di sussidiarietà in senso dinamico

Le premesse svolte fino ad ora sembrano necessarie non solo per contestualizzare le disposizioni relative al conferimento di funzioni dallo Stato alle autonomie nel quadro più generale del principio autonomistico che concorrono ad attuare, ma anche per sciogliere alcuni nodi concreti dipendenti dalla complessità della normativa che in concreto opera tale conferimento, contenuta nella Legge delega n. 59/97 e nel decreto legislativo n. 112/98.

Si possono segnalare come cause di tale complessità, innanzitutto la quantità e la varietà dei principi in essa contenuti, pur se tendono a raggrupparsi intorno a quelli successivamente costituzionalizzati di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

Inoltre il fatto stesso di attuare con un progetto generale una riforma che investe tanti settori dell'amministrazione, inevitabilmente tende a sacrificare l'adeguatezza rispetto al contesto normativo su cui interviene e le peculiarità quindi di ogni singola materia.

Né la soluzione può rinvenirsi nella meccanica applicazione del canone secondo il quale è tassativo l'elenco delle funzioni e dei compiti mantenuti in capo alle amministrazioni statali, mentre l'individuazione delle funzioni conferite ha carattere residuale, perché non sempre appare idonea a dirimere la questione della determinazione dell'ente destinatario in relazione alle funzioni non espressamente indicate.

Si pensi per esempio alla mancata indicazione della funzione relativa alla sclassifica del bene demaniale tra le funzioni mantenute allo Stato. La meccanica applicazione della tecnica appena citata condurrebbe a ritenere tale funzione conferita alle regioni ed eventualmente da queste ai comuni, mentre, anche solo a livello di prima

impressione, viene da pensare che sui beni del demanio statale le cose siano un po' più complicate.

Fin dai primi commenti svolti sulle singole disposizioni, tale tecnica è stata inquadrata in via generale nell'ambito dei principi di completezza²⁰, e di sussidiarietà, nella dimensione statica di tale principio, cioè come fondamento di un ordine prestabilito di competenze²¹.

Ora però la costituzionalizzazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza, unitamente al loro inserimento nel nuovo titolo V sulla cui impostazione, a partire dall'art. 114 ci si è appena soffermati, conduce ad un'evoluzione dell'interpretazione del criterio di riparto di competenze amministrative.

Come si è accennato il nuovo titolo V segna il passaggio da una idea di autonomia volta all'individuazione di un regime di riserva tendenzialmente esclusiva di materie in capo allo Stato alle regioni o ai comuni, verso la prefigurazione di una dinamica di coordinamento di processi decisionali.

La Corte Costituzionale ha infatti precisato che il principio di sussidiarietà enunciato nella L. 59/97 come criterio ispiratore della distribuzione legale delle funzioni amministrative fra Stato e gli altri enti territoriali e quindi già operante nella sua dimensione statica, come fondamento di un ordine prestabilito di competenze, quel principio, con la sua incorporazione nel testo della Costituzione, ha visto mutare il proprio significato. Accanto alla dimensione statica, che si fa evidente nella tendenziale attribuzione della generalità delle funzioni amministrative ai comuni, è resa, infatti attiva una vocazione dinamica della sussidiarietà, che consente ad essa di operare non più come ratio ispiratrice e fondamento di un ordine di attribuzioni

²⁰ TORCHIA, *Commento all'art. 1 del D.lgs.112/98 in Lo Stato autonomista*, cit., p.17.

²¹ Per una lettura del principio di sussidiarietà contenuto nella L. 59/97 in questi termini cfr. Corte Cost. 1 ottobre 2003, n. 303. Per la differenza tra dispositivi statici e dispositivi dinamici nel principio di sussidiarietà cfr. A. D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, p. 19

stabilite e predeterminate, ma come fattore di flessibilità di quell'ordine in vista del soddisfacimento di esigenze unitarie.

Da ciò deriva una concezione procedimentale e consensuale della sussidiarietà e adeguatezza ed impone di annettere a tali principi una valenza squisitamente procedimentale, poiché l'esigenza di esercizio unitario può aspirare a superare il vaglio di legittimità costituzionale solo in presenza di una disciplina che prefiguri un iter in cui assumano il dovuto risalto le attività concertative e di coordinamento orizzontale, ovvero sia le intese, che devono essere condotte in base al principio di lealtà²².

L'elaborazione di tale significato dei principi di sussidiarietà ed adeguatezza ad opera della Corte costituzionale, da cui deriva uno strumento dinamico idoneo ad incidere, con effetti di deroga, sulla rigidità della determinazione formale del riparto di competenze, pur affermato come criterio generale sembra richiedere alcune precisazioni quando si opera nel diverso piano²³ dell'interpretazione dei criteri di riparto delle funzioni amministrative stabilite nel D.lgs. 112/98.

Innanzitutto non è possibile invocare i suddetti principi per affermare una competenza amministrativa diversa da quella espressamente stabilita dalla fonte primaria, se non passando per la dichiarazione di incostituzionalità di quest'ultima, tanto più a seguito della L. 131/2003²⁴.

²² Corte Cost. 1 ottobre 2003, n. 303 e negli stessi termini Corte Cost. 13 gennaio 2004, n. 6. Per una rassegna delle decisioni della Corte Costituzionale in ordine al nuovo equilibrio tra poteri statali e regionali cfr. FALCON *L'autonomia amministrativa e regolamentare*, in *Le regioni 2 - 3/2004*, p. 391 ss.

²³ Nella pronuncia citata era diretto a riconoscere al legislatore statale un titolo di legittimazione alla regolazione e alla attribuzione delle funzioni amministrative non contemplato dall'art. 117 cost.

²⁴ Cfr. L. 131/2003, cosiddetta legge La Loggia art. 7, comma 6 dove si stabilisce che, fino a quando Regioni e Stato non provvederanno a dare attuazione all'art. 118 "le funzioni amministrative continuano ad essere esercitate secondo le attribuzioni stabilite dalle disposizioni vigenti". Ma già, secondo i principi, cfr. Corte cost. 23 luglio 2002, n. 376, *Cons. Stato* 2002, II, 1129

Vi è però uno spazio nel quale i principi di sussidiarietà ed adeguatezza possono operare nel senso dinamico affermato dal giudice delle leggi, secondo quanto appena esposto, e cioè in maniera da concorrere direttamente nella determinazione del livello di governo assegnatario della funzione.

Si tratta di tutti i casi in cui tale livello non è espressamente individuato dalla fonte legislativa.

In sintesi la possibilità di invocare il principio di sussidiarietà in senso dinamico sembra potersi ricondurre a due condizioni, vale a dire la mancata predeterminazione del livello di governo della specifica funzione da parte del legislatore e l'intesa tra i diversi livelli di governo. A queste due condizioni è opportuno dedicare qualche breve cenno.

2.3. Il conferimento di funzioni nella L. 59/97 e nel D.Lgs. 112/98

Quando una determinata funzione non è individuata espressamente dal legislatore nè tra quelle mantenute allo Stato, nè tra quelle conferite alle autonomie, il primo criterio al quale far riferimento è quello per il quale tutte le funzioni non espressamente individuate sono allocate alle regioni. Lo stesso criterio vale poi per il riparto tra Regioni e Comuni.

In questo senso vi sono precise indicazioni testuali nella L. 59/97 e nel D.Lgs. 112/98.

Per scendere nel dettaglio, in materia di demanio idrico l'art. 88 individua le funzioni e i compiti di rilievo nazionale e l'art. 89 le funzioni e i compiti conferiti alle regioni e agli enti locali; in materia di strade l'art. 98 prevede le funzioni mantenute allo Stato e l'art. 99 le funzioni conferite; in materia di demanio marittimo, l'art. 105 prevede funzioni conferite, mentre l'art. 104 individua le funzioni espressamente mantenute allo Stato.

La maggior parte delle funzioni e dei compiti conferiti non sono però individuati espressamente, ma attraverso il criterio della resi-

dualità, ed infatti i predetti artt. 89, 99 e 105 oltre ad indicare nominativamente alcune funzioni conferite contengono una clausola generale secondo la quale sono conferite tutte le funzioni non espressamente indicate tra quelle mantenute allo Stato.

Tuttavia non è possibile assolutizzare tale criterio. A parte l'osservazione appena svolta in ordine ad una funzione quale la sde-manializzazione – che non è espressamente menzionata - di beni del demanio statale che mal si concilia con l'estromissione dello Stato da ogni valutazione, si osserva che in un contesto di molteplici principi e di eterogenei ambiti di attuazione dei medesimi, lo schema della tassatività – residualità delle funzioni rispettivamente mantenute e conferite esprime soltanto uno dei principi, da coordinare con gli altri in ossequio al canone generale secondo il quale i rapporti tra principi non sono regolati dal criterio di esclusione come avviene per le norme, ma dal criterio di congiunzione²⁵.

In caso di principi eventualmente in conflitto, vi è la necessità del reciproco temperamento, che, nel caso in esame, vale a dire nel conflitto tra la meccanica applicazione dello schema della tassatività delle funzioni mantenute allo Stato e la generalità delle funzioni conferite, ed il principio di sussidiarietà in senso dinamico, trova una strada nella leale cooperazione e nell'intesa in senso forte già tracciata dalla Corte Costituzionale.

Questa impostazione non sembra più ardita²⁶, di quella intrapresa dalla Corte Costituzionale, perchè una volta accolto il significato "dinamico" dei principi di sussidiarietà e adeguatezza - ed a sostegno di tale significato, oltre alle motivazioni della Corte, depongono i richiami svolti in precedenza in tema di evoluzione dei concetti di Stato e di organizzazione della pubblica amministrazione - la sua ge-

²⁵ Su questi aspetti si rinvia a R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna 1982, p. 114 ss.

²⁶ Per una critica all'arditezza della Corte e l'ascrizione del riparto di competenze che ne deriva ad un fatto di normazione giurisprudenziale, cfr. A. CORPACI, *Attribuzione delle funzioni amministrative e titolarità della potestà legislativa di disciplina delle stesse*, in *Le Regioni*, 2-3/2004, p.423 ss.

nerale applicazione deriva dall'efficacia normativa di tali principi, come di ogni principio costituzionale, che si esprime anche nel vincolare l'interpretazione delle altre disposizioni a quei significati che siano più vicini alle loro indicazioni teleologiche²⁷.

Tale indicazione teleologica è chiaramente indicata nella citata pronuncia quando afferma che i principi di sussidiarietà e adeguatezza non possono operare quali mere formule verbali e che il nuovo art. 118, primo comma cost. introduce un meccanismo di flessibilità nella distribuzione delle competenze amministrative, là dove prevede che esse, mentre sono generalmente attribuite ai comuni, possono essere allocate ad un livello diverso per assicurarne l'esercizio unitario, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza. La matrice teorica ed il significato pratico della sussidiarietà comporta che essa agisca come subsidium, quando un livello di governo sia inadeguato alle finalità che si intenda raggiungere.

In sintesi "l'ascensore"²⁸ della sussidiarietà funziona a condizione che non siano predeterminato dal legislatore il livello di governo assegnatario della funzione, quando cioè il problema del riparto di competenze tra Stato e autonomie è un problema di interpretazione riconducibile alla composizione di diversi principi.

Non funziona invece nei casi in cui il principio di sussidiarietà trova espressione in forma rigida attraverso la predeterminazione della titolarità di alcune funzioni ad opera del D.lgs. 112/98, perchè non può consentire una deroga delle singole statuizioni che determinano il titolare della funzione.

A sostegno di tale prospettiva si può rinvenire un argomento testuale nell'espresso richiamo del principio di sussidiarietà, ogniqualvolta la legge disponga l'allocatione delle funzioni secondo il criterio residuale.

²⁷ Sull'efficacia normativa delle disposizioni di principio contenute nella Costituzione è d'obbligo il rinvio a V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, e a BARILE, *La Costituzione come norma giuridica*, Firenze, 1951

²⁸ L'immagine è di R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino 2002, p. 97

L'art. 1, comma 3 e l'art. 4 c. 3 lett. a) della L. 59/97 quando stabiliscono la tassatività delle funzioni mantenute allo Stato e l'attribuzione della generalità dei compiti alle autonomie rinviano contestualmente al principio di sussidiarietà, che equivale a dire che la generalità dei compiti e delle funzioni va attribuita alle autonomie se ed in quanto rappresentano le autorità territorialmente e funzionalmente più vicine ai soggetti interessati.

Si può cioè pensare che il D.lgs. 112/98, nei casi in cui per determinare il titolare della funzione, opera rinviando al criterio dell'attribuzione generale delle funzioni dei compiti alle autonomie, rinvia per ciò stesso al principio di sussidiarietà e cioè individua la competenza delle autonomie, e correlativamente dello Stato, se ed in quanto rappresentano le autorità territorialmente e funzionalmente più vicine ai soggetti interessati.

In questo spazio, per così dire argomentativo, sembra possibile inserire la titolarità del bene in capo allo Stato, come criterio concorrente, o meglio integrativo, in sede di interpretazione sistematica delle disposizioni relative al conferimento, con le disposizioni tradizionali ed invariate relative al regime del bene.

2.4. Il principio di leale cooperazione

Si è accennato a due condizioni che devono sussistere perchè il principio di sussidiarietà consenta di individuare direttamente il livello di governo assegnatario della funzione, vale a dire che il titolare della funzione non sia espressamente determinato dalla fonte legislativa, sulla quale ci si è appena soffermati, e che tale individuazione avvenga attraverso idonee forme di intesa e collaborazione tra i diversi livelli di governo.

Quanto alla seconda condizione, la “leale cooperazione” è principio di origine giurisprudenziale²⁹, divenuto in seguito dato di diritto positivo, ed in particolare per quel che riguarda più da vicino il tema in esame è richiamato all’art. 4, tra i principi della L.59/97, all’art. 4, commi 3,4 e 5, e all’art. 5 del T.U. delle leggi sull’ordinamento degli enti locali. Inoltre, al di là di una sua espressa menzione nel nuovo titolo V, si è ritenuto che esso costituisca ora “un’esigenza di sistema”, come corollario del pluralismo delineato dall’art. 114³⁰.

In ogni caso è al principio di leale collaborazione che fanno riferimento le disposizioni del nuovo titolo V, che richiedono intese, accordi o la partecipazione dei diversi enti a determinate decisioni, come ad esempio negli artt. 116, comma 3; 117, commi 5 e 8; 118, comma 3; 120, comma 2 della Costituzione.

Inoltre, tale principio trova espressione in appositi modelli strutturali e funzionali, prefigurati dagli artt. 3 e 9 della L. 59/97 per consentire la collaborazione tra enti locali, tra Regioni e tra i diversi livelli di governo e di amministrazione, che tuttavia non ne costituiscono l’unica manifestazione sensibile. La Corte Costituzionale ha infatti avuto occasione di precisare che la concentrazione in capo alla Conferenza Stato Regioni di “tutte le attribuzioni relative ai rapporti Stato Regioni” deve essere intesa in senso tendenziale, tale da non escludere la possibilità di stabilire altre forme di raccordo³¹.

Con riguardo ai beni demaniali ad uso collettivo il principio di leale collaborazione vanta, si potrebbe dire, una certa tradizione, alla

²⁹ Per la giurisprudenza immediatamente anteriore alla riforma costituzionale cfr. Corte Cost. 408/98, 19/97, 242/97.

³⁰ In questi termini R. Bin, *Il principio di leale cooperazione tra poteri*, in *Riv. dir. Cost.* 2001, p. 3 ss.. Cfr. inoltre, per la dottrina successiva alla riforma costituzionale, P. Veronesi, *I principi in materia di raccordo Stato-Regioni*, in *Le Regioni*, 6/2003, p. 1036 ss., Rolla, *Relazioni tra ordinamenti e sistema delle fonti. Considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in *Le Regioni*, 2002, p. 325 ss, L. Torchia, “Concorrenza” fra Stato e Regioni dopo la riforma del titolo V: dalla collaborazione unilaterale alla collaborazione paritaria, in *Le Regioni*, 2002, 650

³¹ Cfr. Corte Cost. 14 dicembre 1998, n. 408.

quale può essere utile accennare perchè consente di mettere in rilievo talune differenze derivanti dal mutato contesto ordinamentale.

A tal fine si può risalire al momento in cui, a seguito della "Legge ponte", è stata estesa la pianificazione anche al di fuori dei centri abitati, riconoscendo quindi l'esercizio delle funzioni amministrative in materia urbanistica e quindi di competenza dei comuni anche sul demanio statale. In particolare il problema si poneva con riguardo ai beni del demanio marittimo investito da nuovi usi sotto la spinta del turismo di massa.

Si presentava, forse per la prima volta, almeno in via generalizzata, il problema di ammettere sul demanio statale l'esercizio di funzioni da parte di amministrazioni diverse

Successivamente, la convergenza di funzioni delle autonomie sul demanio statale era ampliata dai primi trasferimenti dallo Stato alle Regioni di altre funzioni che valevano ancora di più ad erodere l'esclusività delle funzioni statali³². In senso ancor più deciso operava poi la seconda regionalizzazione con la devoluzione alle Regioni delle funzioni di gestione di beni del demanio statale, anche se limitatamente alle materie di cui al vecchio art. 117 cost.³³.

Con l'affermazione sugli stessi beni di poteri concorrenti e autonomi³⁴, il problema del conflitto con la disciplina delle funzioni tradizionali veniva affrontato nella prospettiva di stabilire un coordina-

³² per esempio, in materia di lavori pubblici l'art.2 lett. G del D.P.R. 8/72, prevedeva il trasferimento delle funzioni relative alle opere concernenti i porti di seconda categoria dalla seconda classe in poi.

³³ Cfr. art. 59 del D.P.R. 616/77 "Sono delegate alle Regioni le funzioni amministrative sul litorale marittimo, sulle aree demaniali immediatamente prospicienti, sulle aree del demanio lacuale e fluviale, quando la utilizzazione prevista abbia finalità turistico ricreative..."

³⁴ Cfr. Cass. S.U. 12.12.1967, n.2969, che si è espressa in questi termini nell'ammettere la coesistenza di potestà in materia urbanistica con le potestà dell'autorità marittima, ed è formulazione che poi è diventata ricorrente ed ha indirizzato lo stesso legislatore.

mento fra i diversi poteri³⁵ che da diversa angolazione si esercitano sulla stessa realtà (i beni demaniali), per la tutela di diversi interessi pubblici.

La ricognizione delle nuove funzioni dipendenti dall'individuazione dei nuovi interessi, come per esempio la tutela dell'ambiente, del governo del territorio, dell'economia basata sul turismo di massa, ulteriori rispetto ai tradizionali usi del bene, era compiuta nella prospettiva dell'inevitabile potenzialità di conflitti di amministrazione³⁶.

Emergeva quindi la necessità di preventivi meccanismi di coordinamento delle azioni politico amministrative finalizzate alla gestione del demanio rinvenibili nel modello dell'intesa³⁷, anche se ne era rilevata l'insufficienza, perché la mancanza di accordo fra le diverse amministrazioni non era accompagnata da meccanismi per il superamento dei contrasti³⁸, intravedendosi una possibile soluzione nel passaggio da un modello di amministrazione elementare ad un modello di amministrazione programmata³⁹.

Per riunire questi brevi accenni in una definizione di insieme si può dire che anteriormente alla L. 59/97 ed alla riforma del titolo V gli eventuali conflitti tra Stato e autonomie erano letti attraverso una sorta di *summa divisio* tra due tipi di funzioni, quelle afferenti all'appartenenza del bene, identificabili in correlazione ad un nucleo

³⁵ In questa direzione si muovono gli studi di CASANOVA, *Demanio marittimo* cit., e CORBINO, *Il demanio marittimo*, cit.

³⁶ LIBERTINI, *Legge 8 agosto 1985, n. 431, note introduttive*, in *Le Leggi civ.comm.* 1986, n.5-6, p. 914

³⁷ Già da allora la Giurisprudenza della Corte costituzionale, cfr. Corte Cost. 14 luglio 1976, n. 175, in *Giur. Cost.* 1976, p. 1085 e successivamente Corte Cost. 15 novembre 1985, n. 286, in *Le Regioni*, 1986, p. 543 riconosceva nell'intesa un principio generale dell'ordinamento e come istituto tipico e generale del diritto pubblico cui deve farsi ricorso ogni qual volta si debba provvedere alla complessità di interessi pubblici eterogenei, fra loro concorrenti, imputabili a diversi centri di riferimento e tutti di rilievo costituzionale.

³⁸ CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, Milano 1986 p.102.

³⁹ CORBINO, *Il demanio marittimo, nuovi profili funzionali*, Milano, 1990., p. 239 e segg.

delimitato e preciso di interessi particolari riferibili allo Stato ritenuti a fondamento della demanialità (per il demanio marittimo: difesa, sicurezza della navigazione, polizia doganale, pubblica sicurezza, pesca, cantieristica, etc.)⁴⁰, e quelle relativi ad altri interessi che convergono necessariamente sul territorio, e quindi sul demanio in quanto porzione di territorio, tra cui l'urbanistica, l'ambiente il turismo etc.

Ora la situazione è diversa perchè sono le stesse funzioni di amministrazione del bene, vale a dire quelle funzioni che si ritenevano ascrivibili all'appartenenza, ad essere devolute alle autonomie.

Per questo aspetto il problema è nuovo, ma si può ritenere, per quanto fino ad ora osservato, che la soluzione passi ancora attraverso l'intesa, ma che ciò avvenga in forza del principio di sussidiarietà e non per una correlazione tra pertinenza degli interessi e pertinenza del bene al soggetto Stato.

Sembra invero potersi affermare che "l'appartenenza" del bene allo Stato non valga ad identificare determinate funzioni sul bene in ragione della riferibilità ad esso di interessi perseguibili attraverso di esse, ma rilevi tuttavia come indice del livello sovralocale di determinati interessi.

Occorre quindi soffermarsi sul criterio per stabilire quando una funzione investa interessi di carattere sovralocale.

3. La titolarità del bene nella dinamica della sussidiarietà

3.1. Il contenuto della titolarità del bene nelle teorie dei beni pubblici

Come premesso all'inizio del capitolo "l'appartenenza" all'ente predicata dalla disposizione codicistica sarà ora letta come elemento

⁴⁰ Cfr. CORBINO, *Il demanio marittimo*, cit. p. 12

che incide nel criterio di allocazione delle competenze amministrative riconducibili alla tutela dell'uso collettivo.

Da quanto appena esposto sembra potersi affermare che, ferma l'espressa individuazione della titolarità delle varie potestà ad opera della legge, l'unico spazio assegnato "all'appartenenza" per determinare il livello di governo dipende dallo svolgimento del principio di sussidiarietà in senso dinamico.

In estrema sintesi "l'appartenenza" del bene allo Stato, posta sul piano dell'allocazione delle funzioni, può concorrere a definire il riparto di attribuzioni tra Stato e autonomie, se, ed in quanto espressione di interessi riferibili a tutta la comunità nazionale, e purchè sia rispettato il principio di leale cooperazione.

Ora però non si può, o meglio non si può più affermare che "l'appartenenza" del bene demaniale allo Stato vale ad identificare un regime di protezione di interessi statali.

Non è più possibile, almeno dalla L. 59/97 e ancor più dalla riforma del titolo V della Costituzione porre la questione in termini di rapporto tra interessi statali, desumibili dall'appartenenza del bene allo Stato, ed altri interessi riferibili alle autonomie quali l'interesse relativo alla disciplina del territorio, alla disciplina del turismo desumibili dalla titolarità di funzioni riconosciute in capo ad esse.

Questo tipo di confronto si poteva porre un tempo, ed in effetti in tali termini fu posto, come appena osservato, quando un certo nucleo di funzioni, quelle considerate diretta espressione della demanialità previste dalle leggi speciali relative ai singoli beni, come per esempio le funzioni previste dal codice della navigazione in materia di demanio marittimo e di demanio della navigazione interna, rimanevano attribuite allo Stato.

Non appena la devoluzione alle autonomie investe proprio tali funzioni - e ciò avviene in via generale con la L. 59/97, dopo le timide anticipazioni degli anni 70 con la prima e la seconda regionalizzazione - cambiano i termini della questione.

I beni del demanio statale non possono considerarsi strumentali alla soddisfazione di interessi statali, altrimenti si verrebbe a negare

la devoluzione stessa colta non tanto nella pur auspicata maggiore efficienza, ma soprattutto come espressione del principio autonomistico che ne è a fondamento, e che giustifica, tra l'altro, l'espressa attribuzione alle autonomie di funzioni, come quella concessoria, che determinano l'uso del bene.

Come accennato d'altra parte, e in via più generale, nell'attuale organizzazione giuridica dell'amministrazione non sembra esservi spazio per un interesse soggettivo e quindi dello Stato della Regione o del Comune, ma solo per interessi comunitari, rispetto ai quali lo Stato la Regione e il Comune sono strumenti di mediazione, ciascuno nella propria competenza delle indicazioni che provengono dal basso.

In sintesi, in un quadro istituzionale nel quale la competenza è determinata dal livello dell'interesse e dall'adeguatezza del livello di governo a rappresentarlo, occorre partire dalla premessa che la titolarità delle funzioni sul bene non dipende dalla titolarità del bene, e che quest'ultima può eventualmente riflettersi sulla titolarità di funzioni se ed in quanto vengano in rilievo interessi che chiamano in causa il governo sovralocale, in deroga alla generale attribuzione delle funzioni a livello delle autonomie.

Occorre allora chiedersi rispetto a quali funzioni la titolarità del bene demaniale valga ad individuare un livello di interessi sovralocali.

Questo però dipende dal significato che si attribuisce alla titolarità del bene demaniale, e segnatamente dei beni demaniali ad uso collettivo, significato che varia al variare delle teorie sui beni pubblici.

Alla dicotomia proprietà individuale dell'ente pubblico - proprietà collettiva si è già accennato nel primo capitolo, e si è di frequente fatto riferimento ad alcune definizioni o affermazioni che sono espressione dell'una o dell'altra teoria.

D'altra parte i modelli del passato sono gli strumenti indispensabili, anche sotto il profilo linguistico, per ragionare intorno alle innovazioni attuali.

Nel primo capitolo, il richiamo ai modelli tradizionali⁴¹ era inteso a mettere in rilievo la giustificazione, l'estensione e i limiti dell'inappropriabilità a titolo individuale, vista come carattere essenziale della forma di appartenenza – intesa in senso generale come disciplina di assegnazione di utilità e di prerogative – relativa ai beni ad uso collettivo.

Il discorso si è poi sviluppato facendo perno sull'idea della dissociazione delle prerogative proprietarie, escludendo quindi che l'art. 822 c.c. identifichi in capo allo Stato la titolarità di una proprietà compatta.

Ora è opportuno accennare a quelle stesse teorie sotto altro punto di vista. Si tratta, come anticipato all'inizio di questo secondo capitolo, di riguardare la sola prerogativa della funzione di protezione dell'utilità garantita dal regime demaniale del bene e di come la disposizione secondo la quale determinati beni demaniali ad uso collettivo "appartengono" allo Stato, incida nella distribuzione di questa prerogativa tra Stato e autonomie.

I concetti di proprietà collettiva e di proprietà pubblica, di riserva e di destinazione, possono essere ripresi sotto questo particolare profilo, nella prospettiva di far emergere il livello di governo più adeguato per garantire l'interesse tutelato, rispetto ai principi di sussidiarietà differenziazione e adeguatezza.

Si è già accennato, nel primo capitolo, che il richiamo alle teorie sui beni pubblici secondo una prospettiva che suddivide dicotomicamente le dottrine della proprietà individuale e della proprietà collettiva, ha valore solo stipulativo, perchè sembra la più idonea a met-

⁴¹ Il termine dottrina tradizionale a fronte della varietà delle varie teorie e dei diversi criteri con i quali sono state raggruppate e suddivise intende essere solo una formula di comodo per rinviare ai modelli anteriori alle riforme di cui qui ci si occupa.. Anche da un punto di vista semplicemente cronologico si dovrebbe distinguere fra le dottrine a cavallo del secolo (Ranelletti, Cammeo), quelle anteriori al codice civile (Romano, Donati, Guicciardi, Zanolini) quelle successive ad esso (Guicciardi, Zanolini, Sandulli Resta) e quelle che hanno affrontato una rilettura globale dell'intera problematica (Giannini, Cassese, Cassarino). Per una sintesi dell'evoluzione della scienza giuridica cfr. ARSI, *I beni pubblici*, cit. p. 1709, e seg.

tere in rilievo alcuni aspetti, e si può continuare su questa strada aggiungendo che appare il massimo della sintesi consentita per disporre di un'idea riassuntiva del rapporto tra demanialità e appartenenza⁴².

3.2. I limiti di un possibile superamento delle divergenze tra le diverse teorie.

Conviene accennare preliminarmente ad alcune delle ragioni che hanno condotto a divergenze talora sensibili tra le diverse teorie, al limitato fine di giustificare il motivo della suddivisione nei due gruppi della proprietà individuale dell'ente e della proprietà collettiva, secondo quanto accennato nel primo capitolo.

Una prima causa di divergenza tra le diverse teorie è derivata dall'esigenza di dare una definizione di sintesi a diverse categorie di beni.

L'esigenza di sintesi definitoria relativa a beni diversi era determinata non soltanto dal metodo dogmatico allora utilizzato ma anche dal tipo di problema che si proponevano di risolvere, quello cioè di identificare quali fossero i beni demaniali in presenza di

⁴² Tra le diverse rassegne delle teorie, si segnala per l'attenzione dedicata agli aspetti metodologici BENVENUTI L., *La frontiera marina*, p.161 e seg. dove si richiama l'evoluzione del pensiero dottrinale suddividendo tre fasi. Una prima, che è considerata un po' come la preistoria del problema, in cui le nozioni principali della materia sarebbero trattate in modo semplificato (GIANNINI, *I beni pubblici*, p. 22 cit. in proposito parla di indistinzione nozionale), una seconda in cui la dottrina italiana, ispirandosi alla riflessione svolta dalla dogmatica tedesca intorno al concetto di proprietà pubblica, avrebbe tentato di circoscrivere con metodo rigoroso, pur se con risultati dogmaticamente discutibili, le nozioni principali, contribuendo peraltro a risolvere questioni controverse in sede giurisprudenziale. Infine una terza fase in cui, in seguito all'influenza esercitata dallo storicismo nei confronti della dogmatica giuridica, e a seguito dell'avvento di un modo di approccio realistico ai principali problemi afferenti alla teoria dei beni pubblici, le nozioni tradizionali sarebbero state sottoposte a vaglio critico.

un'elencazione non tassativa contenuta nel codice previgente e di distinguerli dai beni patrimoniali indisponibili.

In generale, le teorie della proprietà pubblica hanno incentrato l'indagine sulla destinazione del bene e le differenze fra le diverse teorie si possono ricondurre al diverso modo di individuare il contenuto della destinazione⁴³.

La caratteristica dei beni demaniali è stata individuata nella destinazione ad un servizio pubblico governativo, nozione che estendeva la formula di destinazione all'uso pubblico, oltre all'uso diretto e immediato dei singoli, anche a quello indiretto e mediato che ridonda a vantaggio della collettività attraverso una attività svolta dalla pubblica amministrazione⁴⁴.

E' stata individuata nella destinazione all'uso pubblico diretto, immediato dei singoli, nella destinazione immediata ad un fine amministrativo⁴⁵, o nella destinazione ad una funzione pubblica o al soddisfacimento di un pubblico interesse, con la precisazione che quel bene non possa avere altra destinazione e che quell'interesse non possa essere soddisfatto se non con quel bene⁴⁶.

Tali differenze dipendono per lo più dalla difficoltà incontrata dalla dottrina di ricondurre ad un'unica destinazione beni demaniali fra loro eterogenei dal punto di vista fisico e morfologico che si prestano per la loro conformazione a diverse utilizzazioni e quindi a soddisfare interessi diversi⁴⁷.

⁴³ Tra le critiche nei confronti della proprietà pubblica vi è il rilievo che l'indicazione dei tipi di destinazione deve trarsi dal diritto positivo e riguarda quindi i singoli beni pubblici. V. CASSESE, *I beni pubblici*,...cit., p. 93, nota 25 bis e nella stessa nota v. p. 100 sul modo in cui la destinazione o la funzione operi sul diritto di proprietà.

⁴⁴ Questa concezione si riallaccia alla dottrina di Mayer che viene riassunta da GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. p.47.

⁴⁵ RANELLETTI, *Caratteri distintivi* cit..., p. 281 e p.286.

⁴⁶ RESTA, *Dei beni pubblici*, cit. p.66 che interpreta un'idea di Cammeo esposta in una nota, "quasi di sfuggita" come si rammarica GUICCIARDI, *Il demanio*, cit.,p.61.

⁴⁷ Si può precisare che restringere il campo ai beni demaniali ad uso collettivo ha una portata ben diversa anche qualitativa che restringere il campo dai beni pubblici ai

Uno scoglio particolare era rappresentato dai beni del demanio militare sul quale sembravano votate ad infrangersi le teorie che identificavano il tratto caratteristico della demanialità nell'uso comune. Lo scoglio era tale solo nel senso di non consentire, attraverso l'individuazione della destinazione all'uso comune di abbracciare tutti i beni demaniali, in quanto i beni del demanio militare non avevano certo questa destinazione, ed infatti in alcune teorie il problema era risolto qualificando questo demanio come demanio eccezionale⁴⁸.

Si potrebbe, per incidens, osservare che, essendo la difesa militare un servizio indivisibile, i beni destinati a tale servizio presentano una giustificazione del regime demaniale, in una prospettiva giuseconomica, forse maggiore di altri beni per i quali il problema della demanialità non si poneva⁴⁹.

beni demaniali. Le difficoltà in quest'ultima sede incontrate dalla dottrina derivavano essenzialmente dalla eterogeneità dei beni ricadenti nel demanio, basti pensare alla differenza tra demanio aperto all'uso comune, come il demanio marittimo, il demanio idrico, il demanio stradale o viceversa precluso all'uso comune come il demanio militare, quanto a tipo di utilizzazione etc. Ritene che sulla proprietà pubblica e sui beni pubblici non esista una teoria generale, che abbia operato una sintesi soddisfacente SACCHETTO, *Aspetti giuridici della gestione dei beni immobili*, in *Beni pubblici. Problemi teorici e di gestione*, a cura di Bognetti Gerelli, Milano, p.26.

⁴⁸ RANELLETTI, *Concetto*, cit., III, in Giur. it., 1897, ora in *Scritti*, cit. p.141

⁴⁹ E' infatti da precisare che Ranelletti individuava l'eccezionalità del demanio militare in ragione del fatto che detti beni non hanno una destinazione diretta e immediata ad una data collettività, ma sono strumentali ad un servizio pubblico. Il bene diretto per la società è il servizio ultimo reso dall'ente, anche valendosi di quei beni. L'eccezionalità è cioè intesa con riferimento alla struttura della demanialità, che l'Autore rinviene nella destinazione diretta e immediata delle cose alla collettività non certo alle ragioni per le quali i beni destinati alla difesa militare sono soggetti al regime del demanio. Anche in una prospettiva giuseconomica, con riguardo alla difesa militare è considerato bene pubblico, non la cosa ma il servizio reso dall'ente. Per richiamare nozioni alle quali si è accennato nel primo capitolo, i termini bene privato e bene pubblico sono usati con significato diverso dagli economisti e dai giuristi. Per gli economisti, beni privati sono quelli il cui uso è esclusivo, tale cioè che il loro utilizzo da parte di una persona ne preclude l'utilizzo di altre, al polo opposto si situano i beni pubblici per i quali non vi è rivalità nel consumo, cioè il consumo di un bene pubblico non ne impedisce il consumo da parte di un'altra. Sotto il profilo dell'efficienza economica si sostiene esservi una relazione tra beni pubblici e privati in ambito economico e

Per tutti gli altri beni la destinazione all'uso comune inteso, nella sua originaria formulazione⁵⁰, come uso pubblico, diretto immediato e gratuito dei singoli non sembrava contestabile né era contestata⁵¹, oltre ad essere il dato condiviso dalle teorie della destinazione ad un pubblico servizio governativo nella cui definizione viene ricompresa la destinazione all'uso pubblico⁵², dalle teorie dell'immediatezza rispetto all'attività di pubblica amministrazione per le quali sono demaniali quei beni, il cui godimento costituisce un servizio pubblico atto a soddisfare immediatamente l'interesse generale⁵³.

Nella prospettiva qui adottata di ricercare l'interesse al quale si ricollegano le linee strutturali dell'istituto limitatamente ai beni del demanio ad uso collettivo, le accennate divergenze fra le diverse teorie della proprietà pubblica non sono decisive. La destinazione del bene all'uso comune o coincide con ciò che caratterizza la demanialità o costituisce il particolare modo di atteggiarsi rispetto ad una nozione più ampia adottata per potervi ricomprendere altri tipi di beni⁵⁴.

giuridico, perchè si afferma che i beni privati devono essere posseduti da privati e i beni pubblici devono essere posseduti collettivamente. In altre parole l'efficienza richiede che i beni rivali ed esclusivi siano controllati da individui o piccoli gruppi di persone, e che invece i beni indivisibili e a consumo non rivale siano controllati da grandi gruppi di persone come lo Stato. Cfr. COOTER e altri, *Il mercato delle regole*, cit. Nel caso della difesa militare, il consumo di tale bene è indivisibile e vi è quindi un incentivo ad essere free rider e ciò consiglia che tale servizio sia assunto dalla pubblica autorità pagando i costi della fornitura con le entrate raccolte attraverso una tassazione obbligatoria.

⁵⁰ RANELLETTI, *Concetto*, cit. ,III, ora in *Scritti*, cit. 142

⁵¹ Cfr. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. p.51 e p.73 in nota.

⁵² Cfr. gli autori citati da GUICCIARDI *Il demanio* cit. p.47 nota 1 e p. 49 nota 1.

⁵³ Cfr. Donati ampiamente in confronto a Mayer e Romano, citati da GUICCIARDI, *Il demanio* cit. p.56, nota 1.

⁵⁴ Questo come già accennato dipende dalla prospettiva di quelle indagini che miravano a raccogliere in un'unica nozione tutti i beni demaniali e a distinguerli dai beni patrimoniali. Lo stesso GUICCIARDI *Il demanio* cit. infatti distingue i beni demaniali utilizzati dall'ente pubblico mediante la destinazione all'uso comune (nei quali rientrano i beni del demanio marittimo p.73, nota 1), e quindi in relazione a questi beni e rispetto all'indagine che si sta conducendo rimangono al margine e si può non tener conto delle critiche rivolte dall'A. alla teoria dell'uso pubblico (Ranelletti) e alla teoria secondo la quale il godimento del bene costituisce un servizio pubblico atto a soddisfare immedia-

In altre parole tutte le divergenze riconducibili al tentativo di dare una definizione del concetto di demanio, che riassume le diverse categorie di beni possono essere superate circoscrivendo l'esame alla categoria dei beni ad uso collettivo.

Si possono quindi, per il profilo qui esaminato, ricondurre a linee comuni le pur diverse opinioni della dottrina che individuano i beni demaniali come oggetto di proprietà individuale, rimanendo fuori dal campo di indagine la questione relativa all'idoneità di ciascuna definizione a ricomprendere tutti i beni demaniali o tutti i beni pubblici.

L'uso comune o collettivo in queste teorie costituisce una specifica forma di destinazione dei beni qui considerati ed in questi termini la ricostruzione permane anche nelle dottrine successive al codice del '42, quando mutano i presupposti normativi, quindi i problemi che i modelli sono chiamati a risolvere, e mutano altresì le impostazioni di metodo che si risolvono in un approccio maggiormente relativistico rispetto ai principali problemi oggetto della tematica dei beni pubblici⁵⁵.

L'uso comune si colloca invece in modo diverso nelle teorie della proprietà collettiva che criticano le teorie appena citate in quanto in esse si opera una "riduzione" o un "travestimento" in termini di proprietà individuale per ragioni di "pregiudizio ideologico"⁵⁶. Si critica inoltre la ricostruzione in termini di proprietà dell'ente, in quanto, l'uso delle risorse non è regolato mediante l'attribuzione di situazioni

tamente l'interesse generale (Donati), critiche relative all'inidoneità di ricomprendere nel concetto di demanio i beni destinati alla difesa militare (p.62 e segg.). Sempre in relazione alla prospettiva qui adottata di condurre l'indagine con riferimento alla sola categoria dei beni ad uso collettivo si può accomunare anche la teoria secondo la quale sono demaniali i beni che formano oggetto immediato di pubblica amministrazione (Romano Donati Mayer le cui tesi sono riassunte da GUICCIARDI *Il demanio* p.53-57).

⁵⁵ Cfr. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, cit, che distingue tra beni indisponibili e beni con pubblica destinazione, e poi suddivide quest'ultima categoria in tre sottospecie, dei beni ad uso pubblico, dei beni destinati ad un pubblico servizio, dei beni di particolare interesse pubblico.

⁵⁶ CASSESE, *Beni pubblici*, cit. p.179 e segg.

giuridiche soggettive di carattere esclusivo, ma l'interesse formalizzato dall'ordinamento è quello che siffatte entità sollecitano nei componenti la comunità, interesse che coincide con quello all'uso generale di tali beni⁵⁷.

Per tracciare schematicamente la differenze tra i due gruppi di teorie si potrebbe affermare che con riguardo ai beni demaniali ad uso collettivo, l'uso comune è il dato di partenza per entrambe. In un caso, in quanto corrisponde alla destinazione del bene, vale a qualificare in modo del tutto particolare il diritto di proprietà dell'ente pubblico o secondo altra prospettazione a stabilire un regime derogatorio rispetto alla proprietà di diritto comune. Nell'altro si ritiene impossibile tradurre la destinazione all'uso comune in termini di diritto reale dell'ente pubblico, in quanto l'interesse formalizzato dall'ordinamento non si identifica con il potere di appropriarsi in forma esclusiva del bene ma, al contrario, si identifica con l'interesse dei singoli componenti la comunità a non esserne esclusi dal godimento.

Non è, in altre parole, in discussione l'interesse all'uso comune della collettività come ragione e fondamento del particolare regime del bene, ma la formalizzazione di questo interesse nello schema del diritto soggettivo, come diritto di proprietà dell'ente o come diritto di proprietà collettiva.

Tuttavia, mentre nell'ambito del modello che vede i beni oggetto di proprietà individuale dell'ente pubblico caratterizzata dall'elemento della destinazione vi è la possibilità di utilizzare contestualmente i dati forniti da diverse teorie, lasciando in ombra le divergenze, in relazione alla divergenza tra il modello appena citato ed il modello che individua i beni demaniali ad uso collettivo come oggetto di proprietà collettiva in gestione ad enti territoriali, le divergenze sono tali da im-

⁵⁷ SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 536 e p. 133, nota 134 dove rileva che esistono delle ipotesi in cui l'ordinamento, per motivazioni diverse, regola l'uso delle risorse non mediante l'attribuzione di situazioni giuridiche soggettive di carattere esclusivo, ma garantendo a tutti i cittadini la possibilità di soddisfarsi su determinati beni". "Sono proprio questi interessi protetti dall'ordinamento a fungere da criterio di qualificazione del bene".

porre un diverso approccio al problema di stabilire in che senso "l'appartenenza del bene" possa qualificare il livello locale o sovralocale degli interessi, e da qui determinare il livello di governo attributario delle funzioni.

Vi è pure chi ha osservato che la proprietà collettiva costituisce, nel campo del diritto pubblico, una trasposizione in termini soggettivi di proprietà di ciò che era stato considerato prima l'elemento discriminante della demanialità e poi una sua conseguenza, ossia l'uso comune⁵⁸.

Tuttavia, la considerazione che si è riportata appare più significativa nella parte, che fa emergere l'uso comune come punto di osservazione, mentre rischia di essere riduttiva quando ritiene che la differenza si situi nella semplice trasposizione dell'uso comune in termini soggettivi di proprietà⁵⁹.

La differenza che invece si ritiene essere ben più marcata, consiglia di tenere separati i due gruppi di teorie, e consente d'altra parte di avere a disposizione maggiori elementi al fine che qui interessa,

⁵⁸ Sia la distinzione secondo i termini di teorie oggettive (quelle che hanno cercato di rinvenire l'essenza o la natura giuridica della demanialità o della pubblicità nel bene stesso, quasi in esso fosse insita) e soggettive (dove i beni pubblici vengono individuati sulla scorta della qualità del soggetto proprietario), sia la considerazione secondo la quale la proprietà collettiva costituisce una trasposizione dell'uso comune in termini soggettivi di proprietà sono di CASANOVA, *Gli enti portuali*, Milano, 1971, p.46, 54 e 55, con la precisazione che l'A. sembra critico nei confronti delle teorie di Giannini e Casse-se, come poi sarà oggetto di esplicita posizione in ID *"Demanio Marittimo e poteri locali"*, Milano, 1986, in particolare, p.139, dove rileva come queste costruzioni dogmatiche relative ai beni pubblici non siano riuscite ad avere ingresso nel nostro diritto positivo, nonostante il fascino che presentano.

⁵⁹ Che la trasposizione dell'uso comune sui beni demaniali nell'ambito della proprietà collettiva non esaurisca probabilmente la figura della stessa, è riconosciuto dallo stesso CASANOVA, *Gli enti portuali* cit. p.55, nota 47.

Altrettanto significativo è che l'insanabilità del contrasto emerga in un successivo studio dello stesso autore, CASANOVA, *Demanio marittimo*, cit., p.139, dove l'appartenenza allo Stato in termini di proprietà individuale viene sollecitata a verifica dall'ingresso di funzioni spettanti alle autonomie in materie quali l'urbanistica prima e turismo poi, nel regime giuridico dei beni del demanio marittimo.

che è di distinguere le singole funzioni in rapporto al regime giuridico dei beni demaniali ad uso collettivo.

3.3. Il modello della proprietà individuale dell'ente. La destinazione dei beni all'uso collettivo

In linea con i fini dell'indagine non si prenderanno in esame tutte le teorie sui beni pubblici, né tutti gli aspetti da esse trattati.

Ci si sofferma ora sul modello che considera i beni demaniali ad uso collettivo oggetto di proprietà dell'ente pubblico, sia che si intenda con questo far riferimento ad un istituto completamente diverso dalla proprietà privata, ossia la proprietà pubblica, sia che si riconosca l'esistenza di un regime di proprietà pubblica e si valorizzi invece la pluralità di regimi derogatori rispetto ad un'unica matrice di diritto comune⁶⁰.

Si è già avuto occasione di notare che l'uso collettivo, secondo questa impostazione, si giustifica attraverso il concetto di destinazione che vale a definire una relazione di inerenza del bene alla funzione o al servizio dell'ente⁶¹.

Sulla centralità della destinazione sono ora fondati i modelli, già richiamati nel primo capitolo che, a seguito della "privatizzazione", giustificano la possibilità di un'appartenenza soggettivamente privata di beni pubblici.

Si dice infatti che l'appartenenza privata può ritenersi compatibile con il regime demaniale del bene, purché siano posti vincoli volti ad assicurare le finalità pubbliche, i quali sono configurabili come un

⁶⁰ Si è già accennata a questa diversa prospettiva che nella dottrina più recente trova espressione rispettivamente in V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica* cit. e V. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, cit. ed al fatto che sono state raggruppate insieme rispetto alla dicotomia proprietà individuale dell'ente – proprietà collettiva perché entrambe sui beni demaniali ad uso collettivo riconoscono la proprietà individuale dell'ente pubblico.

⁶¹ Per questa definizione cfr. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, cit. p. 281

onere reale di destinazione che segue il bene a prescindere dalle vicende traslative⁶². Quindi, nelle ricostruzioni citate, la compatibilità della proprietà privata con il regime demaniale può essere affermata perché “il nucleo fondamentale del regime demaniale” non consiste nell'appartenenza a titolo di proprietà dell'ente pubblico, ma nella destinazione.

In relazione alle dottrine che muovono dal concetto di destinazione per una ricostruzione di modelli idonei a comprendere e descrivere il fenomeno della privatizzazione, si è qui assunta una posizione critica in ordine alla possibilità di ricomprendervi i beni ad uso collettivo.

Ciò non perché si intenda negare la possibilità di scindere la pubblicità del bene dalla natura pubblica del titolare, nè perché si intenda negare la centralità del regime del bene a scapito della titolarità soggettivamente pubblica.

Anzi, si critica piuttosto l'idoneità del concetto di destinazione a garantire una ricostruzione fondata sul regime del bene, impermeabile, per così dire, rispetto al problema della titolarità.

Si ritiene infatti che l'ostacolo maggiore che si frappone alla possibilità - e per affrontare il tema delle privatizzazioni ciò si presenta come una necessità - di perseguire fino in fondo l'obiettivo di tenere separati il regime del bene dalla titolarità soggettivamente pubblica è costituito dall'idea monolitica di proprietà, e si ritiene altresì che il concetto di destinazione tenda a rafforzare tale monolitica ricostruzione dell'appartenenza, al contrario della prospettiva di appartenenza frammentata che invece si è qui assunta.

Si può notare, e si accennerà di seguito a due momenti storici in cui ciò è avvenuto, che una volta inquadrato il bene nello schema della proprietà individuale, gli interessi tendono ad uniformarsi e riesce difficile distinguere gli interessi che attengono alla destinazione

⁶² Cfr. NAPOLITANO, *La patrimonio dello Stato s.p.a. tra passato e futuro*, in *Annuario AIPDA* 2003, p. 255 e segg. e gli altri autori citati nel primo capitolo

del bene rispetto agli interessi riferibili all'ente pubblico titolare del bene.

E' ben vero che di fronte alla privatizzazione, le dottrine che considerano il bene demaniale oggetto di proprietà individuale dell'ente pubblico affermano con decisione la necessità di spostare l'accento dal soggetto proprietario alla destinazione della cosa.

In estrema sintesi, esse dicono che la pubblicità non è giustificata dall'appartenenza soggettivamente pubblica, ma dalla destinazione del bene.

Tuttavia, a conferma della critica che si sta svolgendo nei confronti di tale impostazione, si osserva che la possibilità di trasferire il bene presuppone, in senso contrario all'obiettivo da perseguire, un'accentuazione del momento della titolarità a scapito del momento della destinazione.

L'impostazione qui criticata cioè presuppone, quanto meno, che la destinazione non inferisca nella facoltà di trasferire il bene, e quindi presuppone la centralità del soggetto proprietario almeno sotto il profilo dell'esercizio di una facoltà come quella di trasferire il bene.

Inoltre, da un punto di vista sostanziale il trasferimento del bene in quanto correlato a soddisfare esigenze economiche – occorre ricordare in proposito che l'obiettivo della privatizzazione si coglie anche dal contesto di risanamento delle finanze pubbliche nel quale è inserita - vale a dare emergenza ad un interesse dello Stato in quanto proprietario.

Sembra invece doversi affermare che se la pubblicità del bene dipende dalla destinazione, è sempre alla destinazione che occorre riferirsi per ogni ipotesi ricostruttiva, ivi compresa l'individuazione dei criteri della scelta relativa al trasferimento del bene e dei soggetti titolari del potere di compiere tale scelta.

In altre parole, se il titolare del bene deve rimanere fuori dal focus del regime giuridico, deve parimenti escludersi la centralità di esso in ogni aspetto della vicenda, ivi compresa la pertinenza di interessi il cui soddisfacimento induce a trasferire il bene.

Prima di tradurre le considerazioni svolte finora in ipotesi ricostruttiva, diretta a vedere come il concetto di destinazione possa essere adoperato ai fini del riparto di funzioni tra Stato e autonomie, è opportuno accennare a due momenti storici in cui l'idea di proprietà individuale ha assunto carattere dominante ed assorbente rispetto al regime del bene, pur facendosi leva sul concetto di destinazione.

Per i beni ad uso collettivo si è d'altra parte rilevato che "esercitando la somma dei suoi poteri ordinatori dell'uso e profittando, tanto del tradizionale e ancor largo difetto di centri e soggetti esponenziali degli interessi all'uso generale dei beni pubblici, quanto della assai problematica giustiziabilità di questi ultimi, l'ente proprietario è talvolta indotto a comportarsi nei confronti delle cose aperte all'uso generale come titolare di un potere sostanziale di disposizione del bene (nella specie mediante concessioni privative) pur ponendo a base del proprio provvedimento la considerazione dell'utilità indiretta derivante a vantaggio della collettività dall'attività del concessionario"⁶³.

Si nota cioè che il concetto di destinazione, in quanto strettamente legato all'idea di proprietà individuale tende ad essere piegato a giustificare e rafforzare gli interessi dell'ente in quanto proprietario.

3.4. Il sostrato ideologico e la riduzione della destinazione all'interesse dell'ente dal periodo postunitario al codice del '42

Un primo periodo nel quale si assiste ad una riduzione della destinazione all'interesse proprietario corre dal momento postunitario al codice civile del '42

Si è già accennato, sotto altro profilo, che, per i beni ad uso collettivo l'affermazione della proprietà dell'ente in termini di proprietà individuale è sorta insieme con le teorie organicistiche dello Stato e quindi è per così dire debitrice di un'ideologia che investe più diret-

⁶³ CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici*, cit. p.310.

tamente il rapporto tra individuo e Stato⁶⁴, e che poi si riflette nella materia dei beni pubblici nella ricostruzione in termini di proprietà pubblica.

A questa ideologia se ne affianca un'altra, che sempre affonda le radici nella più generale visione del rapporto tra individuo e Stato e tra pubblico e privato secondo le coordinate dello Stato liberale di fine 800, ma che investe più direttamente il tema della proprietà privata.

Il generale clima ideologico nel momento postunitario è infatti dominato dai canoni dell'individualismo possessivo⁶⁵.

La dottrina ha con chiarezza messo in luce il collegamento tra questi due aspetti, ed in particolare tra l'individualizzazione della proprietà pubblica e i fattori economico sociali di quel periodo, che vedeva un lento ed incerto decollo dell'economia e dell'industria e che consigliava sempre più lo Stato di rivolgere un'adeguata attenzione alla materia e le sue amorevoli cure al nascente ceto degli imprenditori⁶⁶. Se ne possono riassumere brevemente le premesse storico sociali e le ricadute sotto il profilo della ricostruzione dogmatica.

Gli imprenditori privati grazie all'accresciuta forza di pressione operavano verso una riappropriazione privata del godimento dei beni pubblici determinando un orientamento politico sempre più favorevole alle concessioni. Si intensificava così l'uso economico da parte di imprenditori privati dell'uso del bene, per esempio per la distribuzione del gas, di acqua, di energia elettrica, per il servizio telegrafico, telefonico ecc. che investiva anche la sottrazione di porzioni di beni, quali le strade, al godimento generale per l'impianto di binari tran-

⁶⁴ Si è in proposito citata la diversa lettura di Ranelletti che ne offrono GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit. e CASSESE, *Beni pubblici*, cit. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica*, cit..

⁶⁵ Il contesto è chiaramente percepibile nella ricerca dedicata alla scienza giuridica, che in quel periodo, contro la compattezza della scienza ufficiale ha cercato di individuare schemi appropriativi diversi dalla proprietà individuale. A questa ricerca è dedicato il volume di GROSSI, *Un altro modo di possedere*, cit.

⁶⁶ In questi termini e più in generale su questi aspetti cfr. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato*, cit. p. 119 e ss.

viari, ferroviari e successivamente, per collegarsi ai nostri giorni, per i parcheggi, i posti di vendita, i distributori di carburanti. Lo stesso orientamento coinvolgeva i beni del demanio marittimo dove il *favor* per le iniziative private era giustificato dal concorrere con lo sfruttamento privato del benessere della collettività, vista la necessità di dare impulso alla cantieristica navale.

Sono stati per altro segnalati i nodi critici di questa impostazione condotta all'insegna del principio d'ordine secondo cui il massimo sfruttamento corrisponde di per sé all'utile sociale. Si è osservato, per esempio in tema di acque pubbliche, che l'utilizzazione finiva per formare oggetto di monopolio privato, con la concentrazione delle forze idrauliche in mano a pochi capitalisti speculatori che a volte mantenevano artificialmente alti i prezzi di mercato limitando la relativa offerta.

Quanto ai profili dogmatici, si è notato che a garanzia dell'interesse individuale del concessionario si struttura l'appropriazione di alcune utilità della cosa demaniale sul modello civilistico del diritto di godimento su cosa altrui, si sottolinea l'impossibilità della revoca al di fuori di una sua esplicita consacrazione e la si rende indennizzabile assimilandola ad un atto di natura espropriativa. Per quanto riguarda l'inappropriabilità privata della cosa demaniale il problema è superato, avvertendo che detta inalienabilità deve intendersi riferita esclusivamente a quella forma di cui si occupa il codice civile e non può estendersi alle relazioni giuridiche disciplinate da leggi speciali⁶⁷.

Il riconoscimento anche formale dell'appartenenza dei beni allo Stato a titolo di proprietà individuale è il prodotto dell'orientamento politico culturale appena descritto, perché, riconosciuta la configurazione giuridica del diritto dei concessionari secondo lo schema del diritto reale di godimento, si finisce per porre in evidenza il rapporto di proprietà sulla cosa dello Stato, di cui il potere concessorio costituisce espressione

⁶⁷ ID. ult. cit. p. 123 e 124.

Su queste coordinate si inserisce la codificazione del '42 vale a dire sull'appartenenza del bene demaniale a titolo di proprietà individuale dello Stato, inteso come Stato-persona che è sintesi organica della collettività e che non si può da questa distinguere.

3.5. La primazia dell'interesse proprietario sulla destinazione del bene nel periodo delle prime regionalizzazioni

Può essere altresì considerato un secondo momento storico per mettere sotto la lente di ingrandimento il problema di disgiungere la destinazione dalla proprietà dell'ente, per evitare quindi sulla scorta dell'esperienza del passato che la destinazione, anziché condizionare la signoria del proprietario, viene piegata per rafforzare la tutela di interessi che ad esso fanno capo.

Il periodo è relativamente recente, comunque successivo alla Costituzione repubblicana e quindi all'art. 5 che già parte della dottrina indicava come momento di svolta del rapporto tra Stato e autonomie, tra interessi comunitari e livelli di governo chiamati a soddisfarli. Tale periodo coincide con l'affacciarsi sul demanio di poteri e stranieri allo Stato e la necessità di stabilire se ed in che modo potessero concorrere sul demanio di appartenenza statale funzioni di enti diversi. Se ne è anticipato qualche aspetto in tema di intesa tra diverse funzioni che convergono sul bene.

E' utile dire qualcosa di più in ordine al problema che si presentò con l'ingresso di poteri diversi dallo Stato nella disciplina del demanio. E' cioè opportuno vedere in che modo si pose allora la questione del rapporto tra funzioni statali e funzioni degli enti locali sul demanio.

Occorre considerare, come contesto generale che i beni ad uso collettivo vengono in rilievo anche come porzioni di territorio nel momento in cui il territorio stesso assume la consistenza di bene per una maggiore sensibilità sociale a tutti gli interessi ad esso connessi

e la conseguente qualificazione di tali interessi da parte dell'ordinamento⁶⁸.

Inoltre trovano qualificazione nuovi interessi anche in relazione ad una utilizzazione dei beni diversa rispetto a quella prefigurata dal legislatore del 1942.

In relazione ai nuovi interessi si individuano nuove funzioni che fanno capo ad organi ed enti diversi facendo cadere la tradizionale esclusività delle funzioni attribuite all'amministrazione deputata alla gestione del bene in forza delle varie leggi speciali quali il codice della navigazione, il testo unico sulle acque pubbliche e così via.

Un primo tentativo di ingresso di poteri diversi dallo Stato, attraverso l'esercizio di funzioni sul demanio, si può datare intorno agli anni '60 quando già in forza dell'originaria formulazione della legge urbanistica alcuni comuni ritennero che anche su beni demaniali fosse necessaria la licenza edilizia per eseguire costruzioni da parte dei privati.

Il tentativo però fu dapprima respinto sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza, perché, si sosteneva, si sarebbe compromessa quell'esclusività di funzioni tradizionalmente ritenuta connotato caratterizzante la demanialità.

La resistenza nei confronti "dell'interferenza" dei comuni trovava giustificazione nelle teorie della proprietà pubblica, soprattutto nelle tesi che accentuano maggiormente l'identificazione della proprietà dell'ente con l'esclusività delle funzioni ad esso attribuite⁶⁹, trovava argomenti letterali in alcuni dati di diritto positivo, in particolare gli artt. 30 e 36 del codice della navigazione, e forse, nelle opinioni più estreme, risentiva delle teorie della sovranità, come quando si fece

⁶⁸ Sull'effetto perverso derivante dalle differenze di strumentazione organizzativa su singoli beni, rispetto al modello di organizzazione dell'attività pubblica sul territorio che deve essere intesa come strutturalmente globale cfr. PREDIERI, *Paesaggio*, in Enc.dir., vol. XXXI, Milano, 1981, p. 514.

⁶⁹ GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., p.70 e segg. o meglio, come si dirà ad una particolare lettura della sintesi definitoria di questo Autore, che individua il requisito della demanialità nella necessità del bene ad una funzione esclusiva dell'ente.

strada l'idea di una extraterritorialità giuridica delle aree demaniali rispetto al territorio comunale⁷⁰. In seguito la giurisprudenza mutò indirizzo⁷¹, ma il momento ufficiale dell'ingresso dei poteri locali può

⁷⁰ MALLEN, *Regolamenti comunali*, citato da CASANOVA, *demanio marittimo*, cit.p.18.

⁷¹ Il percorso sia della dottrina sia della giurisprudenza è ben più frastagliato di quanto non risulti nella brevissima sintesi del testo. Per un più compiuta descrizione della vicenda cfr. CASANOVA, *Demanio marittimo e poteri locali*, cit., p. 7 e segg.. E' opportuno qui richiamare soltanto alcuni passaggi di questo percorso. Il mutamento di indirizzo rispetto alla soluzione negativa circa la possibilità del comune di intervenire sotto il profilo urbanistico ed edilizio nell'utilizzazione dei beni demaniali marittimi si può far risalire al Consiglio di Stato (C.d.S. A.P., 1 febbraio 1963, n.1, in Foro amm., 1964,II,81). Nella decisione si distingue in relazione alle opere realizzate da privati sul demanio marittimo a seconda della loro destinazione. Solo se le opere hanno una destinazione specificamente connessa a quella del bene demaniale ogni ingerenza comunale deve essere esclusa. Si pone invece un problema di concorrenza dei poteri nei confronti dell'attività edilizia dei privati che coinvolge gli interessi di diversa natura e non tutti di esclusiva pertinenza dello Stato. In questo secondo caso la concessione dell'autorità marittima ha un contenuto essenzialmente permissivo, perché tende ad assicurare che l'uso eccezionale connesso al privato non contrasti con le esigenze del pubblico interesse. La Cassazione (Cass S.U., 18 febbraio 1965, n. 274, in Foro it., 1965, I, 631) invece rilevò che la bipartizione tra concessioni costitutive e permissive non trova riscontro nel codice della navigazione e attraverso una articolata analisi della disciplina urbanistica in confronto con la disciplina del demanio marittimo contenuta nel codice della navigazione, confermò la precedente giurisprudenza secondo la quale il demanio marittimo è sottratto alla regolamentazione edilizia da parte del comune. Più che i passi relativi alla disciplina urbanistica, peraltro per questo aspetto superata, è utile riportare le enunciazioni di principio in ordine alla disciplina codicistica. Secondo la Corte di Cassazione il demanio marittimo è sottratto alla regolamentazione edilizia in quanto: 1 - la destinazione dei beni demaniali marittimi è volta a soddisfare gli interessi pubblici generali della navigazione e del traffico marittimo; 2 - la tutela degli interessi pubblici generali alla navigazione e al traffico marittimo è riservata direttamente allo Stato il quale ha conseguentemente ogni potere di disposizione, di autorizzazione e di concessione relativo all'uso dei beni del demanio; 3 - le limitazioni sono imposte a carico dei beni privati in favore del demanio marittimo e non viceversa perché questo possa assolvere interamente alla sua pubblica funzione; 4 - tra le finalità pubbliche inerenti il demanio marittimo e quelle edilizie comunali, in caso di contrasto, prevalgono le prime che sono di rilievo nazionale come dimostrano le disposizioni degli artt. 33 e 55 cod. nav. che prevedono il sacrificio o l'affievolimento del diritto dei privati sia tramite l'espropriazione per pubblica utilità sia col divieto di nuove costruzioni fino a 30 metri

essere individuato nella legge ponte (765/67) e in particolare nell'art. 10 che espressamente prevede che le opere da realizzarsi da parte di privati sul demanio marittimo siano conformi al piano regolatore generale, nonché la necessità della licenza edilizia, come allora si chiamava il permesso di costruire.

Sul piano dogmatico il concetto di demanio necessario maturato in un diverso contesto storico e sociale, nonché nel diverso contesto giuridico dove la corrispondenza tra proprietà dello Stato e l'esclusività delle funzioni dipendeva dalla circostanza che le funzioni erano limitate ed il principio autonomistico era di là da venire, doveva affrontare alcuni ostacoli.

Si poneva all'attenzione della dottrina la questione della crisi funzionale dei beni demaniali, soprattutto in relazione alle tesi che tendevano all'assorbimento del concetto di demanio nel concetto di territorio, la cui regolazione doveva intendersi come fatto globale, e le

dal confine delle aree demaniali marittime (art. 55 cod. nav.). Le argomentazioni delle Sezioni Unite, in ordine ai rapporti tra demanialità, appartenenza allo Stato e funzioni ad esso riservate, sembrano costituire il germe del successivo sviluppo dottrinario e giurisprudenziale diretto a risolvere, una volta ammesso anche legislativamente l'ingresso di funzioni non statali sul demanio marittimo, il problema della concorrenza di diverse potestà. Nel testo si fa direttamente riferimento ai risultati di tale evoluzione che sarà oggetto di critica soprattutto sotto il profilo dell'inidoneità delle ricostruzioni a interpretare l'attuale riforma. Qui è sufficiente anticipare che per la citata decisione delle Sezioni Unite, di chiara ispirazione Guicciardiana, la destinazione dei beni demaniali marittimi (punto 1) ed in ragione di essa l'essere riservata allo Stato ogni funzione (punto 2), non viene individuata nell'uso comune o collettivo del bene, ma nell'interesse pubblico generale alla navigazione e al traffico marittimo. E' bensì presente la qualificazione "generale" riferita all'interesse pubblico, ma esso sembra aver perduto la particolare connotazione che deriva dall'essere riferito all'uso collettivo, per spostarsi sullo specifico aspetto della navigazione. Si può cioè notare nella pronuncia citata, il passaggio dall'interesse (per dirla con PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit. p. 154 e 304) al miglior godimento della cosa da parte dei cittadini, ad un preciso interesse pubblico, esclusivo di ogni altro, e correlativo ad una funzione pubblica anch'essa esclusiva come principio di individuazione dell'istituto. In altri termini gli interessi alla navigazione e al traffico marittimo, non sembrano costituire la più ricorrente tipologia dell'uso collettivo cui sono destinati i beni del demanio marittimo, ma il vero e proprio interesse tutelato e quindi la ragione dell'esclusività delle funzioni.

differenze di strumentazione amministrativa si ritenevano viziate in relazione all'art. 97 cost.⁷²

Si affermavano nuovi interessi, come quello relativo alla disciplina del territorio, che incidono sull'utilizzazione del bene senza essere riservate allo Stato

Con riguardo al demanio marittimo, in particolare, si affermavano modi d'uso, diversi da quelli tradizionali riconducibili al fenomeno della navigazione, come il turismo, che anzi si avviava ad essere la tipica utilizzazione del bene, ed anche in ordine ad esso le funzioni non erano riservate allo Stato.

Per superare questi ostacoli che sembravano provocare "una crisi di identità" si osservava che l'istituto del demanio, nonostante le modifiche subite sotto il profilo funzionale, derivanti dalla concorrenza di altri interessi pubblici, conservava gli originari tratti fisionomici e la sua unitarietà⁷³,.

Si affermava che tali beni sono in via principale strumentali rispetto al soddisfacimento di quegli interessi pubblici primari, a carattere speciale, tradizionalmente noti come "pubblici usi del mare" quali la pesca, la difesa nazionale, la navigazione, la polizia doganale⁷⁴, e pertanto si riteneva che la nozione di demanio necessario, conservasse la sua validità arroccandolo attorno a questo zoccolo duro di interessi statali.

Si sosteneva che, nonostante l'istituto del demanio marittimo avesse acquisito una struttura più complessa a causa dei nuovi interessi oggetto di tutela, tanto da poter considerare gli usi pubblici del mare come una categoria aperta⁷⁵, tuttavia l'autonomia e l'unità

⁷² PREDIERI, *Paesaggio*, cit. p.514.

⁷³ CORBINO, *Il demanio marittimo*, cit. p.10.

⁷⁴ CORBINO *Il demanio marittimo*, cit. p.12 e p.26. E' da sottolineare il richiamo in nota per la definizione di demanio necessario della dottrina tradizionale .

⁷⁵ CORBINO, op. cit., p. 13. Nell'impostazione dell'A. sembra potersi rilevare una contraddizione tra l'affermazione dell'autonomia e dell'unità del demanio marittimo giustificata in base alla presenza di speciali interessi pubblici primari e indivisibili racchiusi nell'espressione pubblici usi del mare, e la definizione di questi usi come cate-

dell'istituto sotto il profilo strutturale e funzionale dipendeva dall'essere i beni demaniali marittimi strumentali rispetto al soddisfacimento di quei precisi interessi pubblici (difesa, sicurezza della navigazione, pesca cantieristica, che restano la dimensione permanente del demanio marittimo) di cui è portatore lo Stato, che ne giustificano il particolare regime giuridico⁷⁶.

L'istituto del demanio era quindi ricostruito su determinati interessi che fanno capo allo Stato persona, ricavabili in base alla tipologia tradizionale degli usi su quei beni, secondo una interpretazione, riconducibile alla definizione⁷⁷ che individua la demanialità nella ne-

ria aperta, correlata ad una concezione secondo la quale i beni demaniali marittimi sono potenzialmente idonei a soddisfare un'impresisa serie di interessi pubblico-sociali, con la conseguenza della negazione di una destinazione naturale tipica. Invero affermare che gli usi pubblici del mare costituiscono una categoria aperta comporta negare che l'espressione usi pubblici del mare valga ad individuare speciali interessi pubblici primari in tale categoria racchiusi e con essa perciò negare anche il presupposto sul quale in ipotesi si vuole affermare l'unità e autonomia del demanio.

⁷⁶ CORBINO, *Il demanio marittimo*, cit., p.12 e 13.

⁷⁷ L'accentuazione maggiore del carattere individuale della proprietà pubblica si rinviene in GUICCIARDI, *Il demanio*, Padova 1934, dove la demanialità è definita in base alla necessità del bene ad una funzione esclusiva dell'ente che ad essa lo abbia destinato (p.74). Come è stato rilevato in sede critica nei confronti di questa teoria, occorre distinguere la proprietà demaniale nella quale si puntualizza e si condensa un preciso interesse pubblico, esclusivo di ogni altro e correlativo ad una funzione pubblica anch'essa esclusiva (come la funzione statuale della difesa del territorio nazionale), da quella nella quale la stessa funzione pubblica si realizza unicamente mediante la garanzia del miglior godimento della cosa da parte dei cittadini, PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit. p.304. Questa distinzione comunque non sfugge allo stesso GUICCIARDI, *Il demanio*, p.73, nota 1, ed anzi quando procede all'analisi delle funzioni che sul demanio fluviale stradale e marittimo possono essere svolte esclusivamente dallo Stato individua due categorie di funzioni e cioè quella di assicurare alla collettività nuove vie di comunicazione, quella di garantire la libertà e l'uso da parte dei singoli (p.82 e p.97 dove se ne tratta a proposito del demanio idrico e del demanio stradale ai quali si rinvia a p.108 dove si tratta del demanio marittimo), l'altra categoria attiene alle funzioni militari svolte attraverso il bene demaniale. Per usare termini attuali, mentre per le funzioni del primo tipo l'esclusività è necessaria per garantire un interesse dello Stato comunità ed infatti è dall'Autore giustificata in considerazione dell'impossibilità che tali funzioni siano svolte da un privato (per es. l'attività di polizia necessaria a garantire l'uso

cessarietà del bene ad una funzione esclusiva dell'ente che ad essa lo abbia destinato⁷⁸.

In sintesi, a fronte di una serie indefinita di nuovi interessi, che si andavano affermando, non riconducibili però a funzioni statali, la dottrina risolveva il problema della "crisi di identità" individuando un nucleo forte e ben definito di interessi statali in quanto correlati a funzioni attribuite allo Stato.

I lati deboli della ricostruzione, alla luce delle innovazioni attuali, sembrano oggi rinvenirsi da un lato nell'erosione ulteriore di funzioni che sono conferite alle autonomie e che investono materie tradizionalmente statali, quale per esempio la pesca, dall'altro nell'individuazione dell'interesse dell'ente tramite il riferimento a tipologie di utilizzazione predeterminate.

Non sembra infatti che i beni ad uso comune rispondano a caratteristiche naturali od oggettuali per le quali si possa predeterminarne una tipologia di utilizzazione.

La realtà ha dimostrato una grande variabilità degli usi nel tempo, la stessa tendenza alla privatizzazione dei beni pubblici, compresi quelli demaniali, si giustifica proprio in ragione dell'evoluzione delle possibilità di utilizzazione e quindi delle diverse utilità che il bene può offrire rispetto ad un tempo.

La variabilità degli usi non consente quindi di avere un definito punto di riferimento, e le tipologie di utilizzazione selezionate per il loro carattere tradizionale al fine di affermare l'unità e l'autonomia dell'istituto non sembrano rispondere all'attuale realtà sociale.

Si può allora svolgere una riflessione critica rispetto all'impostazione appena citata con diretto riguardo all'ispirazione d'origine che sembra potersi riferire alla definizione di demanio ela-

imparziale a chiunque), solo per le seconde l'esclusività della funzione è tale in quanto l'interesse alla difesa armata è riferibile esclusivamente allo Stato persona (p.114).

⁷⁸ Non poteva ad esempio non pesare nella dizione usi pubblici del mare adottata dal legislatore (art.35 cod. nav.) e nella sua interpretazione, la considerazione che alla stessa Autorità marittima è contestualmente attribuita ogni potestà in materia di navigazione.

borata da Guicciardi, quando afferma che è demaniale e quindi oggetto di proprietà pubblica, ogni bene immobile, appartenente ad un ente pubblico territoriale, e necessario ad una funzione esclusiva dell'ente stesso, che ad essa lo abbia destinato.

Sembra infatti che il modo ora accennato con il quale era affrontata "la crisi di identità" dei beni del demanio marittimo facesse leva essenzialmente sul concetto di esclusività di funzioni come connotato dell'appartenenza del bene allo Stato.

Fino a pochi decenni fa gli usi del demanio erano tipici e limitati, ed ancor più recente appare il cammino verso lo Stato autonomistico, nonostante la Costituzione, le regionalizzazioni, e nonostante un forte indirizzo dottrinario appannaggio esclusivo però di esponenti di punta della cultura accademica.

L'esigua tipologia d'uso dei beni del demanio da una parte, e la concentrazione di funzioni in capo allo Stato dall'altra, comportava una coincidenza di fatto tra l'esclusività della funzione svolta dallo Stato sul bene e l'uso collettivo del bene stesso. L'affermazione, relativa a beni come le strade, il demanio fluviale e il demanio marittimo secondo la quale "lo Stato si serve del demanio per assicurare alla collettività le vie di comunicazione"⁷⁹, appare come la constatazione di uno stato di fatto. Era quello l'unico uso del bene, e la funzione di assicurare che tale uso fosse aperto alla collettività non poteva che essere statale. In tale situazione non occorre sbalzare il dato dell'interesse all'uso comune, perché uso comune ed esclusività della funzione camminavano di pari passo in quel contesto.

L'esclusività della funzione statale e la garanzia dell'uso collettivo del bene erano in tale contesto espressioni che di fatto venivano a coincidere.

Mutato il contesto, con l'affacciarsi di nuove tipologie d'uso dei beni del demanio soprattutto a seguito del turismo di massa e con l'ingresso di poteri diversi dallo Stato in ragione dell'emergenza di nuovi interessi che gravitano attorno al bene, nonché del diverso

⁷⁹ GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., p.108

rapporto tra Stato centrale e autonomie, viene a mancare anche questa coincidenza.

Quando allora, al fine di garantire l'identità e l'autonomia dell'istituto stesso si riconosce la ragione dell'appartenenza in relazione a predefiniti interessi in quanto riferibili allo Stato, cambia completamente il rapporto tra demanialità e appartenenza.

Cambia cioè il modello originario della proprietà pubblica almeno nell'elaborazione riferibile ai beni ad uso collettivo, perché comincia a scolorirsi, e a non essere più riconoscibile come principio di individuazione dell'istituto, l'interesse all'uso comune del bene, né risulta più essere la destinazione all'uso comune l'elemento che giustifica il particolare regime della proprietà pubblica sui beni di questa categoria.

L'interesse all'uso comune non solo non è più riconoscibile come principio di individuazione dell'istituto, ma viene sostituito da precisi interessi pubblici, operandosi così un rovesciamento di prospettiva nel rapporto tra appartenenza e destinazione, perché non si ha più una destinazione che qualifica l'appartenenza allo Stato, ma, viceversa, la destinazione è individuata dall'appartenenza allo Stato mediante gli interessi ad esso ascrivibili.

Questa evoluzione del modello di Guicciardi, che pure fonda la demanialità sulla esclusività della funzione dell'ente, ne segna quindi anche una deviazione⁸⁰.

⁸⁰ E' utile evidenziare questo aspetto e a tal fine può essere utile soffermarsi accennare ad alcuni aspetti di questa dottrina (GUICCIARDI, *Il demanio* cit.) che, come è stato detto (CASSESE, *Conclusioni in Annuario AIPDA* cit.) ha spinto al massimo l'incursione del privatismo nel diritto amministrativo, conducendo in maniera più intensa la ricostruzione dei beni demaniali in termini di proprietà individuale ed inoltre sembra aver esteso più di ogni altra la propria influenza nella giurisprudenza. Si è già osservato che se ne può parlare in termini di sfortuna ma anche di fortuna. L'aspetto che merita più attenzione riguarda la differenza tra la sintesi definitoria secondo la quale "è demaniale, e quindi oggetto di proprietà pubblica, ogni bene immobile appartenente ad un ente pubblico territoriale e necessario ad una funzione esclusiva dell'ente stesso che ad essa lo abbia destinato" rispetto alla più articolata dottrina nella quale la definizione è stata elaborata. L'Autore infatti già segnala la differenziazione della destina-

Il distacco rispetto alla dottrina cui si ispira sembra essere segnato dal diverso piano su cui vengono trasposti gli usi che normalmente si svolgevano su quei beni.

Gli usi che per Guicciardi costituivano il modo normale di godimento del bene da parte della collettività assurgono, nell'interpretazione appena esposta, al ruolo di determinazione della funzione, e attraverso la titolarità della funzione, viene individuato lo specifico interesse che quindi non può che riferirsi al soggetto titolare della funzione.

zione in relazione alle diverse categorie di beni demaniali, secondo una linea che sarà successivamente sviluppata dalla dottrina che restituirà centralità al concetto di destinazione in tutt'altro clima ideologico e metodologico (CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, cit.) . La formula della necessità del bene ad una funzione esclusiva dell'ente al quale appartiene, va quindi considerata come astrazione rispetto alla particolarità dei singoli beni, mentre non vale a significare che la demanialità si giustifichi e sia quindi caratterizzata da ogni funzione purché faccia capo in via esclusiva al soggetto cui il bene appartiene. La dottrina di Guicciardi, anche se, come è stato osservato (CASSESE, *Beni pubblici*, cit. p. 129), compie una riduzione in termini di persona statale della proprietà pubblica, come proprietà individuale statale a destinazione individuale statale, mantiene dunque presente la distinzione tra beni destinati all'uso comune e beni destinati alla utilizzazione in modo diretto e immediato dello Stato. E' detto con chiarezza: "Se poi si chieda il motivo dell'esclusività delle funzioni svolte sui beni demaniali, ed in quale momento dell'attività svolta dall'ente pubblico su di essi si manifesti, occorre considerare separatamente i beni demaniali utilizzati dall'ente pubblico mediante la destinazione all'uso comune (demanio stradale, idrico, marittimo) da quelli dei quali usa in modo diretto e immediato (demanio militare)" (GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. p. 73, nota 1). La necessità di considerare separatamente i beni demaniali secondo la destinazione al fine di individuare l'esclusività delle funzioni fa pensare che l'esclusività della funzione dipende dalla destinazione del bene, non già dall'appartenenza che si pone semmai come conseguenza. La destinazione del bene è causa dell'esclusività delle funzioni e dell'appartenenza del bene all'ente che tali funzioni è chiamato ad esercitare affinché la destinazione sia assicurata. Lo schema non può quindi essere rovesciato: non si può cioè ritenere che l'appartenenza sia causa dell'esclusività delle funzioni senza con ciò accantonare proprio il concetto di destinazione.

Per Guicciardi è la destinazione all'uso collettivo⁸¹ a qualificare l'esclusività delle funzioni, mentre gli usi ai fini della navigazione, pesca etc. non erano che l'espressione più consueta dell'uso collettivo.

Quegli stessi usi nella ricostruzione citata valgono invece ad identificare la destinazione del bene e quindi a qualificare rispetto ad essi l'esclusività delle funzioni statali.

L'esclusività della funzione non è più riferita all'attività di garanzia per la tutela del diritto del singolo al libero uso del bene in condizioni di eguaglianza rispetto ad altri soggetti, ma al carattere statale dell'interesse in quanto correlato alle funzioni ad esso attribuite⁸².

Quel che appare singolare, e in una certa misura contraddittorio, è che in corrispondenza dell'apertura beni del demanio a nuove tipi di utilizzazione, si tende a ricostruire l'istituto del demanio sulla ristretta tipologia d'uso tradizionale.

Così mentre da una parte si afferma che i pubblici usi del mare costituiscono "una categoria aperta" e si definisce la configurazione giuridica del demanio come "proprietà polifunzionale dello Stato"⁸³, negandosi una destinazione naturale tipica, non se ne traggono compiutamente le conseguenze, e si sostiene che gli interessi emergenti dalle nuove tipologie d'uso "si possono tecnicamente profilare come interessi concorrenti (primari e secondari), da apprezzarsi congiuntamente a determinati interessi pubblici primari, a carattere

⁸¹ A parte quando lo Stato si serve per l'esercizio della funzione della difesa nazionale, che però tiene distinta dalle altre GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. p.108.

⁸² In relazione alle posizioni che si ispirano alla definizione della dottrina tradizionale, ma ne evolvono il significato cfr. Corbino, *Il demanio*, cit. cap. I, QUERCI, *Demanio marittimo*, in Enc. Dir. ad vocem, p.97, CASANOVA, *Demanio marittimo*, cit. p.140. In relazione alla dottrina tradizionale cfr. GUICCIARDI, *Il demanio*, p.108 e p. 73 nota 1. Il distacco tra la dottrina tradizionale e le dottrine che, ad essa ispirate, si evolvono in altra direzione, trova conferma nel fatto che le prime giustificano con motivi diversi l'esclusività della funzione in relazione alla destinazione all'uso comune rispetto alla esclusività della funzione in relazione alla destinazione alla difesa militare cioè alla soddisfazione di un preciso interesse pubblico istituzionalmente proprio dello Stato. Nelle teorie successive invece l'interesse della difesa militare viene accomunato agli interessi della navigazione della pesca etc.

⁸³ CORBINO, *Il demanio marittimo*, cit., p.29 e 14.

speciale (i tradizionali usi pubblici del mare), che restano la dimensione permanente del demanio marittimo”⁸⁴.

3.6. La destinazione all'uso comune come criterio per inserire la titolarità del bene nel circuito della sussidiarietà

Svolte queste osservazioni sulla possibile deriva del concetto di destinazione, e per tentare un'ipotesi ricostruttiva del riparto di competenze tra Stato e autonomie sfuocando il ruolo del soggetto, sembra potersi affermare che l'esercizio di una funzione si colloca ad un livello di interessi afferenti "l'appartenenza" quando incide sulla destinazione del bene.

Si può cioè ritenere che l'intestazione del bene allo Stato valga come indice di un livello sovralocale di interessi e quindi idoneo a far salire "l'ascensore della sussidiarietà" in senso dinamico quando entrano in gioco funzioni idonee ad incidere sulla destinazione del bene, nel senso che sono idonee a farla venir meno o comunque a comprimerla (si intende con riferimento a singole porzioni immobiliari, non già alla categoria di cose per la quale vige il regime demaniale).

Ciò invece non si verifica, e vale il criterio secondo il quale la generalità delle funzioni sono attribuite alle autonomie, con riguardo alle funzioni che si limitano ad attuare in concreto la destinazione, come per esempio le funzioni di polizia, di regolamentazione degli usi collettivi, di repressione di comportamenti appropriativi o comunque sanzionatori e di autotutela.

Quanto alle funzioni che sono idonee ad incidere sulla destinazione della singola unità immobiliare, poichè, per i beni in esame, essa consiste nell'uso collettivo, sono tali le funzioni che si risolvono nella sottrazione del bene all'uso comune.

⁸⁴ CORBINO, op.ult. cit., p.32

Tali funzioni in quanto idonee a far venir meno o a comprimere la destinazione del bene con riferimento alla singola unità immobiliare si riflettono sulla stessa qualificazione dell'appartenza allo Stato.

In questa prospettiva, sembra potersi affermare che la sclassifica del bene del demanio statale coinvolge lo Stato nell'esercizio della relativa funzione, non già perché il bene è di proprietà dello Stato e solo lo Stato può quindi disporre del bene, secondo una logica che non trova spazio nel circuito della sussidiarietà, ma perché la sclassifica è una funzione che incide sulla destinazione, in altre parole su ciò che, in una logica di proprietà individuale dell'ente sui beni demaniali che si connota per la destinazione, qualifica questo tipo di appartenenza dello Stato.

Un'altra ipotesi attiene all'esercizio della funzione concessoria, perché anch'essa può comprimere la destinazione del bene, anche se non sempre o almeno non in generale come accade per la sclassifica.

Con riguardo a questa funzione il fatto di comprimere la destinazione del bene dipende in concreto dal tipo di utilizzazione, dal tipo di bene, dall'estensione dell'area richiesta in concessione, dal numero di concessioni già in essere, rispetto all'estensione totale del bene, dalla durata riferita non solo al titolo, ma anche al carattere precario o stabile delle opere da realizzare.

Si è già fatto cenno all'attenzione della magistratura ed anche della dottrina⁸⁵, in relazione alla circostanza che l'autorità amministrativa in molti casi ha utilizzato lo strumento concessorio in maniera da consentire, di fatto, l'appropriazione privata del bene demaniale destinato all'uso collettivo.

⁸⁵ Non solo le coste dove il fenomeno è stato più evidente, perché il problema ha riguardato anche i porti per ragioni diverse prima della riforma dell'ordinamento portuale, le foci, i canali per la realizzazione di darsene turistiche, rimanendone fuori solo beni per i quali si potrebbe dire che l'accessibilità a tutti è garantita dallo scarso interesse all'appropriazione individuale, più che dalla regola dell'inappropriabilità. Sull'uso distorto dello strumento concessorio e la conseguente sottrazione di aree libere v. GRECO MURRONI, *Demanio marittimo e zone costiere*, cit., p.71.

In realtà, più che la puntuale concessione viene in rilievo la funzione pianificatoria e programmatoria alla quale la singola concessione, in ossequio ai principi dell'azione amministrativa, dovrebbe essere sottoposta⁸⁶.

Anche in questo caso, cioè con riguardo alla funzione programmatoria degli usi del bene, si possono trarre le stesse conclusioni appena viste per la scassifica in ordine alla partecipazione dello Stato all'esercizio di tale funzione su beni del demanio statale.

Il principio di sussidiarietà in senso dinamico consente, mediante l'intesa con le autonomie (non già il luogo di esse), e sul presupposto che tale funzione non è espressamente attribuita ad esse, l'ingresso dello Stato nell'esercizio della funzione di programmazione degli usi del bene.

3.7. Il modello della proprietà collettiva e la titolarità del bene come fatto di gestione

Un diverso approccio rispetto al modello appena visto, richiedono le teorie che individuano i beni demaniali ad uso comune come

⁸⁶ Oltre al rispetto dei principi generali vi sono specifiche disposizioni che impongono la programmazione dell'uso di beni demaniali. Una forma di programmazione è per esempio prevista per le utilizzazioni turistico – ricreative dalla l.494/93, e per i porti dalla l.84/94 che deve essere esercitata d'intesa con le autorità marittime, intesa che, nei primi commenti successivi al d.lgs.112/98, è stata ritenuta superata dal conferimento alle Regioni e agli enti locali delle funzioni sul demanio marittimo cfr. ANGELONE, *Le concessioni demaniali ad uso turistico e ricreativo: diritti del concessionario, situazioni concessorie, competenze*, in *Regioni e demanio marittimo*, Milano, 1999, p.37, mentre qui è considerata elemento centrale della ricostruzione, sia pure su presupposti diversi rispetto a quelli su cui si è consolidata la giurisprudenza anteriore alla L. 59/97. In tema di illegittimità della pianificazione urbanistica su aree demaniali marittime senza la previa intesa con l'autorità statale cfr. T.A.R. Veneto 30.7.80, n.639; T.A.R. Veneto, II, 27.7.1991, n.687; Cons. Stato, Ad. Plen. 27.5.1983, n.13; Cons. Stato, IV, 10.7.86, n.478. Cfr., inoltre Corte Cost. 12.7.76, n.175 in *Rass.Cons.St.* 1976,II,672. Di recente cfr. T.A.R. Campania Salerno, sez. II, 14 ottobre 2002, n.1592 in *Dir. Trasporti* 2003, 659.

oggetto di proprietà collettiva. Mentre per le teorie precedenti essi sono considerati oggetto di proprietà dell'ente pubblico, queste ultime invece muovono da presupposti del tutto diversi con riguardo ai concetti generali in ordine alla proprietà dei beni demaniali. Lo schema dei rapporti tra demanialità, destinazione del bene, appartenenza allo Stato ed esercizio di funzioni ad esso riferibili in ragione dell'appartenenza, che si è appena delineato, per individuare l'interesse che costituisce la ragion d'essere dell'istituto del demanio e da cui si è ricavata un'ipotesi circa le funzioni che non possono non coinvolgere l'ente cui il bene appartiene, non può essere utilizzato nell'ambito delle teorie che ritengono non esservi assunzione in proprietà da parte dell'ente ⁸⁷.

La contrapposizione tra le due teorie è così radicale, che non consente di utilizzare nessun dato acquisito in sede di esame della proprietà pubblica, e dei concetti ad essa propri, e principalmente al concetto di destinazione.

Rispetto all'angolo visuale qui adottato, di individuare, attraverso i modelli tradizionali, l'interesse intorno al quale gravita l'istituto del demanio per stabilire se e in che modo l'appartenenza allo Stato, attraverso il principio di sussidiarietà, abbia ingresso nel riparto di funzioni tra Stato e autonomie, ed in ultima analisi per quali funzioni sia coinvolto il livello di governo sovralocale, il modello della proprietà collettiva presenta due aspetti.

Innanzitutto l'indagine che si sta conducendo è agevolata, perché si individua in maniera netta ed inequivocabile, a differenza di quanto avviene mercé il concetto di destinazione proprio delle teorie

⁸⁷ In proposito, cfr. PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., al quale probabilmente si deve in sede di teoria generale la rivalutazione dell'istituto della proprietà collettiva, (p.173), nella quale tuttavia non comprende il demanio pubblico, che per l'Autore ricade nella proprietà pubblica come generale signoria sui beni demaniali come strumento per il conseguimento di determinati fini pubblici, sulla scorta della dottrina tradizionale (in particolare Guicciardi e Zanobini), e si distingue da quest'ultime, perché ritiene che anche nella proprietà pubblica si riscontrino situazioni giuridiche notevolmente differenti tra loro (p.152).

precedenti, l'interesse al godimento collettivo come principio di individuazione dell'istituto.

In altre parole non vi è il rischio di quella deriva che conduce la destinazione a modellarsi sugli interessi del titolare pubblico del bene.

L'interesse al godimento collettivo vale qui ad individuare una categoria di beni distinta per disciplina e funzione nell'ambito dei beni qualificati demaniali dal legislatore⁸⁸ e quindi un diverso "tipo" di proprietà, in quanto diversa per oggetto, per natura e per titolo⁸⁹.

Inoltre l'indagine risulta agevolata perchè, come è stato osservato⁹⁰, la ricostruzione secondo la quale i beni del demanio sono oggetto di proprietà collettiva palesano l'implicita eventualità dell'imputazione alle Regioni della loro gestione. Ed invero non si presenta il problema che si è visto nel modello della proprietà pubblica, dove la necessità dell'appartenenza dipende dal fatto che l'ente pubblico "deve" avere i beni a disposizione per l'esercizio di funzioni esclusive in quanto corrispondono a fini essenziali dell'ente stesso⁹¹,

Il modello della proprietà collettiva pone un diverso problema.

⁸⁸ Cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p.52

⁸⁹ Cfr. CASSESE, *I beni pubblici*, ..., cit. p. 137 e segg. per la proprietà individuale di ente pubblico e p.147 e segg. per la proprietà collettiva. Sul significato della distinzione fra diversi tipi di proprietà cfr. p.177 " Il fatto che l'ente pubblico sia proprietario dei beni demaniali è visto come applicazione di un principio più ampio e generale , affermatosi in un lento processo storico: quello della personalità dello Stato....Ma questa evoluzione storica non porta affatto ad affermare che le collettività sono cancellate dal novero delle figure soggettive: essa significa solo che l'organizzazione dei pubblici poteri si è personificata, cioè è divenuta centro di imputazione di qualità, poteri, situazioni soggettive. Non significa che lo Stato è divenuto l'unico centro di imputazione, che ha completamente assorbito le collettività. Queste possono essere centri di imputazione accanto all'ente che le rappresenta o invece di questo... L'affermazione che la collettività sia proprietaria non esclude che anche la persona giuridica sia proprietaria: ma sono proprietarie di beni diversi; ed avendo diversa natura, collettiva l'una, individuale l'altra, saranno proprietarie anche a titoli diversi: proprietà collettiva e proprietà individuale".

⁹⁰ CORBINO, *Il demanio marittimo*, cit., p. 28

⁹¹ Cfr. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit., p.74.

Secondo questo modello, l'ente territoriale non è proprietario del bene, ma ne è solo gestore⁹² e quindi l'appartenenza necessaria ed esclusiva non viene intesa come un fatto di proprietà, ma come un fatto di gestione, in altre parole "i beni appartengono in modo necessario ed esclusivo alla gestione dell'ente territoriale"⁹³.

Il problema è quindi quello di individuare nell'appartenenza allo Stato stabilita dall'art. 822 c.c. intesa come gestione, una connotazione distinta rispetto alla gestione che in base al conferimento di funzioni spetta alle autonomie.

Posto che il conferimento della generalità delle funzioni alle regioni e agli enti locali, corrisponde ad una scelta, rimessa all'ordinamento positivo⁹⁴, dell'ente cui affidare la gestione dei beni del demanio, si potrebbe dedurre che sia ormai priva di significato la disposizione di cui all'art. 822 c.c.

Si può però pensare anche ad un'altra ipotesi ricostruttiva.

Si può ritenere che il fatto di leggere l'appartenenza non come "un fatto di proprietà", ma come "un fatto di gestione", valga ad articolare in maniera più complessa la scelta dell'ordinamento in ordine alla collettività proprietaria e all'ente gestore.

⁹² Si è sottolineato che "l'ordinamento giuridico può a certi fini prendere in considerazione il soggetto, a certi altri prendere in considerazione direttamente il gruppo sottostante; in certi casi, cioè, prendere ad oggetto l'organizzazione politica che la collettività esprime, altre volte prendere in considerazione direttamente la collettività. Non bisogna infatti, dimenticare che, quando un gruppo, una collettività, una categoria ecc. assumono veste di persona giuridica, non è sempre alla persona giuridica che l'ordinamento fa capo, potendo invece far riferimento al gruppo, alla collettività, alla categoria direttamente. Quindi, se non si vuole avere una concezione antropomorfica della persona di diritto, occorre non solo riconoscere che la personalità è il riassunto di una normativa positiva ma anche che la normativa positiva può, a taluni effetti ed in taluni casi, riguardare il gruppo, la collettività, la categoria come persone e, in taluni altri casi, riguardarli nella loro essenza primaria di collettività, gruppi, categorie" CASSESE, *Beni pubblici*, cit. p. 162

⁹³ GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p. 55

⁹⁴ Sulla possibilità che la gestione possa essere affidata ad organi autonomi del comune o dello Stato o che gli ordinamenti positivi possano scegliere altri enti territoriali, v. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 47

In altre parole la scelta dell'ordinamento relativa all'ente cui affidare la gestione si manifesta attraverso i due elementi dell'appartenenza allo Stato – intesa come fatto di gestione- e del conferimento di funzioni alle Regioni e agli enti locali, e non solo con riguardo a quest'ultimo.

Per individuare, attraverso questo modello, gli elementi da ricondurre al criterio di riparto di funzioni tra Stato e autonomie, occorre ricordare che la gestione, nel modello in esame è attribuita all'ente territoriale in qualità di ente esponenziale della collettività proprietaria.

Si può allora pensare che i beni demaniali appartenenti allo Stato siano i beni per i quali la proprietà è individuata in una collettività sovralocale e da questo consegue l'individuazione dello Stato come ente gestore ⁹⁵.

Da una parte l'appartenenza allo Stato, dall'altra il conferimento di funzioni, convergono quindi nel campo della gestione limitando reciprocamente il rispettivo ambito di funzioni in cui la gestione del bene trova espressione.

Invero ben potrebbe l'ordinamento scegliere di affidare in via esclusiva ogni funzione alle autonomie, ma, per quanto osservato in tema di sussidiarietà intesa nel senso dinamico, il livello degli interessi ha diretto ingresso nell'individuazione del livello di governo cui è assegnata la funzione.

Impostata in questi termini la questione si pone nel senso di vedere se possa rinvenirsi all'interno della gestione, una differenza tra le varie funzioni previste sul demanio, e se sia possibile ricollegare a questa differenza l'individuazione di talune funzioni riferibili anche allo Stato, rispetto ad altre riferibili solo agli enti ai quali è conferita la generalità delle funzioni.

⁹⁵ Sul rapporto tra collettività ed ente esponenziale cfr. CASSESE, *Beni pubblici...*, cit. p.154, 159, 192, nota 82, 194 nota 82, 196, nota 82, 198, nota 82, p.148. Cfr. inoltre BERTI, *Amministrazione comunale e provinciale*, cit., p.190.

Si può cioè pensare che vi siano funzioni dall'esercizio delle quali lo Stato non può essere escluso in quanto ente esponenziale della collettività proprietaria che è sovralocale⁹⁶.

In questa prospettiva, lo Stato in quanto ente esponenziale della collettività nazionale non sembra poter essere escluso dalle funzioni il cui esercizio incide sull'accessibilità a tutti del bene, perchè la collettività proprietaria non può essere esclusa da valutazioni in ordine al permanenza della proprietà collettiva o alla garanzia della sua accessibilità.

Come si è osservato questo non comporta una esclusività di funzioni in capo allo Stato, dato che il principio di sussidiarietà in senso dinamico richiede, per poter funzionare, di trovare espressione attraverso moduli procedurali, quali le intese, che diano espressione al principio di leale collaborazione, ma comporta che, se per i beni "appartenenti allo Stato" l'ordinamento fa riferimento ad una collettività sovralocale, lo Stato non può essere estromesso dall'esercizio di funzioni che incidono su interessi riferibili all'intera comunità nazionale.

In base ai criteri appena esposti si possono selezionare, per una verifica dell'ipotesi, le stesse funzioni già esaminate nell'ambito delle teorie della proprietà pubblica.

Si può quindi riprendere l'esempio della sclassifica del bene.

Il bene a seguito della classifica non è più sottoposto al regime derogatorio del diritto comune, perchè passa dal demanio al patrimonio (art.829 c.c.).

⁹⁶ In questo senso sembra ora potersi leggere, la giurisprudenza della Corte costituzionale che, anteriormente alla riforma del titolo V cost., con riguardo alle attribuzioni costituzionalmente garantite delle regioni e delle due province autonome, non escludeva la consistenza di alcuni poteri statali, con la relativa necessità di coordinamento, quando si tratti di esigenze che esorbitino dall'ambito regionale, in quanto le Regioni, com'è *ius receptum*, sono enti esponenziali di interessi locali e quindi non possono incidere su posizioni giuridiche che fanno capo all'intera collettività nazionale. Cfr. Corte Cost., 15 novembre 1985, n. 286.

Questa funzione quindi incide nel regime del bene nel senso di far venir meno la proprietà collettiva trasformandola in proprietà individuale.

Per il criterio esposto di considerare attratto nell'orbita della gestione riferibile "all'appartenenza" la funzione il cui esercizio può determinare la sottrazione del bene alla proprietà collettiva, si può ritenere che la funzione relativa alla sdemanializzazione del bene non possa essere esercitata senza l'ingresso di una valutazione statale.

Si può precisare che, allo stesso modo che si è osservato, sia pure in termini diversi con riguardo alla destinazione quando il problema è stato considerato alla luce delle teorie precedenti, quanto detto non significa che lo Stato intervenga in qualità di proprietario. Significa invece che la natura ed il regime giuridico del bene, valgono come criterio per individuare l'intervento dello Stato in qualità di ente esponentiale della collettività proprietaria.

Le stesse considerazioni valgono con riguardo alla concessione. Fino a quando la concessione non intacca l'accessibilità a tutti del bene non si incide su posizioni giuridiche che fanno capo all'intera collettività nazionale. Ma la questione, si riporta, alla funzione della programmazione degli usi, perchè la somma delle concessioni può comportare gli stessi effetti della sdemanializzazione del bene se si considera che il contenuto della proprietà collettiva consiste nell'accessibilità a tutti del bene, mentre la concessione vale a costituire un uso esclusivo.

4. Cenni alle funzioni maggiormente coinvolte nella privatizzazione

4.1. La sdemanializzazione

Oltre alle considerazioni appena svolte sotto il profilo della partecipazione dello Stato e delle autonomie nella funzione della classificazione del bene e quindi rispetto alla competenza, occorre soffermarsi brevemente sul contenuto della valutazione, anche perchè uno degli

strumenti della privatizzazione, sui quali ci si soffermerà nel terzo capitolo, consiste nella previsione di forme, per così dire abbreviate e generalizzate, di sdemanializzazione.

Questa circostanza pone all'attenzione aspetti diversi rispetto a quelli consueti, pur se ad essi strettamente collegati.

In estrema sintesi, la questione, nei termini consueti, è posta nel senso di verificare se sia possibile ammettere la cosiddetta sdemanializzazione tacita dei beni la cui demanialità dipende dal fatto di rientrare in una delle categorie individuate dal legislatore con riferimento alle caratteristiche naturali oppure oggettuali della cosa. Da qui la tradizionale impostazione diretta a stabilire se il provvedimento di sclassifica abbia natura dichiarativa o costitutiva⁹⁷.

Si può aggiungere che il problema di riconoscere la possibilità di sdemanializzazione tacita si colloca generalmente nell'ambito di azioni promosse da privati dirette ad accertare l'acquisto per usucapione di una porzione immobiliare accatastata come demanio, ma che non possiede, o almeno non possiede più, le caratteristiche fisiche proprie della categoria.

Se si ritiene che il venir meno della demanialità segua sempre alla perdita delle caratteristiche naturali od oggettuali della cosa e quindi possa sempre essere accertata in sede giurisdizionale, indipendentemente da un atto formale dell'amministrazione, se si ammette cioè la sdemanializzazione tacita, si può anche ammettere l'usucapione del bene, in quanto non più demaniale.

Se invece si ritiene che la sclassifica non possa che seguire un provvedimento amministrativo formale e quindi che gli effetti della sdemanializzazione non possano che derivare da un provvedimento espresso, l'usucapione non si può ammettere perchè avrebbe ad og-

⁹⁷ La letteratura in argomento è molto ampia. Anzi si può dire che ogni Autore che si è occupato di demanio ha trattato il tema della cessazione della demanialità. Per una puntuale oltre che aggiornata ricostruzione delle posizioni di dottrina e giurisprudenza e per i richiami bibliografici si rinvia a RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, cit. p.35 e ss.

getto un bene ancora demaniale pur se ne ha perdute le caratteristiche.

L'origine della questione, o meglio, i casi concreti nei quali la questione è affrontata spiegano un dialogo tra formanti in cui le opinioni della dottrina e della giurisprudenza appaiono ora in tendenziale contrapposizione.

Mentre la dottrina propende per la natura dichiarativa degli atti in parola, la giurisprudenza propende per la natura costitutiva, negando quindi la possibilità che la sdemanzializzazione possa essere affermata in assenza di un provvedimento espresso dell'amministrazione⁹⁸.

La giustificazione di questa divaricazione sembra riconducibile alla preoccupazione della giurisprudenza, preoccupazione sollecitata dai casi concreti, di evitare che l'inerzia dell'amministrazione da una parte, ed il modo in cui avvengono le modificazioni delle caratteristiche del bene dall'altra, si traducano nell'esposizione del bene demaniale all'impossessamento privato.

E' infatti da considerare, che molto spesso, alle modificazioni delle caratteristiche del bene concorre l'attività antropica, si pensi in proposito al fenomeno dell'urbanizzazione di tratti di litorale e di aree golenali, e al fatto che, in questi casi, il riconoscimento della sdemanzializzazione tacita si risolverebbe spesso in un premio per chi ha compiuto abusi consistenti nell'occupazione e nella trasformazione del bene.

Queste osservazioni sembrano giustificare oltre alle posizioni della giurisprudenza anche la scelta del legislatore che con riguardo

⁹⁸ Per la dottrina cfr. Cerulli Irelli, *Beni pubblici*, cit. p. 284, per la giurisprudenza più recente cfr. TAR Umbria, 13 febbraio 2004, n. 73, TAR Marche, 9 giugno 2000, n. 898, Cass. Civ., sez. II, 2 marzo 2000, n. 2323. Per la giurisprudenza meno recente cfr. Cass, sez. I, 5.11.81 n.5817, in *Mass.Foro it.*,1981 e Cass. Sez.II, 23.4.1981 n.2417, in *Mass.Foro it.*1981, Trib. Cagliari, 28.4.1992, in *Dir. trasp.*, 1994,3,1023, Cass. Civ.II, 6.6.1989,2745. La demanzialità dipende esclusivamente dai caratteri fisici del bene per T.A.R. Veneto,II,9.6.1992, n.475, in *Dir.trasp.*,1994, 3, 1023

al demanio idrico ha escluso espressamente la sdemanializzazione dei terreni abbandonati dalle acque pubbliche⁹⁹.

Su questo punto si intende aprire una breve parentesi.

La normativa in parola è stata criticata in quanto considerata diretta a proteggere maldestramente gli interessi economici del “proprietario terriero” Stato dalla sua stessa negligenza e noncuranza (deresponsabilizzando, oltretutto i funzionari e dipendenti statali), consentendogli in ogni tempo di formalizzare le sdemanializzazioni e di vendere con tutta calma quei terreni che diversamente, magari da moltissimi anni, qualcuno avrebbe potuto legittimamente usucapire. E ciò in spregio a qualsiasi principio logico e giuridico vigente in tema di inizio e cessazione della demanialità naturale, nonché in materia di acquisto e perdita della proprietà immobiliare¹⁰⁰.

La critica appena riportata non appare condivisibile secondo l'impostazione qui accolta. Senza entrare nel merito della scelta legislativa non sembra potersi intravedere nelle disposizioni sul demanio idrico appena citate uno spregio ai principi logici e giuridici vigenti.

Forse sotto il profilo dei principi logici in tema di inizio e cessazione della demanialità naturale si nota la carenza di una distinzione di effetti tra la perdita delle caratteristiche del bene per cause naturali ovvero per cause non naturali; ma in previsione della difficoltà di tracciare una precisa demarcazione tra questi due tipi di cause non sembra da rimpiangere il mancato ossequio alla logica da parte del legislatore.

Sotto il profilo dei principi in materia di proprietà, nell'impostazione qui seguita e per quanto finora osservato, le funzioni assegnate all'amministrazione non costituiscono espressione di facoltà proprietarie, e ciò a maggior ragione vale per le funzioni la cui negligente omissione dovrebbe consentire, secondo l'opinione qui criticata, l'usucapione di terzi a fronte di fenomeni di sdemanializzazio-

⁹⁹ Cfr. artt. 942, 945, 946 e 947 del codice civile come modificati dalla legge 5 gennaio 1994, n. 37.

¹⁰⁰ In questi termini RENNA, *La regolazione dei beni a destinazione pubblica*, cit. p. 41.

ne di fatto. Tali funzioni, che il regime demaniale prevede in capo all'autorità amministrativa per assicurare protezione dell'uso collettivo, sono peraltro ora attribuite totalmente alle autonomie.

Più in generale se si rinuncia all'idea di una proprietà compatta in capo allo Stato e si legge il regime demaniale come un regime di protezione di utilità collettive costituito dalla concorrenza di diversi ordini di disposizioni, di cui quelle che prevedono le funzioni di monitoraggio assegnate all'amministrazione non sono che un aspetto, non si può escludere che l'ordinamento non ritenendo sufficienti tali poteri (e, a quanto si vede nella realtà, non a torto), disponga altre forme di garanzia come quella che richiede un provvedimento espresso di sdemanializzazione per i beni del demanio idrico.

In fin dei conti la stessa regola dell'incommerciabilità dei beni demaniali, che costituisce il fulcro tradizionale di questo particolare regime giuridico è una scelta dell'ordinamento diretta a garantire le utilità protette in forma più efficace di quanto non sarebbe la sola attribuzione di poteri alla pubblica amministrazione, che, in ipotesi, potrebbe essere anche da sola ritenuta sufficiente.

E, per converso, potrebbe essere ritenuto sufficiente il regime di inappropriabilità¹⁰¹, senza la previsione di particolari poteri di tutela amministrativa, data l'estensione anche a questi beni dei poteri di tutela ordinaria (art. 823 cc.), e quindi indipendentemente dal fatto che si possano considerare in possesso o in proprietà dell'amministrazione¹⁰².

Insomma, la particolare disposizione introdotta in materia di demanio idrico sembra doversi valutare sotto il profilo dell'efficienza

¹⁰¹ Cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit. p. 100 "In senso traslato e improprio si può parlare di incommerciabilità e di imprescrittibilità. Chi si costruisce una casa sulla spiaggia non diventa mai proprietario nè dell'area nè delle mura, anche se vi è una tolleranza dell'amministrazione, e l'amministrazione può sempre ordinare la demolizione. Questo non perchè sia abusiva – come spesso si dice – ma perchè non è tutelata come bene da nessuna norma".

¹⁰² Sull'estensione operata dall'art. 823 cc. per i beni di cui non si riconosce il possesso dell'amministrazione ma della collettività cfr. CASSESE, *I beni pubblici*, cit. p. 305.

del regime di protezione a partire dalla scelta più generale compiuta dall'ordinamento di regolare questi beni in forma molto simile ad una situazione di non appartenenza.

Considerato che è molto più difficile assicurare la tutela di un bene attraverso un regime di non appartenenza, non potendosi contare sull'attività del singolo proprietario, sarebbe da chiedersi se la disposizione citata rappresenti un'eccezione nel più ampio panorama di questo tipo di beni o non concorra invece ad integrare proprio i principi della demanialità, o quanto meno a comprenderne taluni riflessi, ed essenzialmente la necessità di spostare, per così dire, in avanti le barriere di protezione degli interessi.

Chiusa la parentesi, queste osservazioni conducono il discorso su taluni aspetti della sclassifica del bene che si evidenziano ora in relazione alla normativa sulla privatizzazione.

Posto, come osservato nelle pagine precedenti, che la competenza in ordine a tali provvedimenti spetta all'intesa tra Stato e autonomie, è da accennare alla natura del provvedimento di sclassifica sotto il profilo del tipo di valutazione che l'amministrazione deve compiere, se cioè sia limitata all'accertamento delle caratteristiche fisiche del bene o involga una valutazione in ordine agli interessi che il bene è chiamato a soddisfare.

E' opportuno a tal fine precisare che questo approccio non sembra da limitare ai soli beni di origine naturale, ma si estenda anche a quei beni artificiali, che al pari dei beni naturali sono individuati come demaniali in quanto presentino determinate caratteristiche fisiche.

Può a tal fine essere utilizzato come paradigma l'art. 35 del codice della navigazione perché evidenzia il problema tipico di raccordare una funzione di accertamento sulle caratteristiche del bene, alla quale si affianca una valutazione demandata all'Autorità in ordine all'attitudine a soddisfare il pubblico uso.

L'art. 35 del codice della navigazione stabilisce "Le zone demaniali che dal capo del compartimento non siano ritenute utilizzabili per pubblici usi del mare sono escluse dal demanio marittimo con

decreto del ministro per la marina mercantile di concerto con quello per le finanze”, e per quanto finora osservato, sarà necessario che tale valutazione avvenga d’intesa con la Regione ed il comune competenti per territorio.

La disposizione in parola ha, come è evidente, fornito un argomento letterale per negare la sdemanializzazione tacita, e difatti in qualche pronuncia si precisa che essa comunque non potrebbe avere ingresso con riguardo al demanio marittimo per la presenza dell’art. 35 cod. nav. dove per l’estinzione della qualità demaniale del bene si richiede necessariamente un atto formale dell’autorità amministrativa

Invece la dottrina che afferma la natura dichiarativa e non costitutiva dell’atto di sclassifica ricostruisce la vicenda in questi termini.

Quando le cose sono individuate dalla legge in riferimento alle loro caratteristiche naturali o comunque oggettuali, gli atti di individuazione dell’autorità amministrativa hanno un valore meramente dichiarativo; la proprietà pubblica circa le cose stesse si costituisce e si estingue a seconda del venire ad esistenza dello scomparire o modificarsi delle cose stesse della loro natura e struttura, prescindendo dalla concreta utilizzazione delle singole porzioni immobiliari per esigenze pubbliche¹⁰³.

Secondo questa interpretazione, l’estinzione della qualità demaniale segue sempre alla perdita delle caratteristiche che identificano la porzione immobiliare come spiaggia, arenile, etc. e tale perdita può sempre essere accertata in sede giurisdizionale, prescindendo da un atto amministrativo di sclassificazione.

Sempre secondo l’impostazione citata, l’atto di sclassificazione previsto dall’art. 35 cod. nav. può essere adottato per escludere dal demanio marittimo porzioni che ne mantengono le caratteristiche naturali una volta acclarata dall’autorità competente la non utilità di queste ultime agli scopi di interesse pubblico cui è intesa la disciplina relativa a ciascuna categoria di beni. In sostanza, l’atto espresso

¹⁰³ In questi termini cfr. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, cit. p. 280.

serve per derogare, in riferimento ad una singola porzione demaniale, al regime pubblicistico che coinvolgerebbe tutte le porzioni stesse in quanto fisicamente individuate siccome comprese in una delle categorie indicate dalla legge¹⁰⁴.

Si può però tentare una diversa ricostruzione tenendo presente da un lato il ruolo di protezione delle utilità collettive alla base dell'attribuzione di funzioni all'autorità amministrativa e della loro conformazione a tal fine, e dall'altro che le caratteristiche fisiche del bene costituiscono condizione necessaria e sufficiente ad individuare la demanialità del bene nei casi in esame, quando cioè la demanialità dipende dalla possibilità di ascrivere una singola porzione immobiliare ad una categoria individuata dal legislatore in ragione appunto di tali caratteristiche.

Quando il bene ha perduto le caratteristiche fisiche, non necessariamente naturali, tali da non renderlo identificabile in una delle categorie previste dalla legge non può essere soggetto al relativo regime, e quindi su questo versante si giunge alla stessa conclusione dell'opinione appena citata.

Tuttavia, per la stessa ragione, non si ritiene che l'art. 35 cod. nav. valga ad attribuire all'autorità il potere di derogare con atto espresso al regime del bene con riferimento ad una singola porzione di esso pur quando mantenga le caratteristiche della categoria. Non sembra invero potersi ammettere l'esistenza di porzioni immobiliari ascrivibili ad una categoria demaniale identificata per le sue caratteristiche fisiche, che non siano per ciò stesso anch'esse demaniali.

In ordine al provvedimento previsto dall'art. 35 cod. nav. sembra necessario tenere distinti due piani: quello relativo al potere ipotizzato nella norma, e quello relativo all'esplicazione della funzione¹⁰⁵.

¹⁰⁴ In questi termini CERULLI IRELLI, *Beni pubblici*, cit., p.284,

¹⁰⁵ Si segue l'ordine nozionale di F. BENVENUTI, *Eccesso di potere per vizio della funzione*, in RDP, 1950, I, p.1 e segg.

Quanto al primo, l'art. 35 cod. nav. attribuisce senza dubbio all'amministrazione il potere di sclassificare una zona demaniale quando non sia ritenuta utilizzabile per pubblici usi del mare.

Quanto all'esplicazione della funzione appaiono essere proprio le caratteristiche del bene a vincolare la valutazione relativa all'utilizzabilità per i pubblici usi del mare.

La protezione dell'uso comune del bene assicurata dal regime demaniale va infatti intesa con riguardo all'attitudine potenziale dell'uso medesimo, anche perché, come è stato osservato, la cessazione dell'uso potrebbe in realtà consistere in una semplice sospensione dell'utilizzazione del bene¹⁰⁶. Inoltre l'uso comune, come fatto, non può avere i caratteri della permanenza e dell'attualità, da parte di ciascun membro della collettività, ma è potenziale ed episodicamente attuale. Per esempio vi è chi non ha mai usato del lido del mare e chi ne usa quotidianamente¹⁰⁷. Lo stesso tenore letterale della norma impone, come ha ritenuto la giurisprudenza, una valutazione che non attiene all'utilizzo del bene in concreto, ma alla sua "utilizzabilità", che esprime un'attitudine potenziale a realizzare i pubblici usi del mare¹⁰⁸.

Quindi l'esercizio della funzione relativa alla sdemanializzazione, se oggetto di valutazione non è l'utilizzazione concreta, ma l'attitudine potenziale del bene all'uso collettivo, deve necessariamente utilizzare come parametro i caratteri fisici della porzione immobiliare, in ragione dei quali la legge qualifica come demaniale una certa categoria di cose. In altre parole, pur se nella formulazione della norma i caratteri fisici non costituiscono l'oggetto della valutazione, che è invece l'utilizzabilità per i pubblici usi del mare, tuttavia nell'esplicazione della funzione i caratteri fisici assumono il valore di criterio vincolante di valutazione.

¹⁰⁶ Cfr. GUICCIARDI, *Il demanio*, cit. p. 240 e segg.

¹⁰⁷ Cfr. GIANNINI, *I beni pubblici*, cit., p. 53.

¹⁰⁸ Sulla necessità dell'attitudine potenziale a realizzare i pubblici usi del mare cfr. Cass.civ., II, 5.6.91, 6349.

E' da richiamare in proposito l'opinione secondo la quale in caso di collettività vaste, il regime della riserva non è inutile nonostante la forza esclusiva, che discende dall'essere i beni attualmente in proprietà di una collettività, perché la riserva opera per categorie di beni e quindi si estende anche alle cose (della stessa categoria) non attualmente in proprietà perché non ancora esistenti. La riserva esclude dall'appropriazione individuale tutte le cose, anche quelle future, appartenenti alla categoria¹⁰⁹.

Un atto di sclassifica relativo ad un bene che presenti i caratteri del demanio, potrebbe essere compatibile con la proprietà collettiva del bene, perché la collettività in quanto proprietaria ha il potere di disporre il trasferimento del bene allo Stato ente o ad altro soggetto¹¹⁰, non sarebbe invece compatibile con la riserva, perché la presenza di quei caratteri riconduce il bene ad una categoria in relazione alla quale opera la riserva che ne impedisce l'appropriazione individuale.

Detto questo però, vale a dire che una valutazione di interessi compiuta dall'autorità amministrativa non può sovrapporsi alle caratteristiche fisiche del bene nella determinazione del regime demaniale, occorre tuttavia considerare che tali caratteristiche non sono oggetto di un mero accertamento tecnico.

Si è piuttosto nel discusso campo delle valutazioni tecniche.

Vi è infatti un margine di scelta dovuto all'indeterminatezza delle formule utilizzate dal legislatore quando elenca i beni appartenenti al demanio, o almeno alcuni di essi.

Per esempio l'individuazione di un terreno come spiaggia e quindi come porzione di demanio dipende da cosa si intende per spiaggia. Può infatti ritenersi che non sia tale il terreno non più soggetto all'azione del mare e quindi divenuto stabile, cioè "terra ferma", ma può anche ritenersi spiaggia il terreno caratterizzato dalla presenza di sabbia, oppure il terreno che risulta dimostrato essere stato

¹⁰⁹ Cfr. CASSESE, *I Beni pubblici...*, cit., p. 149.

¹¹⁰ Cfr. CASSESE, *I Beni pubblici*, cit. p.192, nota 82

un tempo - ed allora occorre stabilire un periodo di riferimento - sommerso dal mare.

Un altro esempio può essere costituito dai porti. Si può far riferimento all'elemento naturale della costa ove sono stati realizzati, alla funzionalità delle banchine, o a tutta l'area individuata dal piano regolatore portuale.

Non si intende qui esprimere una preferenza teorica tra le diverse opzioni interpretative, nè prendere posizione sotto il profilo dogmatico in ordine al tema delle valutazioni tecniche.

Ci si limita a rilevare che nell'interpretazione delle locuzioni quali spiaggia, lido, porto, rada, fiume, soprattutto quando viene in gioco un problema di estensione più che di selezione del bene¹¹¹, come hanno ingresso i dati storici, provenienti principalmente dal diritto romano, ed hanno ingresso i dati provenienti dalle scienze geologiche, hanno altresì ingresso, si potrebbe dire inevitabilmente, anche nella lettura o nel peso da attribuire a questi stessi dati, le valutazioni in ordine all'idoneità del bene a soddisfare le esigenze collettive.

¹¹¹ Per esempio per determinare l'alveo del fiume Trib. Sup.re acque, 20 marzo 1996, n. 32 vi ricomprende il terreno posto a lato del fiume che resta coperto dalle piene ordinarie, anche se ciò avviene in conseguenza di trasformazioni imprevedibili dall'opera dell'uomo, per il fatto che il bene presenta in natura determinate caratteristiche e quindi diviene parte del bene immobile della specie "corso d'acqua". Per un diverso ordine di argomentazioni cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 marzo 2003, n. 1601 dove si ritiene che le darsene costruite a secco su proprietà privata non divengono demaniali a seguito del riempimento dell'invaso, perchè la nozione di porto cui fa riferimento l'art. 28 cod. nav. presuppone una realtà che deve esistere naturalmente, intendendosi con tale nozione il tratto di mare chiuso che per la sua natura fisica è atto al rifugio, all'ancoraggio e all'attracco delle imbarcazioni provenienti dall'alto mare. E' immediatamente percepibile la derivazione di tale nozione di porto dal diritto romano, perfettamente calata in un contesto in cui non vi erano le possibilità tecniche attuali di trasformare la natura. Dalla citata pronuncia traspare inoltre la commistione della rilevazione obiettiva delle caratteristiche fisiche con la valutazione degli interessi che il bene è idoneo a soddisfare, perchè in relazione al canale di accesso alla darsena (che più si avvicina al precedente esempio del fiume) argomenta che sono definiti demaniali "i canali utilizzabili ad uso pubblico marittimo", mentre il canale che colleghi al mare una darsena, ove questa sia privata, non assolve certamente ad un uso pubblico.

In vista dei temi relativi alla sdemanializzazione su cui ci si soffermerà nel terzo capitolo, ed in particolare per quanto riguarda le forme generalizzate e abbreviate di sclassifica del bene, si pongono, anche sotto il profilo ora accennato, problemi di compatibilità della privatizzazione con il conferimento di funzioni alle autonomie.

4.2. La programmazione degli usi del bene

Si possono ora metter insieme le considerazioni svolte verso la fine del primo capitolo con quelle ora svolte in questo secondo capitolo.

Se le possibilità di sfruttamento economico dei beni demaniali ad uso collettivo sono circoscritte a ciò che “sopravanza la demanialità”, esse sono di scarso rilievo.

Basti ricordare gli esempi classici del tesoro, dell'erba ai bordi delle strade, e così via.

Uno sfruttamento significativo dal punto di vista economico della risorsa deve giocoforza essere ricercato, per così dire, all'interno del regime demaniale, e cioè proprio in ordine alle possibilità di sfruttamento della risorsa precluse da questo particolare regime di protezione.

D'altra parte non avrebbe senso erigere un regime diverso o comunque derogatorio rispetto alla forma di appartenenza più consolidata quale è la proprietà, mediante la sottrazione del bene allo sfruttamento individuale, se non per il pericolo che tale sfruttamento si risolva in un detrimento dell'utilità protetta.

Se infatti lo sfruttamento individuale fosse indirizzato dalle regole di mercato a non incidere sull'utilità protetta, non vi sarebbe necessità di sottrarre il bene a dette regole sottoponendolo invece a regole gerarchiche.

Comunque sia (dato che la nascita degli istituti giuridici è frutto di incidenti storici più che di deduzioni logiche), lo sfruttamento economico del bene, dato il carattere alternativo delle due istituzioni, va-

le a dire struttura gerarchica e mercato, è possibile solo nell'ambito individuato attraverso l'applicazione delle regole gerarchiche.

Ed infatti è mediante l'applicazione di queste regole che è sempre stato consentito lo sfruttamento economico delle risorse governate dal regime demaniale per garantire il godimento collettivo. Nè, ciò contraddice quanto osservato in tema di inappropriabilità quale fulcro di questa particolare situazione di appartenenza, perchè, mentre la qualifica della demanialità, e quindi la sottoposizione a tale regime di protezione, opera per categorie di cose, ossia mediante il riferimento alla fisicità del bene, tale regime poi si svolge determinando l'utilizzazione di singole porzioni, ossia in relazione alle utilità ricavabili dalla cosa.

La preclusione all'appropriazione dei benefici della risorsa è infatti generale ma non assoluta e la possibilità di tale appropriazione è rimessa infine ad una valutazione di compatibilità con la protezione dell'utilità garantita dal regime demaniale, valutazione che avviene di volta in volta attraverso lo strumento della concessione.

Tale strumento, senza indagare se in concreto abbia garantito adeguatamente l'utilità protetta dal regime demaniale, per quanto riguarda lo sfruttamento economico si è tuttavia risolto, guardando ai fatti, a beneficio quasi esclusivo del concessionario realizzando vere e proprie rendite di posizione per quest'ultimo e non a vantaggio dell'ente concedente ed in ultima analisi alla collettività.

Si può infatti notare che lo sfruttamento economico non coincide necessariamente con la possibilità di scambio del bene, ed inoltre che il trasferimento (dell'intestazione) del bene non è necessario per trasferire l'utilità economica, ed è ciò che accade a beneficio però esclusivo del concessionario.

Si tratta allora di far venir meno questa rendita di posizione, razionalizzando, per così dire, gli strumenti che, nei fatti, hanno consentito il nascere ed il perpetuarsi di una situazione in cui si è assistito nel tempo ad un affievolirsi della tutela dell'uso comune, a vantaggio della resa economica del bene, ma senza vantaggio per lo Stato nè per la collettività.

Il punto da focalizzare sembra essere il potere di revocare la concessione che è necessario per garantire l'interesse pubblico ed in particolare l'uso collettivo secondo esigenze che non possono cristallizzarsi giacchè, altrimenti, non avrebbe senso compiuto il regime demaniale del bene.

Il nocciolo del problema dipende dalla circostanza che è questo l'unico strumento, come unico strumento è la concessione, per far fronte a due situazioni diverse, vale a dire la protezione del godimento collettivo del bene e lo sfruttamento individuale della cosa.

Sulla stessa linea poi si pone il cosiddetto diritto di insistenza che tende ad equiparare il mancato rinnovo ad una revoca.

Accade allora che il concessionario, solo a fronte di ragioni afferenti alla necessità di garantire il bene all'uso collettivo, si trova esposto a perdere il titolo. Salvo si intende la diversa ipotesi della decadenza che presuppone però accertate violazioni o inadempienze del concessionario.

Il concessionario quindi, ed in questo consiste la rendita di posizione, è garantito di fronte a possibili altri aspiranti, i quali non possono mai porsi nella posizione di concorrenti, ma solo di eventuali acquirenti del titolo.

Qui interviene un altro aspetto, quello del cosiddetto *intuitus personae* del concessionario che si esprime nella necessità di un autorizzazione al subingresso. Essa tuttavia soggiace agli stessi limiti del potere di revoca, perchè il diniego deve essere motivato da ragioni di interesse pubblico, che non sussistono quando il subentrante dimostra il possesso dei requisiti per lo svolgimento dell'attività che costituisce lo scopo della concessione. Senza contare che il divieto di cessione in assenza di autorizzazione è facilmente eludibile, almeno nelle realtà economiche consistenti, attraverso cessioni di quote della società concessionaria.

Per eliminare queste rendite di posizione è necessario che i rapporti con chi utilizza in forma esclusiva il bene siano governati da strumenti privatistici.

D'altra parte, l'inversione di tendenza rispetto a quest'ultimo aspetto, mediante la sostituzione di soggetti e strumenti pubblicistici con soggetti e strumenti privatistici (per usare un'espressione breve), incontra due ostacoli.

Innanzitutto ciò non può comportare il subentro delle regole di mercato in luogo della struttura gerarchica, almeno fino a quando si intende tenere fermo questo regime del bene.

Il secondo ostacolo è rappresentato dal conferimento della funzione concessoria alle autonomie, e, se si considera che tale conferimento rappresenta l'attuazione di scelte compiute a livello costituzionale, vi si intravede un limite posto allo stesso legislatore ordinario.

Si può però considerare il momento di protezione dell'utilità collettiva, quindi la valutazione di compatibilità tra sfruttamento economico e godimento collettivo, disgiuntamente dal momento di disposizione delle utilità selezionate a seguito di tale valutazione.

E' allora possibile ipotizzare l'individuazione di un ambito di sfruttamento economico della risorsa, concentrando nella programmazione degli usi del bene ogni valutazione afferente alla protezione dell'uso collettivo, e definire così uno spazio per lo sfruttamento economico in ordine a utilità che "sopravanzano la demanialità" anch'esse, ma ulteriori rispetto a quelle definite tali tradizionalmente, perchè sono allo stesso tempo ricavate all'interno del regime demaniale, nel senso che sono determinate attraverso le regole di questo regime.

Quanto alla competenza in ordine alla programmazione si è osservato che è funzione alla quale si ritiene debbano concorrere sia lo Stato, sia le autonomie, perchè involge tutti i gradi di interesse sollecitati dal bene – inteso come qualificazione giuridica della cosa – in una prospettiva che vede i singoli enti interpreti e mediatori degli interessi della collettività. E si può aggiungere che una volta intervenuta in sede di programmazione la valutazione afferente la protezione dell'utilità collettiva, si è data compiuta espressione dei principi autonomistici che presiedono al conferimento di funzioni.

Quanto al contenuto della programmazione, oltre alle possibilità di suddivisione spaziale e temporale, utile per garantire lo sfruttamento economico mediante utilizzazioni di tipo assolutamente individuale ed incompatibile con l'uso collettivo, si possono inventare altre possibilità di articolare la programmazione in forza della circostanza che attualmente è proprio il godimento collettivo, dove tale godimento richiede al tempo stesso la prestazione di un servizio, ad essere possibile fonte di reddito.

Quanto agli effetti della programmazione, così intesa come momento in cui si concentra la determinazione dell'ambito di sfruttamento economico compatibile con l'utilità protetta dal regime demaniale, essa sembra essere l'unica via per dare concretezza alla possibilità di concentrare la gestione di utilità economiche in capo ad un soggetto privato, o comunque strutturato nella forma di una società commerciale, o, se si preferisce, per dare un contenuto concreto ad un'eventuale intestazione formale del bene, o meglio, di diritti sul bene.

Sarebbe molto limitata la missione di un soggetto creato per il perseguimento di interessi economici attraverso i beni, se le facoltà di utilizzazione dei medesimi rimanessero sottoposte e quindi condizionate ad una valutazione condotta di volta in volta dall'autorità amministrativa. D'altra parte non avrebbe senso la creazione di un soggetto privato per lo svolgimento di compiti di tutela del bene, in ultima analisi per sostenere costi, nè potrebbero essere ad esso affidate funzioni che richiedono la qualità di ente esponenziale della collettività.

CAPITOLO TERZO

LE PRIVATIZZAZIONI DEI BENI PUBBLICI

Sommario: 1. Le diverse forme di valorizzazione del patrimonio pubblico. – 1.1. Il difficile rapporto tra utilizzazione economica e fruizione collettiva attraverso due letture della storia del problema. – 1.2. Il contesto della normativa più recente. – 2. La politica delle dismissioni dell'ultimo decennio. – 2.1 Un primo tentativo e i motivi del fallimento (D.L. 386/91). – 2.2. Un altro tentativo incompiuto e nuovi strumenti di valorizzazione dei beni pubblici (art. 9 della L. 537/93). – 2.3. La cartolarizzazione. – 2.4. Il passaggio al patrimonio disponibile mediante l'inserimento in elenchi di beni alienabili. – 2.5. La dismissione dei beni pubblici e il divieto di aiuti di Stato alle imprese. – 2.6. La dismissione senza privatizzazione prevista dal comma 434 della L. 30.12.2004 (Legge finanziaria 2005). – 3. Beni demaniali e titolarità privata. – 3.1 La Patrimonio dello Stato s.p.a. – 3.2. La Infrastrutture dello Stato s.p.a. – 3.3. Natura della Patrimonio dello Stato s.p.a. – 3.4. I riflessi della natura della società nella gestione dei beni pubblici. – 3.5. Le privatizzazioni dei beni conseguenti alla privatizzazione degli enti. – 4. Verso nuovi modelli di coesistenza tra inappropriabilità e sfruttamento economico della risorsa. – 4.1. Il modello delle infrastrutture essenziali nei servizi di pubblica utilità. – 4.2. Il modello dell'ordinamento portuale.

1. Le diverse forme di valorizzazione del patrimonio pubblico

1.1 Il difficile rapporto tra utilizzazione economica e fruizione collettiva attraverso due letture della storia del problema

La vicenda storica e teorica della dottrina è sempre stata caratterizzata dal difficile rapporto tra utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici¹ in genere, e di quelli aperti all'uso comune in specie.

Senza voler estendere un ordine concettuale piuttosto recente, com'è quello di demanio, riferibile comunque ad un momento successivo alla rivoluzione francese o addirittura al XIX secolo², alle cose *publico usui destinatae*, si può tuttavia prendere atto che una rego-

¹ Cfr. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica*, cit. in *Annuario AIPDA* 2003, p. 4.

² Per una ricostruzione storica nell'ordinamento francese cfr. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif, II Droit administratif des biens*, Paris, 1998, p. 19 e seg.

lamentazione diversificata di alcuni tipi di beni, è ricorrente nella storia, che è già conosciuta nel diritto romano, che i tipi di beni soggetti a particolare regolamentazione tendono ad essere sempre i medesimi e che la particolarità consiste nel fatto di assicurarne il libero uso di chiunque.

In epoca romana erano, infatti, apprestati interdetti proibitori e restitutori, con i quali si assicurava il libero uso delle rive del mare, le vie, le piazze, i teatri, i ponti e le acque correnti perenni³.

Anche nei tempi successivi, ed in particolare nel periodo feudale, e in seguito fino alla rivoluzione francese la storia può essere letta come una lotta della collettività per la conquista di beni essenziali alla sopravvivenza e alla libertà.

Su questa premessa è tutt'oggi considerata espressione di ordinamento democratico e di più, condizione dello stato di diritto, la libertà nell'uso di determinati beni⁴.

E' definito semplicistico l'approccio del legislatore, quando ritiene che sia sufficiente un'espressa disposizione normativa per poter incidere sull'inalienabilità del bene pubblico. Secondo questo approccio l'inalienabilità non è questione di puro diritto positivo ma espressione di un principio generale, non riferibile ad un singolo ordinamento, ma a qualunque ordinamento. In qualunque ordinamento e in qualunque tempo, si afferma, i beni essenziali per la cura degli interessi della collettività sono stati qualificati *extracommercium*⁵.

Altri studi invece contraddicono l'opinione che rinvia alla tradizione romanistica la nascita delle attuali categorie, negando che l'inalienabilità di determinati beni sia stata sempre la regola.

Si osserva che i beni destinati al pubblico uso erano sconosciuti al medioevo.

³ Cfr. per una ricostruzione degli istituti di diritto romano e di diritto feudale, per la teoria della regalità fino alla rivoluzione francese, e negli stati italiani prima della unificazione, CAMMEO, *Demanio*, cit., p. 843 – 852.

⁴ Cfr. CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere*, cit. p. 75.

⁵ FRANCARIO, *Privatizzazioni dismissioni e destinazione naturale dei beni pubblici*, in *Annuario 2003 dell'A.I.P.D.A.*, cit. p. 226 e seg.,.

Rientravano, infatti, alla pari nel fisco regio, le *res fiscales* (*multarum poenarumque compendia, bona vacantia ecc.*) e le *res publicae*, quali le vie *publicae*, i *flumina navigabilia*, ecc.

La stessa fusione dei due tipi di beni si trova nel vecchio diritto francese nel *Domaine de la couronne* definita *Omne quod sub regis dominio immediate est*.

A testimonianza dell'intreccio tra storia dello Stato e storia della demanialità, si può notare che la coincidenza della persona dello Stato con quella del principe fa perdere ogni rilevanza alla distinzione di origine romanistica.

Tutte le cose della corona sono considerate come proprietà privata del sovrano e i beni, che nel diritto romano sono lasciati liberi all'uso di tutti, divengono oggetto di sfruttamento economico, mediante diversi tipi di esazione e la loro alienazione in proprietà assoluta, che può escluderli dall'uso pubblico, in questo periodo è lecita e praticata.

L'inalienabilità nel senso che né per concessione, né per prescrizione si potesse acquistare su di essi la proprietà libera (allodio), né erigere un feudo, è fatta risalire al regno di Napoli, introdotta da Innocenzo III (1200), durante la minore età di Federico II.

L'inalienabilità è poi sancita in Francia da Filippo V nel 1315, da Francesco I nel 1539 e da Carlo IX con l'editto di Moulins nel 1566.

L'inalienabilità in detto contesto non è però immediatamente diretta a soddisfare l'interesse generale, ma è pensata soprattutto a salvaguardia dell'interesse dinastico ed alla volontà di non accrescere il numero e la forza dei signori territoriali. Inoltre il divieto di alienazione non sempre è rispettato perché il re ben può, in quell'ordinamento, derogare alla legge.

Il principio della inalienabilità viene riaffermato a seguito della rivoluzione francese.

A questo momento si fa risalire la storia della demanialità, in coincidenza con la nascita del modello istituzionale dello Stato moderno. Si afferma il principio dell'inalienabilità del demanio, e si afferma contestualmente, non senza rischi di contraddizione, il princi-

pio della libertà economica, che conduce a vedere con favore la trasformazione economica dei beni in forza dell'iniziativa privata.

I due valori trovano contemperamento nella nuova struttura istituzionale data dall'idea di nazione e di sovranità nazionale.

Si sostiene che la regola dell'inappropriabilità di beni quali le vie a carico dello Stato, i torrenti, i fiumi ed i torrenti navigabili e fluitabili, le rive dei mari, i porti e le rade, non è assoluta.

La sorte dei beni demaniali, in quanto appartenenti alla nazione non può che dipendere dalla volontà di questa e quindi in termini brevi dalla legge.

Solo la volontà della nazione, espressa dalla legge, può disporre dei beni statali e quindi non c'è nessun ostacolo in via di principio a riconoscere l'alienabilità di questi beni, purché sia disposta dalla legge⁶.

Secondo questa diversa ricostruzione si sostiene essere frutto di una svista della dottrina, che ha confuso il carattere della storicità con quello della natura della demanialità, l'individuazione della natura del bene come fondamento normativo della demanialità⁷.

Queste due diverse letture dei dati storici, consentono di porre in risalto due diverse concezioni riguardo al fondamento della demanialità, vale a dire da una parte l'idea di valori assoluti, quali innanzi tutto la libertà dell'uomo, dall'altra lo stretto collegamento con gli interessi concreti che, attraverso i beni, possono essere perseguiti.

Si delinea quindi un percorso interpretativo delle norme sulla privatizzazione dei beni pubblici, che non appare del tutto nuovo sotto il profilo del bilanciamento degli interessi della collettività.

La novità, se si pensa alla Patrimonio dello Stato spa, si individua piuttosto nello strumento pensato per la valorizzazione dei beni pubblici, perché si prevede la possibilità di trasferire beni demaniali ad un soggetto che ha la forma di una società per azioni.

⁶ PALMA, *I beni pubblici*, cit., p. 90 e ss.

⁷ Sull'influenza immediata delle istituzioni di diritto romano e medievale per studiare l'ordinamento giuridico moderno cfr. CAMMEO, *Demanio*, cit., p. 843.

Com'è stato notato, la previsione di un conferimento generalizzato di beni alla patrimonio dello Stato ha finito per radicalizzare i termini del dibattito⁸.

A questa radicalizzazione concorre senza dubbio il tipo di materia trattata, che si trova all'incrocio di temi quali la proprietà e lo Stato.

Il formante dottrinale si va quindi avviando verso una contrapposizione tra chi nega la possibilità di privatizzare i beni ad uso collettivo, derivante da un limite posto allo stesso legislatore⁹, e chi viceversa ritiene che l'appartenenza individuale non sia incompatibile con i beni collettivi purché il bene sia amministrato per fini che la collettività ritiene validi¹⁰, per citare solo due diversi approcci.

Questa differenza si traduce immediatamente nell'estensione del modello applicativo, perché ne discende la stessa possibilità di comprendere tra i diritti che possono essere trasferiti alla Patrimonio dello Stato spa, anche quelli relativi al demanio ad uso collettivo.

Per cogliere l'effetto innovativo sarà quindi decisivo il formante della giurisprudenza e prima ancora della prassi, e per questa via sarà determinante il peso dei modelli tradizionali, nonché il peso delle concezioni più generali sui valori e gli interessi della collettività che, come accennato da ultimo, conducono a diverse letture della storia stessa della demanialità.

Si può, infatti, osservare che l'innovazione normativa appare da una parte dirompente in relazione al dogma dell'incommerciabilità dei beni demaniali, ma allo stesso tempo si presta a diverse possibili gradazioni di modelli applicativi.

Alla graduazione dei possibili modelli applicativi sono rivolte le considerazioni di questo capitolo, a partire dalla cartolarizzazione di beni che hanno perduto la qualità demaniale, per poi soffermarsi

⁸ NAPOLITANO, *La patrimonio dello Stato spa tra passato e futuro*, cit. p. 259

⁹ Cfr. le relazioni di CAPUTI JAMBRENGHI, *Proprietà dovere dei beni in titolarità pubblica*, cit. e FRANCARIO, *Privatizzazione, dismissioni e destinazione naturale dei beni pubblici*, cit.

¹⁰ PALMA – FORTE, *Beni pubblici*, cit..

sulle possibilità di valorizzazione economica dei beni ad uso collettivo, che meritano una distinta prospettiva rispetto agli altri beni demaniali.

Qui, il problema di conciliare la demanialità del bene con l'appartenenza soggettivamente privata si pone in modo particolare, in quanto oggetto del regime di protezione demaniale non è la titolarità del soggetto pubblico, ma l'apertura del bene all'uso collettivo.

In altre parole, ciò che caratterizza i beni in esame, è la carenza di legittimazione ad appropriarsi dei benefici della risorsa a titolo individuale, cioè in modo da escludere chiunque altro (si dice anche a titolo esclusivo), e vale tanto nei confronti di soggetti privati, quanto nei confronti del soggetto pubblico.

L'ostacolo alla valorizzazione economica non deriva cioè dalla titolarità soggettivamente pubblica, nè dal divieto di circolazione, ma dalla privazione del diritto di escludere, nel che si risolve il particolare regime di questo tipo di demanio.

Per questo motivo le considerazioni finora svolte sono state orientate dalla prospettiva di verificare in che modo sia possibile conciliare la resa di servizi economicamente apprezzabili con la sottrazione della prerogativa di escludere terzi dall'uso della cosa, ed in base a questo individuare le prerogative che possono riconnettersi all'intestazione del bene ed eventualmente con essa circolare.

Si può allora pensare, come si diceva, a diverse possibili gradazioni dei modelli applicativi che possono ipotizzarsi con riguardo ai beni ad uso collettivo. Da compiti minimi ma rilevanti, e, come l'esperienza ha dimostrato, non adeguatamente svolti dagli organi pubblici, diretti a gestire i dati sulla consistenza patrimoniale di questi beni, ed a monitorare le variazioni che possono comportare l'avvio di procedimenti di sclassifica del bene, a compiti più estesi e riassuntivamente qualificabili come gestione di tutte le utilità economiche che possono derivare dalla cosa.

1.2. Il contesto della normativa più recente

Non è la prima volta che si prevede la costituzione di un soggetto con la forma di società commerciale per l'affidamento di compiti di dismissione e vendita di beni demaniali.

Si richiama in proposito un modello risalente ai primissimi anni del regno d'Italia che, rispetto alle normative più recenti, presenta qualche affinità¹¹.

La legge n. 206 del 24 novembre 1864 approvava una convenzione su progetto del Ministro Sella per la costituzione di una "Società anonima per la vendita di beni demaniali" (R.D. 18 dicembre 1864). La convenzione prevedeva l'anticipazione da parte delle società concessionarie di un certo ammontare sul prodotto ricavabile dalla vendita dei beni, e che oggetto d'alienazione dovevano essere i beni che non sono destinati ad uso pubblico o richiesti per pubblico servizio.

L'affinità tra quel modello ed alcuni modelli attuali riguarda la tecnica di alienazione, perchè lo scopo è simile a quello della cartolarizzazione, ed anche l'estensione delle procedura di vendita ai beni demaniali.

Occorre tuttavia precisare che l'estensione delle procedure di vendita ai beni demaniali è solo nominale.

Se, infatti, sono demaniali, ma non sono destinati al pubblico uso, né richiesti per un pubblico servizio, significa che non hanno le qualità di beni demaniali, ma ne mantengono solo la qualifica formale, di tal che si prestano ad essere sdemanializzati.

Il modello attuale ad esso più immediatamente vicino sembra quello della redazione degli elenchi di beni, previsto dall'art. 3 della L. 410/2001, l'inserimento dei quali nei decreti di trasferimento alle so-

¹¹ Cfr. COLOMBINI, *Privatizzazione del patrimonio pubblico e obiettivi di finanza pubblica*, Annuario, AIPDA 2003, p. 78, nota 1) e ivi nota bibliografica.

cietà di cartolarizzazione “produce il passaggio dei beni al patrimonio disponibile”¹².

La vendita di beni che abbiano perduto la qualità demaniale non pone quindi problemi di ordine dogmatico, perché il passaggio al patrimonio disponibile che ne consegue, rende i beni medesimi nella stessa situazione di qualsiasi bene privato.

Il problema è piuttosto di altro genere, perché fa pensare che attraverso la redazione di elenchi si prevedano procedimenti abbreviati, diciamo pure, facili scorciatoie per la sclassifica del bene ed il suo conseguente passaggio dal demanio al patrimonio disponibile.

Si potrebbe dire che da un punto di vista sociale ed anche dogmatico è senz'altro più forte l'impatto della previsione di una società commerciale come titolare di beni demaniali, ed il clamore suscitato dall'istituzione della Patrimonio s.p.a. ne è conferma.

Da un punto di vista pratico la sottoposizione alle direttive e ai controlli istituzionali di questo particolare tipo di società commerciale, e la visibilità delle scelte agli occhi della collettività circa il “rispetto dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici” rende questo modello di sfruttamento economico dei beni pubblici forse il meno temibile sotto il profilo del depauperamento di interessi collettivi a vantaggio di ricavi economici.

Viceversa rischia di essere più temibile il basso profilo dell'inclusione del bene pubblico nei decreti di trasferimento, che comporta il passaggio dal demanio al patrimonio.

Potrebbe essere questa una via tale da consentire con maggiore efficacia ed un minore rumore, una surrettizia espropriazione a danno della collettività.

Questo a voler essere sospettosi, ma sul punto si tornerà in seguito, perché sull'interpretazione della disposizione vi sono autorevoli prese di posizione della dottrina¹³.

¹² Cfr. art. 3 L. 23 novembre 2001, n. 410 Conversione in legge con modificazioni del decreto legge 25 settembre 2001, n. 351, recante disposizioni urgenti in materia di privatizzazione e valorizzazione del patrimonio immobiliare pubblico e di sviluppo dei fondi comuni di investimento immobiliare in G.U. n. 274 del 24 novembre 2001.

Vi è peraltro da considerare l'altra faccia della medaglia.

Il regime dell'inalienabilità si giustifica, sotto il profilo dell'efficienza economica, solo al fine di assicurare la resa di servizi indivisibili, mentre in tutti gli altri casi rappresenta un depauperamento del valore economico del bene, perchè ne elide il valore di scambio, oltre a comportare una rigidità gestionale scarsamente compatibile con l'evoluzione attuale del rapporto pubblico – privato.

Ove non si pone un problema di "bene pubblico" in senso economico, ed il problema non si pone con riguardo a beni caratterizzati comunque da rivalità ed esclusività dell'uso, risultano senz'altro più idonei ed efficienti altri tipi di vincoli per conformarne l'uso a fini di pubblico interesse.

La privatizzazione può allora costituire un rimedio all'ipertrofia della demanialità pubblica, dovuta all'estensione di un regime che, per alcune categorie di beni, comporta più inconvenienti che benefici.

E' infatti ricorrente la critica rivolta all'espansione eccessiva del regime demaniale¹⁴.

Ma il problema dell'ipertrofia non riguarda solo l'estensione del regime demaniale a categorie di beni per le quali sarebbe preferibile un diverso regime giuridico.

Con riguardo ai beni ad uso collettivo, per i quali invece il regime demaniale, come sin qui sostenuto, appare ampiamente giustificato, il problema dell'ipertrofia riguarda le singole porzioni che hanno perduto le caratteristiche tipologiche che ne consentono l'ascrizione alla categoria.

Si pensi alle ampie estensioni di terreni accatastati come demanio dello Stato, ma di fatto utilizzati come terreni agricoli, oppure urbanizzati, a volte in condizione di abuso, a volte oggetto di concessio-

¹³ SORACE, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, in *Aedon, Rivista di arti e diritto on line*, 1/2003, www.aedon.mulino.it

¹⁴ Il problema è sentito non solo nel nostro ordinamento. Per una critica dell'ipertrofia del demanio pubblico con riguardo all'ordinamento francese, cfr. YVES GAUDEMET, *Traité de droit administratif – tome 2 – Droit administratif des biens*, Paris, 1998, p. 45

ni destinate inevitabilmente ad essere perennemente rinnovate. In queste circostanze il regime demaniale presenta più inconvenienti che benefici, perchè vi può essere solo un uso individuale del bene.

I casi sono tutt'altro che rari e ad attestarlo sono le varie disposizioni di sanatoria che a volte vengono inserite in qualche decreto legge, salvo poi essere stralciate in sede di conversione a seguito di sollevazione popolare, o meglio, dei mass-media.

D'altra parte, anche se appaiono condivisibili le critiche ai sistemi di sanatoria e di condono sotto il profilo della tecnica e della politica legislativa, tanto più se coinvolgono oltre all'assetto del territorio anche beni della collettività, molto spesso è la perdita delle qualità oggettuali del bene, non già la formalizzazione della sclassifica, la fonte del depauperamento della risorsa collettiva.

Tale situazione non è dovuta alla carenza di strumenti atti a prevenire gli abusi, che in gran parte sono causa della perdita della caratteristiche oggettuali del bene, né alla carenza di strumenti diretti a sottrarre al regime demaniale beni che ne abbiano perduto le qualità. La missione, in tutti queste ipotesi consiste nel rendere efficienti gli strumenti previsti dal sistema.

In sintesi rimane necessario l'adeguamento del regime giuridico alle caratteristiche obiettive del bene, perchè le qualità fisiche della cosa costituiscono presupposto necessario per la resa dei servizi indivisibili protetti dal regime demaniale, ma è necessario al contempo un monitoraggio efficiente, nonché una procedimentalizzazione delle attività di sclassifica diretta ad assicurare trasparenza e pubblicità oltre alla partecipazione delle autonomie locali.

Sotto altro profilo, si può parlare di ipertrofia anche con riguardo all'estensione eccessiva, determinata dal regime demaniale, dell'uso di strumenti amministrativi, in luogo di strumenti di diritto comune.

Spesso si verificano situazioni di stabile e definitiva sottrazione all'uso collettivo di ampie porzioni di beni demaniali.

Si pensi alla prassi di rinnovare automaticamente le concessioni, e ad autorizzare il subingresso.

Per esempio, per quanto riguarda gli stabilimenti balneari, i concessionari hanno goduto per decenni di concessioni a durata formalmente annuale, ma sostanzialmente a tempo indefinito. La concessione è inoltre fatta circolare, sia pur previa formale autorizzazione dell'autorità concedente, insieme con il trasferimento dell'azienda.

L'amministrazione provvede infatti automaticamente al rinnovo ad ogni scadenza, in forza del cosiddetto diritto di insistenza¹⁵, e non ha ragione per negare l'autorizzazione al subingresso, se il subentrante è in possesso dei requisiti per l'esercizio dell'attività.

In questi casi, il regime amministrativo, pensato in luogo del regime di diritto comune per garantire la revocabilità, e quindi la precarietà della situazione soggettiva del privato a tutela dell'interesse pubblico, è diventato, nei fatti, uno strumento che assicura invece le cosiddette rendite di posizione a favore dei privati.

Invero, se il regime demaniale dei beni qui in esame è volto a proteggere gli usi collettivi, tale protezione, e quindi il regime pubblicistico che deroga al regime comune, in funzione di tale protezione, può concentrarsi nella programmazione degli usi.

Quindi, una volta che la programmazione individui la possibilità di usi esclusivi del bene, si può pensare che la gestione di questi ultimi avvenga con strumenti di diritto comune.

Non sembra, infatti, che una gestione efficiente degli usi esclusivi del bene mediante strumenti di diritto comune, sia in conflitto con i principi di libertà d'uso del bene, più di una gestione inefficiente mediante strumenti amministrativi.

Come osservato la tutela della libertà d'uso e la gestione di utilità economiche vanno tenuti su piani distinti e possono essere ben imputati a distinti soggetti ed anzi ciò potrebbe impedire di confon-

¹⁵ A questa prassi si è infine arreso lo stesso legislatore che ha sancito l'automaticità del rinnovo delle concessioni ad uso turistico, cfr. art. 1 comma 2 D.L. 5 ottobre 1993, n. 400, convertito con modificazioni in L. 4 dicembre 1993, n. 494, come sostituito dall'art. 10 della L. 88/2001 e successivamente dall'art. 13 della L. 172/2003.

dere l'immobilismo e l'inerzia che spesso hanno caratterizzato la gestione di beni pubblici con la legalità e con la tutela dell'interesse pubblico.

2. La politica delle dismissioni dell'ultimo decennio

2.1. Un primo tentativo e i motivi del fallimento (D.L. 386/91)

Per tracciare il contesto della legislazione dell'ultimo decennio diretta alla valorizzazione dei beni pubblici occorre innanzi tutto sottolineare due dati. Da una parte vi sono le esigenze di risanamento della finanza pubblica, dall'altra vi è lo scarto tra le intenzioni del legislatore e l'attuazione concreta dei programmi di razionalizzazione del patrimonio.

L'urgenza del risanamento ed il ritardo nell'attuazione dei programmi di dismissione, rischiano di provocare risultati contrari a quelli desiderati.

La difficoltà di raggiungere obiettivi vicini, come la vendita dei beni patrimoniali, spinge talora a cercare il rimedio in obiettivi più audaci, come la vendita dei beni del demanio.

D'altra parte la consapevolezza di queste difficoltà ha consentito di elaborare meccanismi diversi dalla semplice alienazione.

Invero, in via generale, l'efficacia, intesa come rapporto tra obiettivi prefissi e risultati raggiunti, può essere compromessa da due circostanze. Può dipendere dalla formulazione degli obiettivi, quando per esempio non sono sufficientemente realistici, o può dipendere dalla inidoneità dei mezzi a disposizione.

Nel percorso di cui si richiamano le tappe salienti si può notare il concorrere di entrambi i fattori.

Conviene prima accennare ai tentativi non riusciti per inidoneità dei mezzi, perché consente di testare il grado di realizzabilità dei programmi più audaci.

Ciò consente anche di vedere l'introduzione di nuovi meccanismi di valorizzazione.

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

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

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

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

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

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

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

Nella normativa citata, il rapporto tra lo Stato e i soggetti affidatari era fortemente procedimentalizzato. Le operazioni di alienazione

e di gestione erano soggette alla vigilanza di un comitato composto dai Ministri delle finanze, del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, assistito da un comitato tecnico, istituito presso il Ministero delle finanze composto da un direttore generale dello stesso ministero, da un magistrato del Consiglio di Stato, da un magistrato della Corte dei Conti, dal direttore generale della Direzione generale del coordinamento territoriale del Ministero dei lavori pubblici, da tre dirigenti in rappresentanza dei Ministri del Tesoro, del bilancio, e della programmazione economica, e per i beni culturali e ambientali da tre esperti particolarmente qualificati, designati dal Presidente del Consiglio dei ministri, nonché un rappresentante delle giunte delle regioni ed il sindaco del comune in cui sono ubicati gli immobili.

Era inoltre prevista la convocazione di una conferenza dei servizi tra i rappresentanti delle amministrazioni dello Stato e degli enti pubblici comunque competenti per la valutazione dei programmi di alienazione, di gestione e di valorizzazione dei beni.

La società a carattere misto, denominata Immobiliare Italia s.p.a. fu subito costituita, ma non poté mai operare per diverse ragioni¹⁶.

Meritano di essere notati due aspetti.

Il primo riguarda la composizione degli organi e la proceduralizzazione degli atti relativi al controllo sulle operazioni e i programmi della società. Forse un certa qual pletoricità delle disposizioni in parola può far pensare che l'attribuzione di tali compiti ad un

¹⁶ L'analisi di tali ragioni è condotta da COLOMBINI, *Privatizzazione*, cit., p. 79, che brevemente si richiamano. Vi furono dubbi sulla compatibilità della stipula della convenzione con le norme comunitarie (artt. 52 e 59 del trattato CEE) che pongono il divieto di discriminazione in materia di servizi. Tali perplessità furono avanzate dal Ministro delle Finanze. Poi si ritennero eccessivamente oneroso il costo delle anticipazioni che la società doveva effettuare sul valore dei beni conferiti. Superato questo problema con la modifica della legge che rendeva discrezionali e non obbligatorie le richieste di anticipazione da parte del Ministro, vi furono difficoltà da parte della società a reperire i dati relativi ai singoli beni che avrebbe dovuto gestire e dimettere, per carenza e incompletezza degli elenchi predisposti dal Ministro delle Finanze.

soggetto, almeno formalmente, privato e comunque chiamato ad operare con strumenti privatistici, non esprima, a queste condizioni, le sue massime potenzialità in termini di prontezza e semplicità di azione.

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

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

Il problema riguarda piuttosto un secondo aspetto, vale a dire la difficoltà incontrata dalla società nel reperire i dati relativi ai beni da gestire e da dismettere.

Non solo questa società, ma qualunque iniziativa è destinata a fallire in assenza di tali dati.

E' il caso di accennare brevemente al tema della conoscenza dei dati relativi ai beni da valorizzare e da dismettere e quindi delle cause del fallimento della legge citata.

Questa carenza in ordine alla conoscenza dei dati di cui è necessario disporre per avviare una politica di dismissioni era da imputare al modello organizzativo dell'amministrazione dello Stato in materia di beni pubblici, e pur se è apparso a tutti e con maggiore evidenza nel momento in cui si è tentato di avviare una generale dismissione, l'inefficienza era già stata segnalata, con largo anticipo dalla dottrina più attenta, pur nella diversa, ma altrettanto essenziale prospettiva della conservazione del bene.¹⁷

Prima della riforma di cui al D.Lgs. n. 300/99, le funzioni sui beni demaniali erano ripartite tra l'amministrazione finanziaria e le diverse amministrazioni competenti a disciplinarne l'uso in relazione ai diversi tipi di bene.

¹⁷ COLOMBINI, *Conservazione e gestione dei beni pubblici*, Milano 1985.

Si usava descrivere questo riparto distinguendo il profilo gestionale o funzionale dal profilo dominicale, con un'espressione che, a volte, si trova richiamata come criterio per stabilire quali funzioni a seguito del D.Lgs 112/98 di attuazione della L. 59/97 debbano ritenersi conferite e quali mantenute allo Stato.

Mentre a quest'ultimo fine, per quanto osservato nel secondo capitolo, la distinzione tra profilo dominicale e profilo gestionale appare criticabile e comunque non trova inserimento negli attuali criteri di riparto di competenze tra Stato e autonomie informati, come detto ai principi di sussidiarietà differenziazione ed adeguatezza, invece, al fine di individuare le diverse competenze tra uffici statali, la distinzione tra profilo dominicale e profilo gestionale aveva una sua efficacia rappresentativa ed una utilità per l'orientamento.

Il profilo dominicale null'altro esprimeva che la competenza dell'amministrazione finanziaria in ordine agli aspetti inventariali.

La competenza gestionale riassumeva invece le funzioni che le singole leggi di settore attribuivano ad altre amministrazioni.

Questa organizzazione dell'amministrazione dei beni pubblici non si è però rivelata efficiente.

Per esempio rientravano nella competenza gestionale il rilascio di concessioni per la realizzazione di opere sul demanio marittimo, e la valutazione in ordine all'acquisizione delle stesse allo scadere della concessione (il codice della navigazione individua in capo all'autorità marittima, cioè all'amministrazione dei trasporti sia centrale, sia periferica ogni competenza in ordine alle funzioni sul demanio marittimo)

L'amministrazione marittima quindi (prima del conferimento di funzioni alle autonomie) gestiva dette opere, ma non provvedeva ad inserirle in inventario, perché l'inventario era tenuto dalle ragioniere provinciali del tesoro presso le Intendenze di Finanza.

Vi era poi un altro passaggio nel quale il dato poteva andare perduto e cioè nel passaggio tra i dati contenuti negli inventari delle ragioniere provinciali del tesoro e il duplicato riassuntivo tenuto dalla Direzione generale del demanio.

Senza voler approfondire gli aspetti di responsabilità individuale o risalire a quale ufficio imputare la perdita dei dati, sta di fatto che al momento di affidare ad una società compiti di valorizzazione del patrimonio pubblico, la consistenza di tale patrimonio non era conosciuta.

2.2. Un altro tentativo incompiuto e nuovi strumenti di valorizzazione dei beni pubblici

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

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

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

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

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

E' forse da sottolineare un altro aspetto.

E' stabilito che entro il 31 marzo di ciascun anno, il Ministro della Difesa sentite le competenti commissioni permanenti della Camera e del Senato definisca con decreto ministeriale il piano annuale di gestione del patrimonio abitativo della difesa, con l'indicazione dell'entità, dell'utilizzo e della futura destinazione degli alloggi di servizio, nonché degli alloggi non più ritenuti utili nel quadro delle esigenze dell'amministrazione e quindi transitabili in regime di locazione o alienabili.

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

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

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

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

Mentre il comma 99 dell'art. 3 prevedeva che il Ministro delle Finanze di concerto con il Ministro del tesoro del bilancio e della programmazione economica provvedessero a programmare l'alienazione

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

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

La novità consiste nel fatto che per la prima volta si introduce una logica finanziaria e non immobiliare nella gestione del fondo¹⁸.

2.3. La cartolarizzazione

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

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

¹⁸ COLOMBINI, *Privatizzazione* cit. p. 84.

Conviene brevemente descrivere in che cosa consiste la cartolarizzazione altrimenti detta “securitization”, dato che la tecnica e quindi i termini sono importati dagli Stati Uniti, dove è stata introdotta negli anni '70.

Si tratta in generale di un'operazione che trasforma determinati beni in strumenti finanziari da collocare sul mercato, in modo da rendere subito disponibile una liquidità che altrimenti i beni potrebbero rendere solo in futuro.

Lo Stato o l'ente territoriale assumono in questo caso, nello schema della “securitization”, la qualità di “originator” che è il soggetto che trasferisce a titolo oneroso beni (assets) alle società appositamente costituite che hanno il ruolo di intermediari finanziari, le quali costituiscono con i beni un patrimonio separato, che consente loro di emettere strumenti finanziari.

Queste società di cartolarizzazione o società veicolo (SVP, acronimo di Special purpose Vehicle) finanziano l'acquisto dei beni emettendo titoli rappresentativi dei beni da dismettere e collocandoli sul mercato. I proventi della vendita dei beni sono destinati al soddisfacimento dei diritti incorporati nei titoli emessi per finanziare l'acquisto.

Per ogni operazione di cartolarizzazione (cioè di emissione di titoli che saranno soddisfatti dai proventi della vendita) i beni (che nel caso in cui la cartolarizzazione riguardi beni immobili non potranno che corrispondere agli immobili oggetto di cartolarizzazione) costituiscono un patrimonio separato da quello delle società e da quello relativo ad altre operazioni di cartolarizzazione. Su ciascun patrimonio separato non sono ammesse azioni da parte di qualsiasi creditore diverso dai portatori dei titoli emessi dalle società.

Nelle previsioni della legge 351/2001, oltre a questa forma di garanzia, possono essere disciplinati casi in cui i titoli sono assistiti da garanzia dello Stato.

Un'altra garanzia per i portatori di titoli è data dalla nomina di un rappresentante.

L'attività di riscossione dei proventi può essere svolta, oltre che dalle banche e dagli intermediari finanziari, anche dallo Stato

Sempre in base alla L.351/2001, la cessione degli immobili alle società costituite per la cartolarizzazione avviene mediante decreti del ministro dell'economia e delle finanze dove viene determinato il prezzo iniziale che le società corrispondono a titolo definitivo e le modalità di pagamento dell'eventuale residuo. Questo significa che qualora la somma ricavata dalla vendita sia inferiore al prezzo iniziale, la differenza non è retrocedibile, perché corrisposta a titolo definitivo, mentre se la somma ricavata dalla vendita è superiore, le società veicolo sono tenute a riversare la differenza¹⁹.

La tecnica della cartolarizzazione, poi ripresa dall'art. 7 del d.l. 63/2002 relativo alla Patrimonio s.p.a, dall'art. 84 della L. 289/2002 (legge finanziaria per il 2003) pone alcuni problemi comuni, ed altri diversi in relazione al diverso contesto normativo in cui sono inserite. Si accenna ora ai problemi posti in relazione alla L. 351/2001, e successivamente a quelli relativi al diverso contesto della Patrimonio dello Stato s.p.a., ove pure si prevede la possibilità di cartolarizzazioni per i beni ad essa trasferiti.

2.4. Il passaggio al patrimonio disponibile mediante l'inserimento in elenchi di beni alienabili

I beni oggetto delle operazioni di cartolarizzazione sono esclusivamente beni del patrimonio disponibile per espressa definizione del legislatore. La definizione è però tautologica e lascia aperto il problema, o il rischio, che vi ricadano anche beni demaniali e del patrimonio indisponibile.

Lo schema normativo è così articolato. Le operazioni di cartolarizzazione presuppongono, e non potrebbe essere altrimenti, l'indivi-

¹⁹ Cfr. BRANCASI, *La cartolarizzazione dei beni pubblici di fronte all'ordinamento comunitario*, in *Aedon. Rivista di arti e diritto on line*, n. 1, 2003 www.aedon.mulino.it

duazione dei beni che saranno trasferiti a titolo oneroso alle società veicolo. L'individuazione dei beni avviene in due momenti.

Un primo momento previsto dall'art. 1 del d.l. 351/2001, ha per oggetto l'accertamento della consistenza del patrimonio pubblico, ed avviene ad opera dell'Agenzia del demanio che individua, con propri decreti dirigenziali, sulla base e nei limiti della documentazione esistente presso gli archivi e gli uffici pubblici, i singoli beni, distinguendo tra beni demaniali e beni facenti parte del patrimonio disponibile ed indisponibile.

Vi è poi un successivo momento costituito dal trasferimento a titolo oneroso alle società di cartolarizzazione. Il trasferimento avviene con uno o più decreti del Ministro dell'economia e delle finanze.

Occorre specificare che la distinzione tra beni demaniali, patrimoniali indisponibili e patrimoniali disponibili, secondo la quale debbono essere predisposti i decreti dirigenziali dell'Agenzia del demanio non vincola i decreti di trasferimento del Ministero dell'Economia e della Finanze.

Siccome i beni individuati dall'Agenzia del demanio, non debbono, ma possono essere trasferiti, spetta al Ministro dell'economia e delle finanze l'individuazione dei beni da dimettere, e tale individuazione può avere ad oggetto tutti i beni contenuti nei decreti dirigenziali predisposti dall'Agenzia del demanio, quindi non solo i beni patrimoniali disponibili, ma anche quelli del demanio e del patrimonio indisponibile.

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

Quindi pur se il trasferimento avrà per oggetto solo beni qualificati come patrimonio disponibile, rimane tutto da verificare come si giunge a tale qualifica. E' da chiedersi cioè se il Ministro dell'economia e delle Finanze possa liberamente trasformare in bene patrimoniale disponibile un bene demaniale o patrimoniale indisponibile²⁰.

²⁰ SORACE, *Cartolarizzazione* cit..

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

Autorevole dottrina osserva che solo una lettura superficiale della disposizione può far pensare che la legge citata renda sufficiente un *fiat* ministeriale per togliere a qualsiasi bene pubblico la qualifica della demanialità o della indisponibilità.

Si rileva che contro questa possibilità militano diversi argomenti.

Innanzitutto sarebbe dubbia la legittimità costituzionale di una simile disposizione in relazione all'art. 42 della Costituzione secondo il quale "La proprietà è pubblica o privata". La disposizione viene infatti interpretata nel senso che deve essere assicurata la presenza nell'ordinamento anche di un particolare regime proprietario di certi beni degli enti pubblici. Secondo questa interpretazione, per la salvaguardia degli interessi pubblici per i quali è rilevante l'uso di certi beni, non è sufficiente riservarne l'appartenenza a soggetti pubblici, ma occorre anche assoggettarli ad un regime proprietario diverso da quello comune. Sarebbe pertanto incostituzionale una norma che attribuisse al Ministro il potere di eliminare il demanio e il patrimonio indisponibile²¹.

Dall'incostituzionalità di un'interpretazione che si pone in contrasto con l'art. 42 discende, per l'opinione citata, che l'effetto attribuito ai decreti ministeriali di trasferimento è limitato alla possibilità di dichiarare la conseguenza giuridica del venir meno del presupposto della classificazione dei beni tra i demaniali e i patrimoniali indisponibili a causa della situazione di fatto, o del venir meno, per le ragioni più diverse, di una precedente destinazione pubblica.

La disposizione è quindi semplicemente attuativa ed integrativa dell'art. 829, comma 1 del codice civile, che prevede che il passaggio

²¹ SORACE, op. ult. cit..

dei beni dal demanio pubblico al patrimonio sia dichiarato da un atto amministrativo.

Entrare nel merito dell'argomentazione succintamente riportata, significa prendere posizione su di un tema ampiamente dibattuto relativo al "fraseggio" del testo costituzionale in materia di proprietà²². Ci si limita a segnalare l'ampio pluralismo interpretativo e l'evenienza che l'interpretazione vincente è sempre quella di chi ha l'ultima parola. Alla volontà formalizzata dei costituenti si contrappone quella delle maggioranze politiche, che agiscono attraverso la legislazione e la regolamentazione, nonché quella degli interpreti costituzionali. Alla volontà politica si contrappone quella tecnocratica dei giudici che, in nome della scelta costituzionale, possono frustrare la scelta politica. Alla scelta proprietaria dei giudici si contrappone quella burocratica dell'amministrazione che opera nel caso concreto²³.

Si può peraltro ritenere che ad analoghe conclusioni, di conoidere limitato ad una competenza certativa di una situazione già esistente l'inserimento dei beni nei decreti di trasferimento, si possa giungere per altra via, e cioè senza declinare l'art. 42 della Costituzione, la cui interpretazione e la cui valenza tecnico giuridica è sempre esposta alle diverse opzioni interpretative ed anche ideologiche in materia proprietaria.

Sul versante costituzionale sembra possibile riferirsi al principio di legalità, inteso nel senso "sostanziale" vale a dire inteso come base legale per l'esercizio di un potere, che sottende non solo la necessaria attribuzione, ma anche la necessaria disciplina del potere da una norma di fonte legislativa. Come da tempo affermato dalla Corte Costituzionale, una legge che "non delimita per alcun verso il possibile contenuto sostanziale degli atti" di cui consente all'amministrazione in via generale l'emanazione, contrasta con il fondamentale principio

²² Per una diversa impostazione Cfr. GIANNINI, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Pol. Dir.* 1971, p. 451 e segg., RODOTÀ, *art. 42*, in *Commentario alla Costituzione* diretto da G. BRANCA, *Rapporti economici*, II, Bologna Roma, 1982, 121 e segg.

²³ Cfr. MATTEI, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, *I Diritti reali*, I, Torino 2001, p. 92.

di legalità, per il quale “è necessaria una ulteriore disposizione legislativa che in apposita considerazione della materia ... vincoli e diriga le scelte del governo”²⁴.

Non è quindi pensabile che il Ministro detenga un potere, eventualmente attribuito, ma non disciplinato da una fonte legislativa, con il quale trasformare beni demaniali in beni patrimoniali²⁵.

E poiché la legge n. 351/2001 non disciplina tale potere, si può ritenere che il potere stesso debba essere esercitato in conformità alle leggi speciali che regolano la sclassifica dei diversi beni, le quali normalmente prevedono una valutazione fortemente procedimentalizzata, e come si è osservato alla fine del secondo capitolo, strettamente legata ai caratteri oggettuali e funzionali del bene. Sotto questo profilo emerge come vincolo costituzionale il principio di buona amministrazione che altrimenti sarebbe eluso, che si esprime, in concreto, nella procedimentalizzazione degli atti diretti ad accertare la perdita delle caratteristiche naturali, oggettuali o funzionali, a seconda dei casi, per le quali il bene è demaniale.

Il pericolo sembra piuttosto un altro, e cioè che, in via di fatto, pur nel rispetto formale dei procedimenti, vi possano essere, per così dire, delle valutazioni accomodanti ai fini dell’inserimento negli elenchi, in considerazione anche della struttura gerarchica dell’apparato statale.

Viene allora in rilievo un altro aspetto, anche questo idoneo a richiamare vincoli di ordine costituzionale, ed è il principio autonomistico sul quale ci si è soffermati nel secondo capitolo con riguardo all’amministrazione dei beni del demanio statale.

In estrema sintesi, non è consentito estromettere da una valutazione in ordine al venir meno della demanialità le autonomie locali, le quali devono pertanto avere ingresso negli appositi procedimenti previsti dalle leggi relative alle singole categorie di beni. Anzi, come si è notato, il problema non è se le autonomie abbiano titolo per interve-

²⁴ Corte Cost. n. 150/1982 con nota di CARLASSARE in *Le Regioni*, 1982, 1190.

²⁵ Cfr. RENNA, *La regolazione*, cit. ..., p. 204

nire nel procedimento relativo alla sdemanializzazione, data la generalità del conferimento di funzioni, quanto piuttosto quello di giustificare a quale titolo lo Stato possa avere ingresso in tale valutazione.

Invero, la considerazione che il contenuto della prerogativa attribuita all'amministrazione in ordine ai beni demaniali ad uso collettivo si risolve sul piano delle funzioni, letta insieme con il principio della generale attribuzione delle funzioni amministrative alle autonomie, segna come punto di partenza l'allocazione a queste ultime anche della funzione relativa alla sdemanializzazione. Il titolo in base al quale lo Stato ha ingresso nell'esercizio della funzione di sclassifica non è quindi la proprietà del bene, nè la titolarità di funzioni dominicali – bensì in forza del principio di sussidiarietà inteso in senso dinamico, e quindi solo mediante un procedimento che assicuri la leale cooperazione tra Stato e autonomie.

In conclusione, pur percorrendo un'altra via si giunge alle medesime conclusioni: alle società veicolo possono essere trasferiti, ai fini della successiva rivendita, soltanto beni che non risultino aver più i requisiti di beni demaniali in base ad una valutazione procedimentalizzata, e, va aggiunto, che assicuri il concorso delle autonomie.

2.5. La dismissione dei beni pubblici e il divieto di aiuti di Stato alle imprese

La normativa sulla cartolarizzazione deve essere valutata alla luce del principio di tutela della concorrenza, e ciò anche solo al limitato fine di prevederne esiti sicuri in sede di concreta attuazione.

Il problema si pone in due sensi. Da una parte per quanto riguarda il trasferimento dei beni alle società veicolo, dall'altra per quanto riguarda la successiva vendita.

Quanto al primo punto è subito da dire che le società veicolo non sono scelte attraverso procedure di tipo concorsuale. Si è allora posto il problema, pur se manca nell'ordinamento comunitario una

disciplina della dismissione del patrimonio pubblico, se sia comunque rispettato il principio di non discriminazione in base alla nazionalità e sia rispettato il vincolo derivante dal divieto di aiuti di Stato alle imprese²⁶.

Per quanto riguarda gli aiuti di Stato essi consistono nelle misure che si traducono in un vantaggio economico per le imprese, vantaggio che esse non avrebbero ottenuto in condizioni normali di mercato.

Si devono considerare due aspetti.

Nel caso della L. 410/2001 è espressamente previsto che le società veicolo hanno ad oggetto esclusivo la realizzazione di una o più operazioni di cartolarizzazione. L'unico fine per il quale le società acquistano beni è quello di rivenderli in una operazione di cartolarizzazione svolta per conto dell'amministrazione.

Rileva, inoltre, che il prezzo corrisposto al momento del trasferimento è a titolo di acconto (è definitivo solo nel senso che non è retrocedibile quanto versato se il bene è venduto ad un prezzo inferiore), perché le società devono versare all'amministrazione la differenza tra la maggior somma realizzata in sede di vendita rispetto a quanto versato al momento del trasferimento dall'amministrazione alle società.

Quindi le società veicolo non sono in condizione di beneficiare di condizioni favorevoli della vendita del bene. Eventualmente il problema si sposta agli acquirenti finali.

Si deve piuttosto considerare un altro aspetto della questione e cioè del servizio che le società veicolo compiono a favore dell'ente, vale a dire emissione di titoli rappresentativi della proprietà, vendita del bene, estinzione dei titoli.

Il problema è quindi quello della scelta del soggetto affidatario di un servizio quale è quello di intermediazione, con riferimento alla di-

²⁶ Il problema è posto in questi termini da BRANCASI, *La cartolarizzazione* cit. e nello stesso senso COLOMBINI, *Privatizzazione* cit., p. 94.

rettiva 92/50/CEE del Consiglio relativa agli appalti dei servizi, recepita dal D.Lgs 17 marzo 1995, n. 157.

La difficoltà di riconoscere la qualificazione in termini di servizi in house si pone in modo differente per la L. 410 qui esaminata rispetto alla l. 112 relativa alla Patrimonio s.p.a che si vedrà in seguito.

La legge non provvede a costituire la società, ma si limita ad autorizzare il Ministro per l'economia a promuoverne la costituzione anche a mezzo di soggetti terzi, i quali potrebbero quindi essere soggetti privati, e sarebbe possibile che il Ministro si limitasse a promuovere la costituzione della società senza parteciparvi.

Quindi non è possibile dalla lettura della legge stabilire se ricorrano i servizi in house, perché dipende da come in concreto sono costituite le società. Quindi l'affidamento delle operazioni di cartolarizzazione alle società veicolo potrebbe configurarsi come appalto.

Si è tuttavia ritenuto che anche in questo caso l'appalto sarebbe sottratto alla disciplina comunitaria, perché le società si configurano come organismi di diritto pubblico e, in quanto tali, si presentano esse stesse come commissioni aggiudicatrici²⁷.

Le società veicolo di cui alla L. 410/2001 presentano infatti tutti i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, vale a dire il possesso della personalità giuridica, la sottoposizione all'influenza dominante di enti pubblici, l'essere istituite per soddisfare bisogni di interesse generale aventi carattere non industriale o commerciale. Né per quest'ultimo aspetto le società veicolo debbono esserne necessariamente escluse per il fatto di svolgere attività di impresa. Ciò che rileva è che non operano in regime di concorrenza ed anzi operano completamente secondo gli indirizzi impartiti dall'ente pubblico e non soltanto secondo valutazioni di razionalità economica.

Vi è poi un secondo momento da considerare, relativo al trasferimento dei beni dalle società veicolo agli acquirenti finali.

²⁷ BRANCASI, *La cartolarizzazione*, cit.

In caso di vendita a condizioni favorevoli, se l'acquirente è un'impresa, si rientra nel caso di aiuti di Stato, perché i beni sono conferiti alle società da ente pubblico.

Al fine di stabilire se la vendita avviene a condizioni favorevoli occorre aver riguardo al tipo di procedimento seguito per la scelta del contraente²⁸.

Nel caso delle società in questione il procedimento non viene predeterminato dalla legge, la quale rinvia ai decreti di cessione alle società che sono diversi per singoli beni o per gruppi di beni.

Saranno quindi i singoli decreti di cessione a dover seguire le procedure indicate dalla commissione perché non ricorra l'ipotesi di aiuti di Stato alle imprese.

Le procedure concorsuali finora adottate escludono al momento, ed è da pensare che così sarà anche per il futuro, questa evenienza.

2.6. La dismissione senza privatizzazione prevista dal comma 434 della L. 30.12.2004 (Legge finanziaria 2005)

La breve rassegna di disposizioni in tema di dismissione di beni non intende avere carattere esaustivo. Si sono selezionate quelle che appaiono le tappe più rappresentative di un programma destinato, con facile evidenza, a proseguire.

L'ultima tappa di questo percorso, ma solo in ordine di tempo, e senza neppure la pretesa di segnare lo stato dell'arte, la cui evoluzione è più rapida del tempo tra la conclusione di una ricerca e la sua pubblicazione, è rappresentato dalla legge finanziaria per il 2005.

Anche in questo caso, non ci si sofferma su tutte le disposizioni che hanno attinenza con la dismissione e la valorizzazione dei beni

²⁸ Comunicazione della Commissione relativa agli elementi di aiuti allo Stato connessi alle vendite di terreni e fabbricati da parte di pubbliche autorità, in GUCE C209 del 10 luglio 1997.

pubblici, che in gran parte vanno ad integrare le normative citate in precedenza²⁹.

Ci si limita a segnalare il contenuto delle disposizioni di cui ai commi 434 e 435 relativi al trasferimento ai comuni dei beni immobili dello Stato su cui i comuni hanno realizzato opere di urbanizzazione.

La fattispecie non è di facile inquadramento rispetto alle categorie codicistiche dei beni pubblici, vale a dire dei beni demaniali, patrimoniali indisponibili e disponibili.

Il citato comma 434 della legge finanziaria 2005 stabilisce che “le aree che appartengono al patrimonio e al demanio dello Stato, sulle quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, i comuni hanno realizzato le opere di urbanizzazione di cui all’art. 4 della legge n. 847/64, e successive modificazioni, sono trasferite in proprietà a titolo oneroso, nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano, al patrimonio indisponibile del comune che le richiede, con vincolo decennale di inalienabilità”.

La disposizione, come è facile notare, è caratterizzata da diverse particolarità, riconducibili ad una diversa impostazione in tema di cessazione della demanialità rispetto a quanto previsto dall’art. 829 del codice civile e rispetto all’interpretazione tradizionale su cui ci si è già soffermati.

²⁹ Si possono citare a titolo di esempio il comma 273 relativo alla quota parte delle entrate rivenienti dalla vendita degli immobili adibiti ad uffici pubblici a copertura delle spese per canoni, oneri e ogni incombenza connessi alla locazione degli immobili stessi, il comma 274 relativo alla riscossione a mezzo ruoli di canoni demaniali e degli indennizzi per occupazione senza titolo, il comma 275 relativo all’esenzione delle imposte indirette per le operazioni di cartolarizzazione, il comma 276 relativo alle anticipazioni di cassa per canoni di locazione di immobili, il comma 433 relativo alla vendita a trattativa privata di quote indivise e fondi interclusi, i commi 436, 437, 438 relativi alla prelazione e alla vendita a trattativa privata di beni cartolarizzabili di valore non superiore a 100.000 euro, il comma 443 relativo alla dismissione degli immobili della difesa, i commi 446, 447 e 448 relativo ai programmi sugli interventi edilizi su immobili pubblici, il comma 450 che prevede l’avvio di programmi di dismissioni immobiliari e la possibilità di trasferimento, a prezzi di mercato, a Infrastrutture spa, di tratti di rete stradale nazionale assoggettabili a pedaggio figurativo.

Innanzitutto la perdita della qualità demaniale del bene è prefigurata direttamente dal legislatore per il solo fatto che siano state realizzate opere di urbanizzazione primaria e secondaria e che vi sia l'acquisto da parte del comune.

Non è quindi necessario un accertamento sulla perdita delle caratteristiche oggettuali o funzionali del bene ad opera dell'autorità amministrativa che sarà invece limitato ad accertare la realizzazione delle opere di urbanizzazione. In questo caso però non si pone il problema appena sollevato con riguardo all'inserimento del bene negli elenchi, perchè qui è direttamente la legge a stabilire una condizione per la cessazione della demanialità.

E' da considerare in proposito che in taluni casi vi può essere coincidenza tra la realizzazione delle opere di urbanizzazione e la perdita delle caratteristiche oggettuali del bene, ma in altri casi ciò non avviene, possono cioè coesistere opere di urbanizzazione con il mantenimento delle caratteristiche che consentono di ascrivere una porzione di bene nell'ambito di una delle categorie di demanio.

Per esempio, mentre la realizzazione di un parcheggio può comportare una trasformazione delle caratteristiche fisiche della cosa tali da non consentire di qualificare come spiaggia e quindi come bene demaniale il tratto di costa sul quale insiste, non altrettanto può dirsi però per la realizzazione della pubblica illuminazione³⁰.

Un'altra particolarità consiste nel fatto che alla perdita della qualità demaniale non consegue il passaggio al patrimonio disponibile dello Stato, che è normale presupposto per la trasferibilità del bene. La realizzazione delle opere di urbanizzazione apre la possibilità

³⁰ Per comodità di lettura si riporta l'elenco delle opere di urbanizzazione contenuto nell'art. 4 della L. 847/64. Sono opere di urbanizzazione primaria a) strade residenziali, b) spazi di sosta e di parcheggio, c) fognature, d) rete idrica, e) rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, f) pubblica illuminazione, g) spazi di verde attrezzato. Sono opere di urbanizzazione secondaria: a) asili nido e scuole materne, b) scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore dell'obbligo; c) mercati di quartiere, d) delegazioni comunali; e) chiese ed altri edifici religiosi, f) impianti sportivi di quartiere, g) centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie, h) aree verdi di quartiere.

del trasferimento a titolo oneroso al comune, ma non rende il bene libero di circolare, perchè è gravato di un vincolo di inalienabilità per dieci anni, indipendentemente dalla destinazione impressa dall'autorità amministrativa e dall'effettivo uso del bene.

Infine il bene, qualunque sia lo stato di fatto e di diritto in cui si trova, è qualificato come patrimonio indisponibile.

E' forse improprio trarre dalla citata disposizione considerazioni di ordine dogmatico che si ridurrebbero alla constatazione, già pacifica, circa l'inadeguatezza delle categorie del demanio del patrimonio indisponibile e disponibile a descrivere la varietà di categorie dei beni pubblici.

Tuttavia vi possono essere problemi in sede applicativa dato che lo stesso legislatore si avvale delle categorie codicistiche, operando una dismissione del bene, non già attraverso la privatizzazione, ma piuttosto mediante una sorta di ripubblicizzazione.

Nella sostanza, la disposizione consente allo Stato ente di introitare il valore di scambio del bene, mantenendo i vincoli della pubblicità del medesimo, vale a dire l'inalienabilità, almeno per un certo tempo ed il vincolo di destinazione, vincolo che però si potrebbe definire in bianco, perchè le opere di urbanizzazione non sono idonee a definire una destinazione del bene.

Poichè questi vincoli – l'inalienabilità direttamente ed il vincolo di destinazione indirettamente - si traducono nella perdita del valore di scambio, e considerato che il corrispettivo del trasferimento è determinato con valori piuttosto alti³¹, forse superiore agli stessi valori di mercato, appare dubbia la complessiva efficienza economica della transazione, che si limita a riversare sui comuni quello che si potrebbe definire il costo dei vincoli pubblicistici.

E' pertanto tutto da verificare l'interesse dei comuni a chiedere il trasferimento del bene al proprio patrimonio indisponibile, che quindi appare limitato ad ipotesi più circoscritte di quante appaiano dalla generalità della previsione normativa.

³¹ I parametri sono fissati dall'elenco n. 3 allegato alla finanziaria.

Ed anche nell'ipotesi in cui ciò avvenga per l'eventuale interesse del comune a gestire determinati beni, che peraltro magari già gestisce a seguito del conferimento di funzioni, con regole diverse da quelle stabilite dalle normative di settore relative ai beni del demanio statale, appare difficile inquadrare questo modello tra gli strumenti di risanamento della finanza pubblica.

Un interesse al trasferimento a titolo oneroso può esservi con riguardo a beni in ordine ai quali la realizzazione di opere di urbanizzazione comporta l'obbligo del comune a corrispondere canoni a titolo di occupazione del bene statale. A tal fine il comma 435 della legge finanziaria prevede un apposito meccanismo di indennizzo per l'occupazione pregressa e per l'estinzione di giudizi pendenti³².

Tuttavia anche qui è tutto da verificare se con riguardo ai beni demaniali ad uso collettivo la realizzazione di opere di urbanizzazione sia inquadrabile come occupazione di bene soggetta alla corrispondenza di un canone.

Occorre infatti considerare l'attuale assetto derivante dal conferimento di compiti e di funzioni ai comuni su beni del demanio statale, nonchè il fatto che gran parte delle opere di urbanizzazione non comportano la sottrazione dell'uso comune.

In estrema sintesi, gran parte delle opere di urbanizzazione che insistono su beni demaniali ad uso collettivo sono realizzate e mantenute dai comuni in ragione delle funzioni e dei compiti loro attribuiti dalla legge (in particolare del D.lgs. 112/98) sui beni del demanio statale, senza che a tal fine sia necessaria una concessione, e senza che sia comunque dovuto alcun canone fino a quando le opere

³² In base al comma 435 "Le somme dovute dai comuni per l'occupazione delle aree di cui al comma 434, non versate fino alla data di stipulazione dell'atto del loro trasferimento, sono corrisposte, contestualmente al trasferimento, in misura pari a un terzo degli importi di cui all'allegato 3 alla presente legge, per ogni anno di occupazione, nei limiti della prescrizione quinquennale. Con il trasferimento delle aree si estinguono i giudizi pendenti, promossi dall'amministrazione demaniale e comunque preordinati alla liberazione delle aree di cui al comma 434, e restano compensate fra le parti le spese di lite.

e gli usi dell'ente non si risolvono in usi esclusivi, ma anzi consentono una maggiore apertura del bene all'uso collettivo.

I casi più frequenti riguardano la realizzazione di strade, di spazi di sosta o di parcheggio, di verde attrezzato a ridosso delle spiagge, (aree che molto spesso sono rimaste accatastate come demanio marittimo nonostante le modificazioni intervenute nel tempo), nonché, all'interno delle spiagge, di opere che consentono la fornitura di servizi quali la pubblica illuminazione, il collegamento alla rete fognaria, alla rete idrica in risposta all'esigenze della collettività, che, come osservato in precedenza, sono cambiate con il turismo di massa. Sono cambiate sia nel senso che diverse sono le pretese in ordine al godimento del bene, che si pretende servito di ogni comodità, sia nel senso che la collettività di riferimento non è quella locale, ma è sovranazionale.

Se, forse un tempo, tali opere venivano realizzate e mantenute in forza di un provvedimento di concessione rilasciato dallo Stato, oggi appare difficile negare che la legittimazione a realizzare e a mantenere dette opere derivi direttamente dalla legge nel momento in cui assegna compiti di gestione del bene al comune.

In altre parole, in molti casi, le opere di urbanizzazione arricchiscono il bene di servizi per meglio soddisfare l'uso di una collettività sovralocale, e trovano titolo non già nell'appartenenza del bene, come già non trovava titolo nell'appartenenza la potestà concessoria statale, bensì nell'espletamento di compiti attribuiti al comune dalla legge.

In sintesi, in queste ipotesi non si individua l'utilità oggetto del trasferimento perchè, oltre a quanto osservato a proposito del valore di scambio, il bene, anche arricchito dei servizi, rimane perlopiù fonte di costi per l'ente e di benefici per una collettività ben più ampia di quella comunale.

3. Beni demaniali e proprietà privata

3.1. La Patrimonio dello Stato s.p.a.

La normativa dell'ultimo decennio, fino ad ora citata, può sinteticamente definirsi indirizzata ad accelerare il processo di dismissione di beni non demaniali, o la cui demanialità, e di conseguenza la titolarità dell'ente pubblico non è giustificata dalla natura oggettuale o funzionale del bene.

In altre parole l'ordinamento si è arricchito di strumenti per ottimizzare il transito dal demanio al patrimonio nel solco tuttavia di schemi consolidati.

Qualcosa di diverso accade con la Patrimonio dello Stato s.p.a. che viene istituita per legge dall'art. 7 del d.l. 15.04.2002, n. 63, convertito con modificazioni in l. 15 giugno 2002, n. 112.

Conviene tracciarne sinteticamente il profilo dettato dal citato art. 7 e poi accennare ai diversi problemi che essa pone.

Sotto il profilo soggettivo, che dà luogo a questioni circa la natura della società stessa, è innanzitutto da dire che si tratta di una società per azioni, e che le azioni sono attribuite al Ministero dell'economia e della finanze, il quale può trasferirne a titolo gratuito la totalità, o parte di esse, ad altre società di cui il ministero detenga direttamente l'intero capitale sociale.

La società opera secondo gli indirizzi strategici stabiliti dal Ministero, previa definizione da parte del CIPE delle direttive di massima.

Il rapporto di lavoro del personale dipendente della società è disciplinato dalle norme di diritto privato e dalla contrattazione collettiva.

Sotto il profilo funzionale, che dà luogo a questioni che si riflettono sul regime dei beni pubblici, viene in rilievo che la Patrimonio dello Stato s.p.a. è costituita per la valorizzazione e la gestione e alienazione del patrimonio dello Stato e nel rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici.

Alla società possono essere trasferiti diritti pieni o parziali sui beni immobili facenti parte del patrimonio disponibile e indisponibile dello Stato, ed anche sui beni immobili facenti parte del demanio dello Stato.

Il trasferimento di beni di particolare valore artistico e storico è effettuato di intesa con il Ministro per i beni e le attività culturali.

Il trasferimento non modifica il regime giuridico, previsto dagli articoli 823 e 829, primo comma, del codice civile, dei beni demaniali trasferiti.

La società può effettuare operazioni di cartolarizzazione, alle quali si applicano le disposizioni contenute nel d.l. 351/2001 sulle quali ci si è in precedenza soffermati.

Schematicamente sono queste le disposizioni sulle quali si concentra il dibattito, che, come si accennava all'inizio, non coinvolge solo i giuristi³³

Invece l'aver qui indicati i problemi relativi alle caratteristiche soggettive, come distinti dagli aspetti funzionali, corrisponde ad una scelta di campo che è opportuno fin da subito esplicitare e giustificare.

Per anticipare la linea di svolgimento che si intende seguire, si ritiene che debbano essere considerati distintamente il problema della natura della società, che peraltro non è pacifica - e tra breve si accennerà agli argomenti a sostegno della natura pubblica, e quelli contrari - ed il problema della titolarità del bene demaniale in capo ad un soggetto diverso dallo Stato o da altro ente territoriale.

Non si ritiene infatti che l'eventuale affermazione della natura pubblica della società conduca a risolvere le questioni relative all'ingresso di un nuovo soggetto in ordine alla titolarità di beni pubblici. Così come non si ritiene, più in generale, in relazione agli aspet-

³³ Si è citato in proposito il saggio di S. SETTIS, *Italia Spa - L'assalto al patrimonio culturale*. Torino, Einaudi, 2002. Per una recensione dal punto di vista del giurista CAMMELLI, *Italia spa: sul saggio di Salvatore Settis (e dintorni)*, in *Aedon* 3/2002.

ti esposti nel primo capitolo, che la questione si collochi sull'ammissibilità o meno della titolarità privata dei beni.

Il problema, in linea con l'impostazione sin qui seguita, è quello di individuare le prerogative riconducibili all'intestazione di beni ad uso collettivo ad un soggetto che ha la forma di società commerciale, partendo dall'idea di una spartizione del pacchetto proprietario, dove cioè sia assicurata in capo alla collettività la prerogativa di usare il bene, e riconosciuta all'ente esponenziale della collettività, quindi non semplicemente pubblico, la prerogativa di tutelare tale utilità, e conseguentemente stabilire la misura di utilità appropriabili individualmente e quindi economicamente vantaggiose.

3.2. La Infrastrutture dello Stato s.p.a.

Accanto alla istituzione della Patrimonio dello Stato s.p.a. costituita dall'art. 7 del D.L. 15 aprile 2002, convertito con modificazioni in L. 15 giugno 2002, n. 112, è prevista all'art. 8 l'autorizzazione alla Cassa depositi e prestiti a costituire, anche con atto unilaterale, una società finanziaria per azioni denominata Infrastrutture s.p.a..

La previsione della Infrastrutture s.p.a. si pone in linea con la Patrimonio dello Stato s.p.a. nel processo di privatizzazione dei beni pubblici, e pone per gran parte problemi comuni in relazione al tradizionale assetto dei medesimi.

Anzi si può dire che certi aspetti sono in qualche modo esasperati. L'idea della valorizzazione del bene che costituisce una delle missioni della Patrimonio dello Stato s.p.a. consente una maggiore possibilità di inserimento della privatizzazione nel sistema tradizionale, mentre la missione della Infrastrutture s.p.a. è più decisamente orientata alla strumentalità non già del bene in diverse possibili prospettive di sfruttamento, ma alla strumentalità della resa economica.

Missione della società è quella di finanziare le infrastrutture in qualità di soggetto strumentale alla cassa depositi e prestiti.

Conviene accennare brevemente alla disciplina dettata dal citato art. 8 del D.L. 63/2002³⁴.

Vi è innanzi tutto da notare che è ammesso il trasferimento delle azioni con la preventiva autorizzazione del Ministro dell'economia e delle finanze. Vi è quindi una sostanziale differenza rispetto a quanto avviene per la Patrimonio s.p.a. dove si prevede la possibilità di trasferimento gratuito solo ad altre società di cui il Ministero detenga l'intero capitale sociale, anche se l'interpretazione di quest'ultima disposizione è tutt'altro che pacifica e non è considerata decisiva per escludere l'ingresso di altri soggetti.

E' inoltre da segnalare che mentre nella Patrimonio dello Stato spa le azioni sono attribuite al Ministero dell'economia e delle Finanze, e quindi la valutazione in ordine al trasferimento in capo al Ministro è coerente con la composizione societaria, l'autorizzazione del Ministro per il trasferimento della azioni della Infrastrutture s.p.a. prevede l'ingresso della valutazione di un soggetto, il ministro appunto, che è estraneo alla società stessa.

E' inoltre sempre il Ministro che determina i successivi aumenti di capitale rispetto a quello iniziale determinato dalla legge, che formula le linee direttrici per l'operatività della società, che regola la composizione del Consiglio di amministrazione e del collegio sindacale e la durata in carica dei rispettivi membri, e che approva lo statuto della società.

Oltre a queste puntuali previsioni di competenze in capo al Ministro dell'economia e delle finanze, l'art. 8 del D.L. 63/2002 contiene una norma di chiusura del sistema, quando prevede al comma 11 che la società è posta sotto la vigilanza del Ministero dell'economia e delle finanze, che può adottare, ove la situazione lo richieda, provvedimenti specifici nei confronti della società al fine di assicurare che i comportamenti operativi della stessa siano conformi alla legge, alle disposizioni attuative, nonché allo statuto, e siano coerenti con le li-

³⁴ Per un esame compiuto della disciplina si rinvia a PASQUINI, *La infrastrutture S.p.a.*, in *Giornale dir. Amm.*, 2002, p. 824 ss.

nee strategiche indicate nei decreti con i quali sono formulate le linee direttrici per l'operatività della società.

Queste disposizioni inducono a richiamare le osservazioni già svolte con riguardo alla Patrimonio dello Stato Spa in ordine alla natura della società, e quindi anche i dubbi avanzati in generale sulla possibilità di riconoscere un modello di società formalmente privata, ma sostanzialmente pubblica.

E' da aggiungere che per la Infrastrutture s.p.a. risulta forse più difficile asserirne la natura sostanzialmente pubblica, sempre che si accolga questa categoria.

Se i criteri per individuare la natura sostanzialmente pubblica devono concorrere e tra questi vi è la partecipazione maggioritaria di soggetti pubblici, si può constatare che tale requisito risulta presente al momento della costituzione della società, ma è poi rimesso alla valutazione ministeriale cui compete di autorizzare il trasferimento delle azioni, che la legge espressamente ammette, anche a privati.

Inoltre il requisito della partecipazione maggioritaria di un soggetto pubblico è da verificare anche in relazione alla trasformazione della Cassa depositi e prestiti in Spa disposta dal D.L. 30 settembre 2003, n. 269, convertito con legge 24 novembre 2003, n. 326. E' da precisare che con riguardo alla Cassa depositi e prestiti le azioni sono per legge attribuite allo Stato e ad altri soggetti pubblici o privati è consentito soltanto detenere quote complessivamente di minoranza.

Quanto ad altri aspetti della disciplina di questa società, si prevede, in deroga al regime disposto dal codice civile che le azioni della società non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi.

E' stato sottolineato che la previsione non è limitata alle azioni di mano pubblica, ma a tutte le azioni della società, individuando quindi la *ratio* della disposizione nella protezione dell'interesse sociale primario, e cioè il finanziamento delle infrastrutture e delle grandi opere, non già nella protezione dell'ente socio³⁵.

³⁵ In questi termini DUGATO, *Ruolo e funzioni di infrastrutture Spa*, cit.. in *Annuario A.I.P.D.A.* 2003, cit. p.123, nota 9.

La Infrastrutture spa è costituita per finanziare sotto qualsiasi forma le infrastrutture e le grandi opere pubbliche, purchè suscettibili di utilizzazione economica e per concedere finanziamenti sotto qualsiasi forma finalizzati ad investimenti per lo sviluppo economico. La società inoltre concede garanzie per tali finalità e può assumere partecipazioni che però non possono essere di maggioranza e comunque di controllo.

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

Possono cioè essere trasferiti diritti pieni o parziali su beni immobili facenti parte del demanio, ed il trasferimento non modifica il regime giuridico previsto dagli articoli 823 e 829 primo comma dei beni demaniali trasferiti

Sono però da segnalare due differenze testuali, ed una differenza che dipende dal diverso contesto in cui si inserisce il trasferimento.

La prima differenza testuale deriva dal fatto che mentre nell'art. 8 (relativo alla Infrastrutture spa) vi è un espresso richiamo del comma 10 dell'art. 7 (relativo alla Patrimonio dello Stato spa), vale a dire della disposizione appena citata, in breve, il richiamo all'inalienabilità dei beni demaniali e la necessità di dichiarazione dell'autorità amministrativa per il passaggio al patrimonio disponibile, non è invece richiamato il comma 1 dell'art. 7, relativo al "rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici", che forse più da vicino tende a richiamare l'idea della destinazione, sulla quale è edificato l'impianto teorico della proprietà pubblica, e sulla quale ci si è più volte soffermati.

La seconda differenza riguarda la previsione nell'art. 8 (relativo alla Infrastrutture spa) assente invece nell'art. 7 (relativo alla Patrimonio spa), secondo la quale "restano ferme le competenze in materia di gestione dei beni demaniali attribuite agli enti locali dalle norme vigenti"

Le differenze sono qui segnalate non per ricavarne dati significativi, ma, al contrario per sminuirne la portata.

Quanto alla prima il rispetto dei requisiti e delle finalità dei beni pubblici, ha più il sapore di una proclamazione politica che un significato giuridico. Non tanto perché sia stata inserita in sede di legge di conversione ed a seguito dei cori di protesta suscitati dall'emanazione del decreto legge, ma perché tale previsione è essenzialmente implicita nel richiamo ai beni demaniali. Come si diceva all'inizio, richiamare il termine beni demaniali significa rinviare non solo ad un elenco di beni, ma farsi carico di una sintesi di significati stratificatisi nel tempo.

Non si potrebbe quindi asserire, se, come sembra, il rispetto dei requisiti e finalità dei beni pubblici vale ad indicare il rispetto della destinazione del bene, che ciò valga per la Patrimonio spa e non per la Infrastrutture Spa. Compulsare il testo normativo, e tralasciare il significato del termine demanio, per fondare su questa differenza qualche conclusione apparirebbe opera di "entomologo afflitto da pedanteria".

Lo stesso discorso si può fare per l'omesso richiamo in sede di regolamentazione dei trasferimenti di beni alla Patrimonio Spa delle competenze in materia di gestione dei beni demaniali attribuite agli enti locali dalle norme vigenti.

Si è osservato come il conferimento di funzioni, al quale presumibilmente si riferisce il legislatore quando svolge questa precisazione, si inserisce in un contesto più ampio che trova un diretto ascendente nella riforma del titolo V della Costituzione. Vale poi quanto considerato nel secondo capitolo, relativamente allo stretto collegamento tra il modo di dispiegarsi del conferimento e la demanialità del bene. Anche in questo caso non è possibile ricavare conclusioni da una differenza testuale a scapito di un modo di intendere lo Stato che non consente comunque di escludere le autonomie dalle vicende dei beni del demanio statale.

Di maggior peso sembra la differenza determinata dal diverso tipo di società soprattutto in relazione all'oggetto sociale, a favore del

quale sono trasferiti, *rectius*, “possono essere trasferiti” beni demaniali.

Tra i compiti della Patrimonio spa, oltre all’alienazione vi è la gestione e la valorizzazione del patrimonio dello Stato, invece la Infrastrutture Spa necessita dei beni in funzione di garanzia finanziaria, di strumento collettivo delle risorse da impiegare per la soddisfazione di interessi formalmente “estranei” ai singoli beni³⁶.

Per questo profilo autorevole dottrina sostiene che il trasferimento alla Infrastrutture Spa non potrà comunque riguardare beni demaniali o patrimoniali indisponibili, ma soltanto beni patrimoniali disponibili dal momento che tali beni sarebbero destinati a garantire l’emissione di titoli ed altre operazioni di finanziamento³⁷.

Si ammette invece questa possibilità in relazione ad altri fini, compatibili con la permanente destinazione pubblica dei beni trasferiti, tenuto conto che la società può svolgere una serie di attività “strumentali”, “connesse” o “accessorie” ai suoi compiti istituzionali, che quindi potrebbero avere natura finanziaria³⁸.

3.3. *Natura della Patrimonio dello Stato s.p.a*

Giova premettere che la natura pubblicistica di un soggetto, nonostante la veste di società per azioni, è ammessa sia in dottrina sia in giurisprudenza³⁹.

La stessa Corte Costituzionale, ha sottolineato la “neutralizzazione” della veste societaria rispetto alla natura sostanzialmente pubblicistica del soggetto⁴⁰.

³⁶ In questi termini DUGATO, *Ruolo e funzioni di Infrastrutture Spa*, cit, p.133.

³⁷ SORACE, *Cartolarizzazione e regime dei beni pubblici*, cit.

³⁸ Cfr. RENNA, *La regolazione*, cit. p. 170.

³⁹ Cfr. RENNA *Le società per azioni in mano pubblica. Il caso delle s.p.a. derivanti dalla trasformazione di enti pubblici economici ed aziende autonome statali*, Torino 1997.

⁴⁰ Cfr. Corte Cost. 28 dicembre 1993, n. 466 per un percorso riassuntivo della giurisprudenza cfr. Cons. St. sez. IV, 17 settembre 2002, n. 4711

La questione si è posta in relazione ai diversi processi di privatizzazione con la trasformazione in s.p.a. di enti quali le Poste italiane, e prima ancora dell'I.R.I., dell'E.N.I., dell'I.N.A. dell'E.N.E.L.⁴¹.

La Corte Costituzionale notava come la stessa dicotomia tra Ente pubblico e società di diritto privato sia andata stemperando, in relazione da un lato, all'impiego crescente dello strumento della società per azioni per il perseguimento di fini di interesse pubblico e, dall'altro lato, agli indirizzi emersi in sede di normazione comunitaria, favorevoli alla adozione di una nozione sostanziale di soggetto pubblico.

Si sono allora ricercati i criteri, secondo più antica terminologia gli indici rivelatori, in base ai quali individuare la natura pubblica di questo tipo di soggetti⁴².

Innanzitutto rileva il momento genetico, cioè il fatto che la società non sia originata da un atto di autonomia o per effetto di un contratto, ma ad opera di un intervento legislativo ed in assenza di una pluralità di soci. Poi rileva il condizionamento nell'esercizio dei diritti da regole di funzionamento, che costituiscono un'alterazione del modello societario tipico, e rilevano la completa attrazione nell'orbita pubblicistica della s.p.a., il fatto di essere posseduta dallo Stato, che sia rivolta al conseguimento di finalità di interesse pubblico generale anche al di là e prescindendo dal mero intento lucrativo⁴³.

⁴¹ Per un quadro di insieme delle privatizzazioni degli anni 90 nel contesto costituzionale e comunitario, e come non esprimano una ritirata dello Stato, che assume poteri più ampi di regolazione rispetto a quando era gestore di imprese pubbliche cfr. CASSESE, *La nuova Costituzione economica*, Roma - Bari, 2000, p. 121 e seg., Sulle privatizzazioni cfr. anche DI CHIO, *Società a partecipazione pubblica*, Dig. Disc. Priv. Sez. commerciale, Torino 1997, p. 171 e dottrina ivi richiamata.

⁴² Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206

⁴³ I requisiti che consentono di qualificare come pubblico un ente sono così elencati da PIZZA, *Patrimonio dello Stato Spa: profili di organizzazione e di funzionamento* in Aedon 3/2002 cit. : a) siano stati istituiti direttamente dalla legge, b) siano regolati da norme singolari che pongono delle regole al regime societario tipico c) siano partecipati in via maggioritaria da soggetti pubblici, d) perseguano fini di interesse pubblico, e) possano prescindere dal mero intento lucrativo.

Ai fini dell'affermazione della natura pubblicistica dell'ente, è stato ritenuto aver valore di conferma il fatto che sia qualificabile come organismo di diritto pubblico.

Si è già accennato a proposito delle società di cartolarizzazione dei requisiti per l'individuazione dell'organismo di diritto pubblico e degli effetti che derivano da tale qualificazione che è limitata ad escludere per questi soggetti le normative comunitarie in materia di appalti.

La nozione di organismo di diritto pubblico viene in questo caso ad essere caricata di una valenza più generale.

E viene ad essere utilizzata come paradigma di una distinzione tra nozione formale e concetto sostanziale, per allargare l'ambito dei concetti di atto amministrativo e soggetto amministrativo⁴⁴ ed utilizzata anche con riguardo alle privatizzazioni di beni⁴⁵.

Venendo allo specifico caso della Patrimonio dello Stato Spa, si è ritenuto che ricorrano tutti gli indici per affermarne la natura pubblica.

⁴⁴ Sull'ampliamento degli ambiti oggettivi e soggettivi della nozione di atto amministrativo, Cons. Stato, VI n. 1478/98, e n. 1206/2001, Cons. Stato, V, 2078/2000.

⁴⁵ Cfr. RENNA, *La regolazione amministrativa* ... cit., p.110, che distingue, analogamente a quanto avviene per le privatizzazioni degli enti pubblici tra fenomeni sostanziali e fenomeni formali.

Vi sono due ipotesi di privatizzazione "sostanziale", la prima a seguito della sde-manializzazione del bene, il bene non è più demaniale e quindi non è più soggetto ad un particolare regime derogatorio ed entra a far parte del patrimonio disponibile dell'ente. La seconda ipotesi si ha quando, in un unico processo, un bene è sottratto all'uso pubblico e alienato ad un soggetto privato. La privatizzazione formale riguarda i beni che non sono soggetti ad alcun regime derogatorio rispetto ai beni privati, in altre parole non sono pubblici, ma appartengono ad una pubblica amministrazione. Oppure vi è privatizzazione formale quando vi è il passaggio di beni pubblici, nel senso proprio di beni caratterizzati da una disciplina derogatoria rispetto al diritto comune, alla titolarità privata, accompagnato dal mantenimento della loro destinazione e natura pubblicistica. Da qui la tesi che un soggetto strutturato in forma privatistica, ma nella sostanza pubblico, cui si applicano diversi istituti e disposizioni pubblicistiche, possa essere altresì titolare di beni assoggettati ad un regime derogatorio alla disciplina ordinaria della proprietà privata, e che si possa affermare una nozione sostanziale e oggettiva di bene pubblico, analoga a quella che oggi si può dire valevole per la "soggettività pubblica".

Innanzitutto si è posto in rilievo il carattere di società legale ad esistenza necessaria. Si è sottolineato che è stata istituita direttamente dalla legge, che ha fornito all'ente una denominazione, un capitale iniziale ed un azionista. Quindi la costituzione dell'ente non è originata da un atto di autonomia, ed inoltre sempre in base alla legge è determinato l'oggetto sociale, vincolando l'ente al suo svolgimento, sintomi tutti del carattere necessario dell'esistenza dell'ente, nel senso che quest'ultimo non può decidere del proprio destino⁴⁶.

L'attività dell'ente è conformata da varie norme, prima fra tutte quella relativa al "rispetto dei requisiti e delle finalità propri dei beni pubblici, che appare idonea a rendere in questi casi recessivo lo scopo di lucro della società.

Vi è compressione dell'autonomia dell'organo decisionale della società che "opera secondo gli indirizzi strategici stabiliti dal Ministero, previa definizione del Cipe delle direttive di massima⁴⁷.

⁴⁶ PIZZA, *Patrimonio dello Stato Spa* ..., cit.

⁴⁷ Si riporta il contenuto della direttiva del Cipe 19 dicembre 2002:1) obiettivi e vincoli – La società valorizzerà, gestirà con efficienza ed alienerà il patrimonio dello Stato rispettando vincoli e finalità proprie dei beni pubblici e tutte le tutele esistenti su di essi. 2) Definizione dell'ambito dei beni trasferibili – Potranno essere trasferiti alla Patrimonio Spa crediti, concessioni, beni immateriali, beni mobili ed immobili, ogni componente dell'attivo dello Stato incluse le partecipazioni in società nel caso in cui esse operino esclusivamente nel settore immobiliare. 3) Beni di particolare valore storico, artistico culturale ed ambientale – Il loro trasferimento alla società non modificherà in alcun modo i vincoli gravanti su di essi. La loro alienazione potrà avvenire esclusivamente se (e nelle modalità in cui) la legge vigente lo consente e in ogni caso previa autorizzazione del ministero per i Beni e le Attività culturali o del ministro per l'ambiente e la tutela del territorio. 4) Tutela del patrimonio – Patrimonio Spa osserverà tutte le forme di tutela previste per la difesa del demanio e del patrimonio indisponibile rispettando in materia il ruolo di ogni amministrazione competente. In particolare porrà particolare attenzione alla tutela dei beni di valore artistico, storico, paesaggistico ed ambientale, rispettando i ruoli e collaborando con i due ministeri competenti, ai quali fornirà periodiche relazioni dettagliate. 5) Struttura operativa e principi – La struttura operativa della società sarà snella; inoltre Patrimonio Spa opererà seguendo i principi di imparzialità, trasparenza, efficienza ed economicità. 6) Codice etico e relazione annuale – La società si doterà di un proprio codice etico di comportamento. Inoltre, attraverso il dipartimento del tesoro, presenterà al Cipe, per il successivo inoltro al parlamento, una

Per quanto riguarda la partecipazione maggioritaria del soggetto pubblico, è questo un punto critico.

Mentre è assicurata nel momento genetico, si sono state sollevate riserve sulla scarsa chiarezza delle disposizioni relative alla circolazione delle azioni⁴⁸.

Risultano infatti possibili due interpretazioni opposte.

L'art. 7, comma 3, della l. 112/2002 prevede che "le azioni sono attribuite al Ministero dell'economia e delle finanze e che il Ministero può trasferire a titolo gratuito la totalità delle azioni, o parte di esse, ad altre società di cui il ministero detenga direttamente l'intero capitale sociale".

Secondo una prima interpretazione il limite alla circolazione delle azioni riguarda solo la possibilità di trasferimento a titolo gratuito. Solo per i trasferimenti a titolo gratuito sarebbe tassativa l'individuazione dei cessionari identificati nelle società di cui il ministero detenga direttamente l'intero capitale sociale.

Secondo altra interpretazione è invece completamente sottratta all'autonomia statutaria la materia "circolazione delle azioni" predefinendo tassativamente l'identità dei possibili cessionari delle partecipazioni del ministero dell'Economia e delle Finanze.

Lo statuto della Patrimonio dello Stato Spa, ha scelto questa seconda opzione, prevedendo all'art. 6 che "le azioni sono nominative e possono appartenere al Ministero dell'Economia e delle Finanze ovvero ad altre società di cui il ministero detenga direttamente l'intero capitale sociale".

Quindi attualmente la Patrimonio dello Stato Spa si presenta come società per azioni unipersonale a partecipazione pubblica e ad azionariato limitatamente fungibile.

relazione di sintesi sull'attività svolta. 7) Collaborazione con le amministrazioni coinvolte – Patrimonio Spa manterrà una stretta collaborazione, per i rispettivi ambiti di competenza, con: ministero dell'Economia e delle F, ministero per i Beni e le Attività culturali, ministero per l'Ambiente e la tutela del territorio, amministrazioni centrali dello Stato, agenzia del demanio ed enti locali coinvolti.

⁴⁸ Pizza, *Patrimonio dello Stato Spa.* cit.

Questo non toglie che il dubbio esegetico sulla disposizione di cui all'art. 7 comma 3 della L. 112/2002 sia destinato a riproporsi in caso di volontà di modificare lo statuto. Se si accede all'interpretazione secondo la quale il limite alla circolazione vale solo per i trasferimenti a titolo gratuito sarà sufficiente modificare lo statuto con delibera assembleare, secondo l'altra interpretazione non sarà possibile a meno che non venga modificata la legge.

3.4. I riflessi della natura della società nella gestione dei beni pubblici

Il problema può porsi in questi termini. La "sostanza pubblicistica" predicata in relazione a soggetti che hanno struttura societaria, ma che presentano allo stesso tempo gli indici che riconducono l'assetto proprietario, le finalità perseguite, il controllo decisionale, a soggetti ed interessi pubblici, è nozione che ha valenza generale nell'ambito dell'organizzazione amministrativa, oppure è limitata a specifici effetti determinati dalle singole discipline che a tali aspetti fanno riferimento.

Si è accennato al fatto che l'organismo di diritto pubblico, portato a sostegno di questo modo di classificare "gli enti a struttura societaria", è una qualificazione propria della disciplina comunitaria in materia di appalti, utilizzata poi come paradigma più generale e cioè al di fuori della specifica disciplina per la quale era stata adottata.

E' quindi innanzitutto da chiedersi quanto sia corretta questa operazione, per così dire, traslativa di nozioni tecniche e specifiche in ambiti o concetti generali.

In senso favorevole depone la considerazione del concorrere di una pluralità di discipline nelle quali perde rilievo la natura formale dell'ente rispetto alla regolamentazione dell'attività o dell'organizzazione, e tra gli esempi più significativi viene ricordato l'art. 3 del TU in materia di espropriazione per pubblica utilità che definisce "autorità espropriante" in alternativa all'autorità ammini-

strativa titolare del potere di espropriare, “il soggetto privato, al quale sia attribuito tale potere da una norma”.

In tal senso sono orientate le motivazioni della giurisprudenza fino ad ora citata a partire dalla Corte costituzionale che per prima ha affermato lo stemperarsi della dicotomia ente pubblico e società di diritto privato.

La stessa Corte costituzionale tuttavia concludeva per la natura “speciale e differenziata” di questo tipo di società (si trattava allora delle società che derivavano dalla trasformazione di enti pubblici).

Vi sono però anche argomenti contrari.

Parte della dottrina pone in dubbio che si possa inferire la pubblicità del soggetto dalle deviazioni che la disciplina presenta rispetto alla normazione comune, come se la figura dell'ente pubblico fosse residuale rispetto ad un'unica figura di società di diritto comune, mentre questo non sembra potersi sostenere anche in ragione del fatto che sia il codice civile, sia la legislazione speciale, abbondano di regimi differenziati e anomali⁴⁹.

In questa diversa prospettiva la società a partecipazione pubblica costituisce solo una delle tante figure speciali contemplate dall'ordinamento. Non rappresenta allora un'anomalia della Patrimonio dello Stato spa la costituzione unilaterale e la presenza di un unico azionista, perché la riforma del diritto societario ha codificato questa eventualità, i poteri di amministrazione e di controllo sono affidati agli organi sociali, senza ingerenze dell'autorità governativa, nessuna delibera efficace nei confronti dei terzi è sottoposta a poteri esterni di approvazione e di veto, la tesi della necessità dell'ente è smentita dallo Statuto e l'elemento della partecipazione pubblica non preclude una futura evoluzione nel senso di un allentamento dei vincoli alla circolazione delle azioni⁵⁰.

Secondo quest'ultima lettura, per tornare ai termini in cui il problema si è inizialmente posto, solo in forza specifiche disposizioni,

⁴⁹ In questo senso NAPOLITANO, *La patrimonio*, cit., p. 260.

⁵⁰ NAPOLITANO ult. cit. p. 262

come in materia di appalti, sono applicabili anche a soggetti privati che presentino le caratteristiche a tal fine richieste, le norme riferite agli enti pubblici. Dove manchi una disposizione espressa, la valutazione va compiuta di volta in volta, evitando, si potrebbe dire, di “reificare” non solo la figura dell’imprenditore ma anche quella dell’ente pubblico.

Ciò detto in ordine ai dubbi sulla possibilità di individuare una categoria generale di soggetti formalmente privati e sostanzialmente pubblici, il problema sembra qui porsi in altri termini. Si tratta di verificare quali effetti possono sortire dall’affermata natura pubblica dell’ente, o in altre parole entro che limiti la natura pubblica si riflette sul regime delle attività ed in particolare per quanto riguarda le attività relative ai beni.

A tal fine può essere utile richiamare il tipo di problemi che dovevano essere risolti dalla giurisprudenza nel cui solco si è andata affermando questa particolare identità di società a struttura commerciale ma allo stesso tempo espressione di articolazione organizzativa dell’ente pubblico, in ossequio all’ammonimento della necessità di “dialogare con i formanti”⁵¹.

Si è richiamata in proposito la sentenza della Corte Costituzionale 28 dicembre 1993, n. 466.

Il caso riguardava il conflitto di attribuzioni sollevato dalla Corte dei Conti in relazione alla sottrazione dell’I.R.I., dell’E.N.I., e dell’I.N.A. al controllo della Corte dei Conti previsto dall’art. 100, secondo comma della Costituzione. La sottrazione al controllo avveniva sia mediante l’esclusione dei magistrati della Corte alle sedute dei relativi organi di amministrazione e di revisione, sia mediante l’omesso invio dei documenti concernenti la gestione di tali enti, sia con il mancato riconoscimento da parte del governo, del persistente obbligo di sottoporre a controllo della Corte dei Conti gli enti trasformati in società per azioni. La Corte Costituzionale, con la motivazione alla

⁵¹ Su come dialogare con i formanti cfr. GAMBARO, *L’occupazione acquisitiva ed i dialoghi fra i formanti*, *Foro.it*, 1993, V, 389

quale si è accennato, ha affermato che il potere di controllo permane, anche nella forma più intrusiva della presenza di un magistrato alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione, fino a quando permane, rispetto al capitale delle stesse società, la partecipazione esclusiva o maggioritaria dello Stato.

In un altro caso si è affermata la natura pubblica di Poste Italiane s.p.a.⁵². La questione si poneva ai fini del riparto di giurisdizione relativo agli atti con cui era stata indetta una gara per forniture sotto soglia. Il Consiglio di Stato ha ritenuto che Poste Italiane s.p.a. debba essere qualificata come organismo di diritto pubblico e quindi come amministrazione aggiudicatrice.

Un altro caso riguardava la natura di Enel.it s.p.a. al fine di affermarne la sottoposizione alla disciplina dell'accesso ai sensi della legge sulla trasparenza amministrativa.

I casi richiamati costituiscono solo degli esempi, ma utili per ricondurre il discorso su di un piano generale e chiedersi fino a che punto la sottoposizione dell'attività dell'ente alle leggi sull'azione amministrativa si rifletta nella gestione dei beni.

Sorge il dubbio che, assolti gli obblighi procedurali, gli obblighi sulla motivazione dell'atto, sulla trasparenza e la partecipazione degli interessati, e sempre salva la verifica dell'estensione di queste regole a tutta o solo ad una parte dell'attività della società⁵³, si sia

⁵² Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 2001, n. 1206

⁵³ Cfr. NAPOLITANO, *La patrimonio ... cit.*, p. 270 e segg. che propone un'analisi degli istituti di diritto amministrativo applicabili alla Patrimonio Spa e ritiene che: la disciplina del procedimento non si applica direttamente e in quanto tale, in quanto vale solo per l'attività preordinata all'emanazione di atti amministrativi, a parte singoli precetti o principi come per esempio in relazione alla necessità di predeterminare i criteri di assegnazione di beni e utilità, come confermato nello Statuto della società che vincola l'ente a gestire le procedure osservando principi di trasparenza. In proposito può anche essere richiamata la direttiva Cipe più sopra citata che stabilisce che la Patrimonio Spa opererà seguendo i principi di imparzialità, trasparenza, efficienza ed economicità. Per quanto riguarda la disciplina dell'accesso, la natura pubblicistica imporrebbe l'applicazione integrale della disciplina e si estenderebbe anche ai rapporti giuridici disciplinati dal diritto privato (cfr. Cons. St., Ad Plen., 22 aprile 1999, n. 4). In caso contrario, ritenendo che la Patrimonio Spa come soggetto di diritto privato, la disciplina

comunque esaurita la possibile portata dell'affermata natura pubblica e che di più non si possa dire con riguardo al tema della possibilità di procedere all'intestazione di beni demaniali.

In sostanza, per come si è qui posta la questione con riguardo ai beni ad uso collettivo, la natura dell'ente non risolve il problema di individuare la distribuzione delle prerogative proprietarie, e non offre alcun criterio per selezionare la possibilità di sfruttamento individuale della risorsa a fronte di un regime strutturato per garantire i servizi indivisibili della cosa.

Al fine di individuare tale criterio può essere utile richiamare brevemente il fenomeno delle privatizzazioni degli enti pubblici dell'ultimo decennio, che hanno avuto come riflesso la privatizzazione dei beni che costituiscono le reti dei servizi di pubblica utilità.

Si intende, con questa digressione, mettere in rilievo un particolare profilo che accomuna i beni destinati ai servizi di pubblica utilità, forniti attraverso reti non duplicabili o difficilmente duplicabili, con i beni ad uso collettivo qui in esame, che consiste nella necessità di assicurare l'accesso al servizio ad una pluralità di operatori, sottraendo quindi al proprietario della rete la prerogativa di escludere gli altri gestori dei servizi dall'uso della cosa.

dell'accesso è applicabile solo ove la società si configuri come gestore di pubblico servizio: ad esempio, considerando tale l'attività di gestione e manutenzione dei beni a fruizione collettiva. Per quanto riguarda la tutela giurisdizionale in relazione all'interesse tutelato possono essere utilizzati rimedi di diritto comune, come per esempio in caso di previsione di condizioni economiche o contrattuali per l'accesso o la fruizione di determinate categorie di beni eccessivamente onerose, vi può essere una denuncia innanzi all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per abuso di posizione dominante, oppure ad un'azione inibitoria contro la vessatorietà delle clausole davanti al giudice ordinario. Nel caso si rientri nell'ambito del servizio pubblico la giurisdizione potrà essere riconosciuta dove il privato agisca in quanto destinatario di una disciplina pubblica.

3.5. Le privatizzazioni dei beni conseguenti alle privatizzazioni degli enti

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

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

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

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

A questo si aggiunga un'acuita sensibilità per beni che sono sentiti patrimonio di tutti, anche delle generazioni future, come un

po enfaticamente si usa affermare, quali i beni culturali e i beni ad uso collettivo a confronto con il contesto di risanamento delle finanze pubbliche in cui avviene la privatizzazione, e ciò induce ad argomentare in termini di contrapposizione di valori.

Vi è inoltre una sensazione di imprevedibilità degli esiti riconducibile a vari fattori, quali la scarsa chiarezza delle disposizioni, messa in luce da tutta la dottrina che si è occupata dell'argomento, la genericità delle finalità della privatizzazione e la generalità dei beni che possono esserne oggetto.

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

Quanto alla generalità dei beni, l'unico dato incontrovertito è che il termine beni pubblici, ed anche quello di demanio e di patrimonio indisponibile hanno solo valore descrittivo essendo inadatti a fondare una categoria. Ne deriva che il vincolo dei requisiti e delle finalità posto dalla L. 112/2002 ha senso solo se riferito a singoli beni o gruppi di beni omogenei, ed in questo senso il riferimento corre alla destinazione del bene, con i dubbi accennati nel primo capitolo circa la possibilità di tradurre in vincoli oggettivi tale criterio.

Quest'ultima esigenza non si avverte quando il bene appartiene all'ente pubblico. Invero, ricostruito il fenomeno in termini di proprietà individuale dell'ente vincolata dalla destinazione, fino a quando il bene appartiene all'ente pubblico è possibile ammettere che sia sfumata la distinzione tra i vincoli derivanti dalla destinazione del bene e i vincoli posti all'azione dell'ente, tanto più con riguardo ai beni che sono strumentali al perseguimento di fini pubblici.

Ed allo stesso modo questa esigenza di obbiettivare i vincoli di destinazione non si avverte quando il bene appartiene ad un soggetto privato creato appositamente per gestire il servizio rispetto al quale il bene è strumentale.

Queste considerazioni sembrano giustificare la circostanza che il clamore e i problemi suscitati dalla possibilità di trasferire diritti

alla Patrimonio dello Stato spa su beni demaniali, non si sono presentati nel caso della privatizzazione dei beni avvenuta a seguito della privatizzazione degli enti ai quali i beni appartengono.

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

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

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

Quanto al primo momento si pensi a come si pose la questione della natura dei beni destinati a pubblico servizio, a seguito della trasformazione dell'ente ferrovie dello Stato da ente pubblico economico a società per azioni⁵⁴.

⁵⁴ Per fare un passo indietro si può ricordare che prima della L. 210/85 le strade ferrate statali e le loro pertinenze, appartenevano al demanio eventuale ai sensi dell'art. 822, comma 2, c.c. ed il servizio ferroviario era gestito dall'Azienda autonoma delle ferrovie dello Stato, priva di personalità giuridica. Con la citata L. 210/85 la costituzione dell'ente "Ferrovie dello Stato" determinò la sdemanializzazione delle reti ferroviarie statali e il passaggio nel patrimonio indisponibile dell'ente con l'espressa previsione dell'art. 15, comma 2 "I beni destinati a pubblico servizio non possono essere sottratti alla loro destinazione senza il consenso dell'ente" Mentre la costituzione dell'ente ferrovie dello Stato recava la previsione dell'assoggettamento dei beni al regime del patrimonio indisponibile, non vi erano previsioni in tal senso nei d.l. 386/1991 e 333/92 che hanno condotto alla trasformazione dell'ente in società per azioni. L'art. 1 comma 3 del d.l. 386/91 ha previsto che le società derivanti dalla trasformazione degli enti pubblici economici "succedono a questi nella totalità dei rapporti giuridici", mentre l'art. 14, comma 1 del d.l. 333/1992 ha disposto che "tutte le attività, nonché i diritti minerari, attribuiti o riservati per legge o con atti amministrativi" agli enti oggetto di trasformazione "restano attribuiti a titolo di concessione ai medesimi soggetti che ne sono attualmente titolari". La disposizione da ultimo citata sembrerebbe aver indicato il rientro dei beni nella proprietà dello Stato (secondo la situazione che si presentava prima del 1985) e solo goduti in concessione dalle società insieme con i servizi ad esse affidati. Tuttavia, è stata notata l'evidente forzatura del dato positivo se si fosse seguita questa interpretazione (Cfr. RENNA, *La regolazione amministrativa*, cit.). L'art. 14 del d.l. 333/92 non si riferisce alla totalità dei rapporti giuridici, tra i quali sarebbero quindi

La dottrina perveniva ad individuare l'applicazione del regime del patrimonio indisponibile ai beni della nuova società in ragione del rapporto tra servizio e beni ad esso strumentali⁵⁵.

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

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

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

compresi i diritti di proprietà, ma solo un segmento determinato del fascio dei rapporti giuridici coinvolgenti gli enti trasformati, ovvero a tutte le attività, nonché i diritti minerari, attribuiti o riservati per legge o con atti amministrativi ai medesimi enti. Gli stessi fatti hanno confermato che le reti, gli impianti, e gli altri beni strumentali alle attività mantenute dalla legge in capo agli enti societarizzati hanno continuato ad appartenere a questi ultimi a titolo proprio direttamente e non a titolo di concessione.

⁵⁵ Il punto di partenza è costituito dalle argomentazioni contenute nella pronuncia della Corte Costituzionale più volte citata n. 466/93 e dalla considerazione che i beni trasferiti sono rimasti quelli che erano e cioè beni destinati ad un pubblico servizio. Si osserva che se rimane ferma la disciplina del servizio rimane ferma anche l'esigenza che i beni permangano comunque a disposizione del servizio così da assicurarne il corso. Poiché la disciplina propria della destinazione pubblica deroga al diritto comune al fine di precludere eventuali turbative al servizio derivanti dall'applicazione di istituti di diritto comune, come per esempio quelli posti a tutela degli interessi dei creditori, la semplice trasformazione degli enti pubblici in s.p.a. non può essere ritenuto motivo sufficiente a determinare in ordine ai beni imputati alla medesima s.p.a. derivante dalla trasformazione, una così rilevante modificazione strutturale come l'estinzione propria della destinazione pubblica Cfr. CERULLI IRELLI, *Dubbi e incertezze sulla trasformazione dell'Ente ferrovie dello Stato in S.p.a.*, in *Giorn.Dir.amm.*, 1996, p. 785. Si osserva che tra i privilegi di questi soggetti rientrano anche le funzioni amministrative in materia di pubblica utilità e di necessità e urgenza (art. 14, comma 4 bis del d.l. 333/1992) funzionali all'acquisizione delle aree e alla costruzione di opere destinate all'esercizio dei servizi pubblici e sarebbe illogica la conservazione di tali poteri non accompagnata dal mantenimento del regime speciale dei beni alla cui realizzazione i medesimi beni sono finalizzati.

4. Verso nuovi modelli di coesistenza tra inappropriabilità e sfruttamento economico della risorsa

4.1. Il modello delle infrastrutture essenziali nei servizi di pubblica utilità

L'argomento al quale si fa ora un cenno rientra in un tema molto ampio, si pensi a tutti i profili da cui può essere riguardata la materia dei servizi pubblici, e che interessa una varietà di fattispecie difficilmente riconducibili ad un paradigma di riferimento, si pensi alle differenze dei vari servizi a rete sotto molteplici profili, dagli aspetti infrastrutturali, agli interessi garantiti attraverso la pubblicità del servizio, ai modi per garantire tali interessi.

Tuttavia, dall'angolo visuale che si intende adottare è consentito lasciare nell'ombra la complessità appena evidenziata, perché si intende svolgere soltanto un'osservazione sulla proprietà delle reti per le possibili affinità di questioni che si pongono con riguardo ai beni ad uso collettivo.

Contrariamente ad un'impostazione che vede un avvicinamento, se non un assorbimento dei beni ad uso collettivo nell'ambito dei beni strumentali al perseguimento di interessi pubblici, tanto da negare l'esistenza di una categoria come quella tradizionale qui esaminata, sembra potersi prefigurare un percorso opposto che vede piuttosto un avvicinamento di alcuni beni destinati a servizi pubblici al regime dei beni ad uso collettivo.

Si sono citate, nel primo capitolo, le opinioni della dottrina orientata verso un modello che pone l'accento sulla destinazione ed afferma l'inadeguatezza della tecnica della riserva⁵⁶.

⁵⁶ Si sono già citate alcune posizioni che pur in modo diverso sembrano riconducibili ad uno stesso approccio in particolare RENNA, *Regolazione*, cit.; PALMA – FORTE, *I beni pubblici*, cit.; NAPOLITANO, *La patrimonio dello Stato* cit.; DUGATO, *La Infrastrutture* cit.;

Di questo modello si possono individuare due varianti. Una prima che gravita attorno al concetto di destinazione, come elemento che incide nella struttura del diritto di proprietà, sottoponendola ai vincoli necessari per garantire le utilità pubbliche del bene, nella stessa misura di quanto altrimenti era garantito dall'appartenenza soggettivamente pubblica. Ciò presuppone inevitabilmente un indirizzo ed un controllo dall'esterno da parte dell'autorità amministrativa per assicurare il rispetto dei vincoli di destinazione, oltre ad una immagine nuova di proprietario⁵⁷, che esplicitamente rinvia all'idea di un "nuovo cittadino".

Un secondo modello nel quale l'appartenenza privata è tale solo in senso formale, perché in realtà il soggetto ha natura sostanzialmente pubblica e quindi la garanzia delle utilità pubbliche del bene rimane pur sempre affidata all'appartenenza ad un soggetto pubblico al quale è demandato, in luogo dell'ente (anche formalmente) pubblico di garantire la destinazione del bene⁵⁸.

Già si sono accennati alcuni rilievi critici in ordine a queste impostazioni.

Il tema prescelto è quello dei beni ad uso collettivo, dal quale pertanto decampa, perché ricco di altre e diverse implicazioni, quello delle reti e dei servizi svolti attraverso di esse. Vi è però un dato comune, che induce a richiamare quanto avviene anche in questo campo.

Mentre nei modelli citati si afferma la "dequotazione dell'appartenenza soggettivamente pubblica", nell'impostazione che qui si è seguita si potrebbe dire, per usare lo stesso termine, che l'aver posto in primo piano la sottrazione all'appropriabilità a titolo

⁵⁷ Cfr. PALMA – FORTE, *I beni pubblici* cit. e, riassuntivamente, p. 293

⁵⁸ Cfr. RENNA, *La regolazione*, cit. Dalle osservazioni appena svolte in tema di privatizzazione dei beni, come conseguenza della privatizzazione dei soggetti si può aggiungere che la destinazione del bene al servizio pubblico dipende dalla strumentalità al servizio sia del bene sia del soggetto più che dalla soggettività pubblica e quindi questa variante è riconducibile all'altra che direttamente pone al centro la destinazione del bene.

individuale conduce alla dequotazione di un modello di appartenenza, quello riconducibile alla proprietà individuale, e ciò rende secondario il problema della titolarità pubblica o privata dovendosi prima individuare l'oggetto della titolarità stessa.

Il punto centrale, come si è osservato anche sotto un profilo giuriseconomico, consiste nella sostituzione del mercato con una struttura gerarchica.

A questo limitato fine e da questo angolo visuale ci si sofferma sul regime delle reti in relazione alla liberalizzazione dei servizi.

Anche per le reti si pone un problema di pubblicità di beni ed è sempre un problema di sostituzione del mercato con una struttura gerarchica.

Si tratta di impedire che la proprietà delle reti si risolva nel monopolio dei servizi, che possono essere offerti solo attraverso le reti, considerando che quanto meno le reti sono duplicabili (vale a dire che ogni gestore del servizio non può realizzare una propria rete come per es. quella ferroviaria), tanto più la proprietà privata di esse costituisce un ostacolo alla liberalizzazione dei servizi. Si potrebbe dire che la massimizzazione della garanzia dell'accesso a tutti gli operatori si ha con l'inappropriabilità della rete.

A questo aspetto, se ne associano però altri due.

Il primo che le reti sono tanto meno duplicabili quanto più costa la loro realizzazione, nonché la loro manutenzione e questo comporta che occorrono incentivi economici perché siano realizzate e mantenute in efficienza, e quindi che all'esclusiva dei costi si accompagni un'esclusiva di benefici, cioè che vi sia spazio per il mercato e quindi per la proprietà.

Il secondo aspetto consiste nell'essere la liberalizzazione dei servizi un fatto, si dice una scommessa dagli esiti ancora incerti⁵⁹, mol-

⁵⁹ Cfr. TONOLETTI, *Beni ad uso comune del mercato e servizi a rete*, in *Annuario A.I.P.D.A.*, 2003, Milano, 2004, p. 333, e dottrina ivi richiamata, che nota come i servizi a rete sono attività produttive caratterizzate da una idiosincrasia strutturale rispetto al mercato concorrenziale di matrice neoclassica. La presenza di elevatissimi costi di investimento in capitale fisso, la necessità di uno stretto coordinamento tra i diversi seg-

to recente, che cioè cade in una situazione di consolidato monopolio pubblico.

I tre momenti ora evidenziati, vale a dire: impedire che la proprietà delle reti si risolva in monopolio del servizio, incentivazione degli investimenti mediante la possibilità di appropriazione della rete, monopolio consolidato nella storia della gestione dei servizi, si prestano ad alcuni parallelismo con la possibilità di coesistenza dello sfruttamento economico dei beni ad uso comune, secondo il modello che si è fin qui seguito partendo dall'inappropriabilità a titolo individuale.

Si considerino i tre momenti uno per uno.

Il primo. Anche qui, come si notava per i beni di uso collettivo, l'inappropriabilità non è che una tecnica per garantire un regime di protezione di determinate utilità offerte dalla risorsa. Per i beni ad uso collettivo l'utilità consiste nell'accesso al libero godimento del bene, per le reti, in modo simile, si tratta di garantire che la proprietà della rete non consenta discriminazione all'accesso di altri operatori. In altre parole vi è anche qui una forma di inappropriabilità riferita ad un'utilità che consiste nell'accesso all'uso. Sui modi in cui avviene questa salvaguardia ci si soffermerà tra breve.

Secondo momento. Il regime di protezione riferito ad una utilità non si estende ad altre utilità né esclude che, per risolvere altri problemi, per così dire esterni alla pubblicità del bene nel senso appena chiarito, si possa operare sulla titolarità del bene. Da sempre vi sono problemi della vita giuridica della cosa che trovano pratica soluzione

menti della catena produttiva e la forte incidenza delle economie di scala rendono il settore dei servizi a rete costitutivamente soggetto al rischio monopolistico od oligopolistico. Pertanto, il passaggio da un regime di monopolio pubblico ad un regime di mercato concorrenziale richiede una serie complessa di interventi regolamentari che contemporaneamente devono assicurare i vantaggi ed evitare gli svantaggi tanto del monopolio quanto della libera concorrenza. In altri termini, nel settore dei servizi a rete non è possibile semplicemente eliminare il monopolio pubblico, è necessario costruire la concorrenza, evitando non solo la ricaduta nel monopolio (questa volta privato), ma anche le esternalità tipiche della situazione concorrenziale.

attraverso il rapporto dominicale⁶⁰. Per le reti si può ammettere la proprietà privata e cioè riconoscere l'esclusiva di alcuni benefici che altrimenti non incoraggierebbero l'assunzione in esclusiva dei costi, ma tra questi benefici non può esservi quello di fondare un mercato che condizioni l'accesso di altri gestori. Se ne vedrà tra breve un esempio concreto in materia aeroportuale.

Un terzo momento racchiude in un'immagine riassuntiva il modo neutro di operare della tecnica dell'inappropriabilità, con riguardo alle reti. Fino ad un certo momento essa serviva a garantire il monopolio dell'ente pubblico, con la liberalizzazione dei servizi imposta a livello comunitario, essa serve ad impedire il monopolio.

Conviene partire da quest'ultimo aspetto cioè accennando al cambiamento verificatosi sulla situazione tradizionale a seguito del nuovo assetto imposto a livello comunitario.

L'assetto anteriore alla liberalizzazione è descritto, in sintesi, attraverso l'individuazione di due presupposti⁶¹.

Il primo è dato dalla coincidenza del proprietario del bene con il titolare del servizio. Il Comune, proprietario dell'acquedotto, è anche titolare del servizio di acquedotto; lo Stato, proprietario dell'aeroporto, è anche titolare dei servizi aeroportuali; l'ENEL, proprietario della rete elettrica è anche il soggetto che produce, distribuisce e vende l'energia; l'Azienda ferrovie è proprietaria della rete ferroviaria e gestisce il trasporto ferroviario. Quando il gestore del servizio è diverso, lo è in forza di una concessione amministrativa che gli conferisce la disponibilità del bene e lo qualifica come *longa manus* del proprietario.

Il secondo presupposto è che per ogni servizio pubblico vi è un solo gestore.

La privatizzazione comporta qualche cambiamento, ma non investe il rapporto tra bene e proprietario che è unico gestore del servi-

⁶⁰ Cfr. CERULLI IRELLI, *Proprietà pubblica* ..., cit. p. 30 e 38 e segg.. In particolare per i richiami in dottrina cfr. Nota 49 a p. 39

⁶¹ Si richiamano qui le considerazioni di CORSO, *I beni pubblici come strumento essenziale dei servizi di pubblica utilità*, in AIPDA 2003, cit. p. 29 e segg.,

zio. Se ne è accennato con riguardo alle ferrovie, ma il discorso vale per l'Azienda Poste, l'ENEL, l'IRI, l'ENI.

E' invece con la liberalizzazione che cambia il regime dei beni destinati a pubblico servizio. Si tratta infatti di aprire i vari servizi alla concorrenza.

E' quindi necessario regolare l'uso della rete in modo che sia utilizzabile da parte di tutti i gestori. Non è infatti immaginabile che ogni gestore realizzi per esempio una propria rete ferroviaria, e quindi per rendere effettiva la liberalizzazione del servizio occorre eliminare il monopolio che di fatto deriva dalla proprietà della rete in capo al primo e fino ad ora unico gestore.

Rispetto alle riflessioni accennate in premessa di paragrafo, si può riscontrare che le difficoltà della liberalizzazione dei servizi derivano da una situazione di appartenenza costruita sul modello della proprietà individuale, più che dalla figura soggettiva, pubblica o privata a cui è attribuita la titolarità. E ciò consente di notare come la sottrazione del bene all'appropriabilità costituisce la tecnica più immediata ed efficace per raggiungere un risultato che altrimenti richiede una minuziosa regolazione ed un continuo monitoraggio del comportamento del proprietario.

Si può però osservare che le regole poste dagli organi della Comunità europea in sede di disciplina dei servizi liberalizzati, e successivamente dagli stati membri in sede di attuazione della normativa europea, si risolvono, o comunque possono essere lette nel senso che fino a qui si è adoperato per individuare la compatibilità della privatizzazione con la tecnica dell'inappropriabilità.

L'inappropriabilità colpisce l'utilità che consiste nell'accesso a tutti al bene, ed il limite di disposizione e di godimento di altre utilità che la cosa può offrire è determinato dall'intangibilità della prima, nel senso che ogni vicenda che interessi la cosa non può comportare la sottrazione dell'utilità protetta.

La prima regola è che il gestore della rete ha l'obbligo di consentire alle imprese che intendono erogare il servizio l'accesso alla rete⁶², ed è quindi privato dello *jus escludendi* in ordine all'accesso al servizio di altri gestori, accesso al servizio che non può pertanto essere oggetto di sfruttamento economico, e più in generale che non può essere governato dalla proprietà della rete. In sintesi, la proprietà della rete non può regolare il mercato dei servizi e ciò può essere visto sotto due profili, da una parte chi ha il controllo della rete non può controllare l'accesso al mercato dei servizi attraverso esclusioni o pratiche di prezzi discriminatorie nei confronti dei gestori di servizi, dall'altra non può lucrare sull'interesse ad entrare nel mercato dei servizi.

Su quest'ultimo aspetto un caso verificatosi all'aeroporto di Hannover consente di evidenziare lo sbarramento costituito dall'inappropriabilità riguardante l'utilità che consiste nell'accesso all'uso della rete.

⁶² Per quanto riguarda l'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della comunità, il gestore dell'aeroporto è tenuto per esempio a garantire alle compagnie di navigazione che intendono praticare l'autoassistenza l'accesso agli impianti portuali (art. 14 d.lgs. 13 gennaio 1999, n. 18 di attuazione della direttiva 96/67CE. Le imprese di gas naturale (quelle che producono o trasportano o distribuiscono o acquistano o provvedono allo stoccaggio di gas naturali) e che perciò gestiscono una infrastruttura essenziale devono garantire alle altre imprese e ai clienti idonei l'accesso al sistema (art. 24 d.lgs. 23 maggio 2000, n. 164 v. però ora la direttiva 2003/55/CE). Nel settore ferroviario il diritto di accesso alla rete ferroviaria è ora disciplinato dal d.lgs. 8 luglio 2003, n. 188 di attuazione delle direttive 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/13/CE. Nel settore dell'energia elettrica il gestore della rete di trasmissione nazionale che esercita le attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia, ha l'obbligo di connettere alla rete tutti i soggetti che ne facciano richiesta già in base al d.lgs. 16 marzo 1999, n. 79 di attuazione della direttiva 96/52. Ora è sopravvenuta la direttiva 2003/54/CE ed è stato introdotto l'art. 1 ter in sede di conversione del d.l. 29 agosto 2003, n. 239, con l. 27 ottobre 2003, n. 290, successiva la black-out energetico del 28 settembre 2003. Nel settore delle telecomunicazioni il problema è quello di interconnettere le reti cioè di collegare le reti di comunicazione utilizzate dalla medesima impresa o da altra impresa per consentire agli utenti della medesima o di altra impresa, o di accedere ai servizi offerti da un'altra impresa (direttiva 2002/19/CE del 7 marzo 2002).

In brevissima sintesi, alla pretesa del gestore dell'aeroporto di Hannover di sottoporre le compagnie di navigazione aerea al pagamento di un canone commerciale, dovuto in ragione del sol fatto che il gestore permette al prestatore di servizi di assistenza a terra di beneficiare di un'opportunità di guadagno, canone distinto e ulteriore rispetto a quello preteso per la messa a disposizione di spazi, la Lufthansa oppone un rifiuto. L'Oberlandesgericht di Francoforte sul Meno chiede alla Corte di giustizia una pronuncia pregiudiziale. L'avvocato generale conclude nel senso che l'art. 16 n. 3 della direttiva 15 ottobre 1996, 96/67/CE debba essere interpretato nel senso di escludere la fondatezza della pretesa del gestore aeroportuale. Un canone può essere legittimamente richiesto per l'accesso agli impianti, ma non per l'accesso al mercato dei servizi aeroportuali. Un canone del genere non è "pertinente" perché è basato piuttosto che sui costi sostenuti dall'aeroporto, sulla possibilità di profitti inerenti all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra⁶³.

Ci si ferma a questa considerazione dell'Avvocato generale, perché sembra sufficiente per sostenere che la struttura gerarchica impedisce di fondare un mercato in ordine all'accesso al bene. L'accesso al mercato dei servizi a terra non può essere oggetto di scambio e quindi non può essere tratto profitto per l'accesso al bene da una posizione che deriva dalla proprietà, o da altro titolo, come la concessione che attribuisca il controllo della risorsa.

In questa prospettiva può essere letta anche la regola che impone la separazione fra l'attività di gestione dell'infrastruttura e l'erogazione del servizio. Questo per evitare che il gestore della rete avvantaggi il gestore del servizio in forza del potere di disporre in ordine all'accesso.

Una conferma della mancanza di appropriazione a titolo individuale in ordine all'accesso, o in altre parole, ma è lo stesso, della privazione del diritto di escludere l'accesso e dunque in ordine all'utilità

⁶³ Il caso, che si trascrive limitatamente agli aspetti che si intendono qui rilevare, è riportato da CORSO, *I beni pubblici*, cit. p. 38

del bene consistente nell'uso aperto della rete, si coglie anche nella disciplina del rifiuto dell'accesso che deve essere giustificato, motivato ed è sottoposto al controllo dell'Autorità⁶⁴.

Quest'ultimo aspetto, vale a dire il controllo del rifiuto affidato ad una Autorità, si presta a diverse considerazioni, ed è senz'altro elemento forte per sostenere che nel campo dei servizi pubblici "il fuoco è spostato dal bene all'impresa, ossia l'attività economica di gestione della rete: rete che corrisponde al nucleo essenziale della categoria dei beni demaniali o patrimoniali indisponibili destinati al pubblico servizio"⁶⁵.

Secondo la dottrina ora citata, non solo per quest'ultimo aspetto, ma per la complessiva articolazione della disciplina relativa all'impresa, che va dall'obbligo di consentire l'accesso alla possibilità di rifiutarlo per giustificato motivo, dal diritto di pretendere un prezzo alle regole sulla formazione di quest'ultimo, dall'obbligo di separazione societaria e contabile fra gestore della rete e del servizio, etc., l'ancoraggio al codice civile, più che nella disciplina dei beni andrebbe ricercato nelle norme che disciplinano la concorrenza. Mentre l'obbligo di contrarre disposto dall'art. 2597 (che impone a chi esercita un'impresa in condizioni di monopolio legale l'obbligo di contrattare con chiunque lo richieda le prestazioni che formano l'oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento) è stato pensato in funzione dei rapporti tra monopolista e consumatore finale, la disciplina del titolare della rete è dettata per i rapporti tra l'impresa do-

⁶⁴ L'Autorità per l'energia elettrica e per il gas con delibera n. 98/02 del 2 settembre 2003 ha sintetizzato nelle seguenti regole lo schema che può considerarsi generale relativo a garantire l'accesso alla rete:

obbligo di contrarre in capo al soggetto esercente un'attività di gestione di una infrastruttura essenziale (trasporto, distribuzione, stoccaggio, rigassificazione) nei confronti di utenti che ne facciano richiesta; tassatività delle ipotesi di legittimo rifiuto; obbligo di motivazione del rifiuto e di immediata comunicazione del medesimo all'Autorità, al Ministro delle attività produttive, all'Autorità garante della comunicazione e del mercato; ordine all'impresa di consentire l'accesso quando il rifiuto risulti ingiustificato.

⁶⁵ In questi termini CORSO, *I beni pubblici...*, cit., p. 44

minante e le altre imprese, come prolungamento e completamento dell'obbligo che grava sul monopolista legale verso i consumatori⁶⁶.

L'accennato richiamo alle regole imposte al gestore della rete possono tuttavia essere lette per le considerazioni finora svolte anche attraverso la categoria ordinante della proprietà.

In proposito si può mettere in rilievo l'insufficienza dell'eventuale natura pubblica del soggetto proprietario o gestore al fine di garantire il regime pubblico del bene. In particolare la valutazione relativa all'accesso alle reti non è affidata al gestore neppure se riveste i caratteri "sostanziali" di ente pubblico, ma è sottoposta a regole rigide la cui osservanza è sottoposta al controllo dell'autorità di regolazione. Anche qui, come si vedeva alla fine del primo capitolo, a proposito della valutazione in ordine alla possibilità di concedere un uso singolare del bene, occorre distinguere tra due piani di valutazione. Quando si tratta di valutazioni che incidono sull'accessibilità del bene, si è al di fuori dell'ambito di poteri di disposizione di cui gode eventualmente il gestore o il "proprietario" e si rientra invece nell'ambito della funzione di salvaguardia dell'utilità in ragione della quale è stabilito un regime del bene derogatorio del regime di diritto comune.

Inoltre è da sottolineare il particolare atteggiarsi dei vincoli posti all'attività del gestore, sia che si intenda che essi derivino dalla destinazione del bene, secondo il modello citato in precedenza, sia dalla natura dell'attività imprenditoriale, secondo l'opinione appena richiamata.

In sintesi, il dato emergente sembra costituito comunque dal divieto di escludere dall'uso della rete. I "vincoli derivanti dalla destinazione del bene" e "le regole imposte all'imprenditore che gestisce la rete", sembrano tutti riconducibili a questo contenuto. La liberalizzazione dei servizi e quindi la libertà di concorrenza non può essere alterata da posizioni dominanti che nella specie derivino da un particolare rapporto tra il soggetto e il bene. Questo rapporto non può quin-

⁶⁶ CORSO, ult. cit., p. 45

di tradursi nell'escludere dal godimento altri soggetti, perché si tradurrebbe in una possibilità di godimento privilegiata, quindi in generale diversa rispetto agli altri concorrenti.

4.2. Il modello dell'ordinamento portuale

I porti sono tradizionalmente annoverati tra i beni demaniali ad uso collettivo. Accanto alla disciplina del bene, che sembra aver subito adattamenti, ma non sostanziali modifiche rispetto a quanto previsto dal codice della navigazione, vi è stata una completa revisione di tutti gli altri aspetti della vita portuale ad opera della L. 84/94⁶⁷.

Attraverso questa legge si possono percorrere alcune delle linee che costituiscono gli elementi caratterizzanti della disciplina dei pubblici servizi, perché con questi condividono la matrice comune data dai principi comunitari in tema di sussidiarietà, privatizzazione, concorrenza.

Per questa ragione, sul fronte del bene, l'ordinamento dei porti tende a coniugare le regole tipiche del demanio ad uso collettivo e le regole tipiche dei beni necessari per lo svolgimento di servizi di pubblica utilità, secondo il regime che segue le liberalizzazioni.

Anzi si potrebbe affermare che il problema ricorrente di evitare commistioni tra gestore della rete e gestore del servizio, con riguardo ai porti è stato risolto in radice, vietando alle autorità portuali di mantenere i compiti di gestione un tempo svolti dagli enti portuali, detto in termini più generali, separando l'attività di amministrazione delle aree portuali dalle attività economiche che, su quelle aree, devono svolgersi.

⁶⁷ In ordine al potere di disporre delle utilizzazioni del bene, che nel corso della ricerca è stato considerato un elemento decisivo in ordine alla declinazione dell'inappropriabilità del bene sul versante degli usi, la L. 84/94 prevede all'art. 18 la concessione per l'impresa terminalista che appare una specificazione dell'art. 36 del codice della navigazione.

Questa netta separazione tra regolazione della risorsa e gestione del servizio consente di vedere con maggior semplicità e chiarezza alcuni dei profili problematici sui quali oggi si discute, quali la valorizzazione del bene sotto il profilo economico, l'accessibilità del bene a tutti, o meglio tutti i soggetti in possesso di requisiti di idoneità tecnica, il rapporto tra standard di sicurezza e competitività, l'affidamento a privati di infrastrutture essenziali per l'economia nazionale, etc.

Si dice con più semplicità e chiarezza, perché tutte le regole, alle quali si è prima accennato, dirette a vincolare il gestore della rete, costituiscono essenzialmente una alternativa alla situazione, per così dire ideale, in cui la gestione sia affidata ad un soggetto terzo indipendente e imparziale rispetto agli interessi dei singoli gestori del servizio⁶⁸.

⁶⁸ Forse è esagerato usare l'aggettivo "ideale". Si intende solo sottolineare che l'obiettivo resta comunque quello di evitare che una situazione di controllo della rete, in quanto il soggetto ne sia proprietario o gestore, si traduca in vantaggi dati dalla coincidenza con la gestione del servizio. Il mezzo per raggiungere questo obiettivo è costituito dall'imporre regole che impediscano al gestore del servizio di avvantaggiarsi del controllo della rete. Si osservava in precedenza che ciò equivale a sottrargli la disponibilità dell'utilità del bene che consiste nell'accessibilità allo stesso. In questo senso la situazione ideale è che nessun gestore del servizio abbia modo di disporre di tale utilità, e, per quanto riguarda i beni demaniali questo è assicurato dal regime dell'inappropriabilità. Per questo profilo l'ordinamento italiano dei porti si può considerare avvantaggiato rispetto ad altri, come i porti del Nord Europa dove non vige un regime analogo al nostro. Che l'inappropriabilità sia lo strumento più immediato per raggiungere l'obiettivo dell'accesso a pari condizioni a favore di tutti i gestori dei servizi, è evidenziato dal progetto di direttiva comunitaria sull'accesso al mercato dei servizi portuali (il progetto non è poi stato approvato), che non potendo che prendere atto della situazione esistente nei porti di alcuni paesi, consentiva all'ente di gestione del porto di erogare servizi portuali, nel rispetto di due condizioni: 1) la neutralità nelle procedure di selezione delle imprese erogatrici di servizi portuali, quindi l'affidamento ad un altro soggetto del potere decisionale in merito alla selezione tra più richiedenti ove uno di questi sia l'ente di gestione del porto. 2) la trasparenza nelle relazioni finanziarie dell'ente di gestione del porto e la separazione dei conti di ciascuna delle proprie attività di servizio portuale da quelli relativi ad altre attività. Si può notare come il progetto di direttiva ricalchi gli scemi citati in precedenza in relazione alla disciplina delle reti.

E' opportuno richiamare brevemente la differente impostazione adottata dalla L. 84/94, rispetto alla situazione precedente, limitando l'oggetto dell'osservazione al porto come bene e facendo riferimento ai porti di maggiore importanza, dove, in tempi diversi, furono costituiti i cd. enti portuali. Di questi enti è difficile dare una descrizione di insieme, perché furono costituiti con leggi ad hoc e secondo una disciplina non omogenea con un'estensione variabile quanto ad autonomia e ad esercizio di potestà pubbliche. Ad alcuni enti come per esempio il Consorzio autonomo del Porto di Genova era assegnata un'ampia autonomia ed ampie potestà pubbliche, tali da relegare ad un ruolo marginale le funzioni dell'Autorità marittima. A Venezia c'era il Provveditorato al Porto, qualificato espressamente dalla legge che lo istituì, come ente pubblico economico, con compiti principalmente di gestione⁶⁹.

Nonostante la specificità dei modi e dei termini utilizzati dalle diverse leggi si può dire che il porto, manteneva la qualifica di bene demaniale ed era consegnato e messo a disposizione dei vari enti portuali, secondo un modello che richiama l'art. 34 del codice della navigazione e l'art. 36 del relativo regolamento di esecuzione, relativi all'istituto della consegna⁷⁰, anche se, per legge e non in forza di un

⁶⁹ Il Provveditorato al Porto di Venezia fu istituito con r.d.l. 14 marzo 1929, n. 503, Il Consorzio autonomo del Porto di Genova con r.d. 16 gennaio 1936, n. 801, l'Ente autonomo del Porto di Palermo con l. 14 novembre 1961, n. 1268, il Consorzio autonomo del porto di Civitavecchia con l. 9 febbraio 1963, n. 223, l'ente autonomo del Porto di Trieste con l. 9 luglio 1967, n. 589, l'Ente autonomo del porto di Savona con l. 1 marzo 1968, n. 173, il Consorzio autonomo del porto di Napoli, con d.l. 11 gennaio 1974, n. 1, con l. 9 ottobre 1967 furono istituite le aziende dei mezzi meccanici nei porti di Ancona, Cagliari, La Spezia, Livorno, Messina. In dottrina sul tema generale degli enti portuali, CALABRESE, *L'autonomia portuale*, Roma, 1967; CASANOVA, *Gli enti portuali*, Milano 1981; MAZZONI, *L'imprenditorialità dell'ente portuale*, Milano, 1979, SIRIANI, *L'ordinamento portuale*, Milano, 1981; MURGIA, *L'ordinamento giuridico dei porti*, Milano, 1988

⁷⁰ L'art. 34 del codice della navigazione dispone che "Con provvedimento del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, su richiesta dell'amministrazione statale, regionale o dell'ente locale competente, determinate parti del demanio marittimo possono essere destinate ad altri usi pubblici, cessati i quali riprendono la loro destinazione

atto dell'amministrazione e comunque senza una completa trasposizione della disciplina. Per esempio le concessioni di beni erano rilasciate dagli enti portuali, mentre il codice della navigazione mantiene questo potere in capo all'autorità marittima anche sui beni consegnati ad altre amministrazioni, previo parere di queste.

Alla costituzione ed alla disciplina degli enti portuali era affidata una missione, che per taluni versi assomiglia a quella che ora viene affidata alla Patrimonio Spa, con le ovvie differenze determinata dalla settorialità di una e la generalità dell'altra, ed anche sul versante delle riflessioni dottrinarie in materia di beni pubblici è possibile cogliere qualche analogia.

Così qualche analogia è possibile cogliere nel passaggio dal regime degli enti portuali al regime dell'Autorità portuale, rispetto al

normale. E' da notare che l'attuale formulazione deriva da una modificazione introdotta dall'art. 1, comma 40 della L. 15.12.2004, n. 308, perchè, precedentemente, in luogo dell'amministrazione statale, regionale o dell'ente locale competente, la disposizione si limitava a prevedere che la richiesta provenisse dall'amministrazione interessata. Sembra evidente il tentativo di raccordare la disposizione codicistica con le disposizioni sul conferimento di funzioni. Il tentativo però appare maldestro come spesso accade quando il legislatore tenta di imporre soluzioni perseguibili attraverso i normali canoni ermeneutici. Non vi è dubbio infatti che la consegna del bene prevista dall'art. 34, nell'attuale ordine di rapporti tra amministrazioni statali ed autonomie potesse avvenire già in base alla precedente formulazione secondo quanto osservato nel secondo capitolo. L'attuale precisazione però denuncia una pretesa di completezza circa i soggetti possibili consegnatari del bene che fa rimpiangere la precedente formulazione di "amministrazione interessata" molto più aperta anche ad altre soluzioni. Detto questo in generale, può essere utile riportare un esempio che riguarda da vicino i porti. Vi sono porti in cui le opere portuali sono realizzate dalle aziende speciali delle camere di commercio nell'esercizio dei compiti di programmazione coordinamento e promozione ad esse attribuiti dall'art. 14 della L. 84/94. Per la realizzazione di tali opere la consegna può rappresentare un utile strumento per regolare i rapporti tra Stato e aziende speciali ed in particolare il regime di responsabilità sulle aree consegnate per la realizzazione delle opere e l'eventuale concorrenza di altre utilizzazioni (cfr. art. 36 cod. nav.). L'attuale formulazione dell'art. 34 del codice della navigazione anzichè adattare un vecchio istituto alla nuova realtà istituzionale, ed in particolare al principio di sussidiarietà che si esprime anche nella versione c.d. orizzontale, lo rende più chiuso costringendo a forzare maggiormente la disposizione per adattarla ai principi, nonchè al coordinamento con la disposizione contenuta nel citato art. 14 della L. 84/94.

passaggio sul quale ci si è in precedenza soffermati a proposito dei beni destinati ad un pubblico servizio, dove ad un regime di monopolio detenuto, direttamente o indirettamente, prima dall'ente pubblico e poi da enti formalmente privati, si è passati alla liberalizzazione con conseguente necessità di aprire l'accesso al bene a più gestori.

A suo tempo, la dottrina⁷¹, a seguito della legislazione portuale appena citata, che, rispetto all'impostazione del codice della navigazione, si era evoluta verso la costituzione degli enti portuali, aveva concentrato l'attenzione sulle nuove utilizzazioni dei beni a seguito del progresso della tecnica, rilevando come, a seguito del progresso tecnico scientifico, "l'uso comune" dei beni andasse sempre più restringendosi mettendo in crisi questa stessa nozione. Si affermava essere questa una "crisi di carattere storico" in quanto "l'importanza di base del diritto di proprietà nel campo economico si è esaurita, mentre si ingigantisce l'importanza del controllo dei mezzi di produzione"⁷².

Sempre secondo l'opinione citata, con gli enti portuali si passava da una proprietà collettiva ad una proprietà di tipo individuale su beni pubblici, e questo trovava dimostrazione nel fatto che agli enti portuali era attribuito un potere di ampia disponibilità del bene e che gli enti portuali non erano enti esponenziali della collettività. Veniva inoltre precisato che nonostante la legislazione generale dei porti fosse essenzialmente improntata sulla considerazione del bene, il bene aveva perduto la sua rilevanza accentratrice e vi era stato uno spostamento dell'attenzione dal bene al soggetto⁷³.

Il nuovo soggetto andava riguardato nella prospettiva di adeguare la normativa alla realtà economica che vuole i porti indirizzati al raggiungimento di determinate finalità riassumibili nell'esigenza di produttività del sistema portuale italiano, dove la sottrazione del be-

⁷¹ CASANOVA, *Gli enti portuali*, Milano 1971, in particolare da p. 26 a p. 66 per i richiami generali alla dottrina dei beni pubblici, e da p. 119 a p. 156 per l'inquadramento del bene porto come proprietà individuale a fini produttivi.

⁷² CASANOVA, ult. cit. p. 128.

⁷³ CASANOVA, ult. cit. p. 129 – 133.

ne alla utilità collettiva ne permette la destinazione aziendale, consentendo così la nascita di un organismo di tipo imprenditoriale, valendo anche l'inverso e cioè che la nascita dell'organismo di tipo imprenditoriale, permette la destinazione aziendale del bene⁷⁴.

A più di trent'anni di distanza, pensando alla somiglianza con i commenti che ora registrano l'inadeguatezza del regime demaniale tradizionale di fronte alla nuova realtà economica, si potrebbe dire "le stesse cose ritornano".

Tuttavia, la gestione degli enti portuali non ha poi dato i frutti sperati⁷⁵, e la riforma del '94 pur essendo stata avviata a seguito di

⁷⁴ CASANOVA, ult. cit. p. 152.

⁷⁵ Sul punto vi è ricca letteratura, per una breve e precisa sintesi cfr. MUNARI, *La trasformazione dei porti da aree demaniali portuali a mercati: amministrazione e gestione delle aree portuali tra sussidiarietà e privatizzazione*, relazione presentata alla tavola rotonda dedicata al tema "Porti e Mare tra autonomia e mercato" tenutasi a Venezia il 7 novembre 2003, ora in *Dir. Mar.*, fasc. II, 2004 che indica in quattro punti le carenze del vecchio ordinamento: a) non si riusciva ad attribuire un adeguato valore al bene demaniale e all'impiego di tale bene ai fini della localizzazione, al suo interno, di insediamenti produttivi funzionali all'erogazione di attività portuali; b) non si favoriva ed anzi si escludeva la pluralità di operatori portuali, rendendo così impossibile il gioco della concorrenza e l'ottenimento dei recuperi di efficienza e produttività ad essa normalmente associati; c) si determinavano situazioni di scarsa trasparenza e conflitto di interessi tra momento regolatore e momento gestore delle attività economiche portuali senza quindi consentire in alcun modo la valutazione e la valorizzazione delle stesse, e conseguente assenza di alcun indicatore volto ad orientare efficacemente le risorse e gli investimenti nel settore; d) l'assoluta mancanza di una cultura della concorrenza, associata all'assenza totale di imprese soggette a pressione competitiva, rendeva più che agevole il formarsi di rendite di posizione e di abusi, i cui effetti negativi risultavano enfatizzati a motivo della rigidità della domanda delle operazioni e dei servizi portuali: in altri termini, si aveva un mercato "regolato" senza "regolatore" e senza neppure una normativa antitrust, quindi il peggiore dei possibili modelli di organizzazione di un mercato; e) alla mancanza di una cultura della concorrenza si aggiungeva la carenza di una cultura della sussidiarietà, che in nessun modo trapelava dal vecchio assetto dei porti, il cui governo era affidato ad enti pubblici economici (pur partecipati in qualche misura dagli enti locali), ovvero allo Stato per quanto riguarda le residue funzioni di polizia e sicurezza.

altre circostanze⁷⁶ ha poi investito tutta l'organizzazione portuale, ed anzi tra i punti qualificanti va annoverata proprio l'eliminazione degli enti portuali.

La gestione dei porti è passata alle Autorità portuali e gli enti portuali sono stati trasformati in società che esercitano, in condizioni di concorrenza, attività di impresa nei settori della manutenzione, dei servizi portuali o in altri settori del trasporto o industriali.

I compiti delle Autorità portuali sono quelli di indirizzo, programmazione, coordinamento, promozione e controllo delle operazioni portuali e delle altre attività esercitate in ambito portuale (art. 6 della L. 84/94), ma questi compiti sono delimitati nettamente dalla

⁷⁶Per descrivere quanto è accaduto occorre ricordare la disciplina delle operazioni portuali, cioè il carico, lo scarico il trasbordo il movimento in genere delle merci e di ogni altro materiale svolti nell'ambito portuale, regolata dagli articoli 108 e seguenti del codice della navigazione poi abrogati dall'art. 27 della L. 84/94. Gli articoli 110 e 111 del codice della navigazione attribuivano alle compagnie portuali il diritto di avviare in esclusiva, ed è da sottolineare in esclusiva, le maestranze portuali al lavoro. In estrema sintesi, in ogni porto, i lavoratori portuali erano costituiti in compagnie. Le compagnie erano soggetti con personalità giuridica. Soci delle compagnie erano i lavoratori portuali. Le compagnie e cioè i lavoratori che ne erano soci avevano il monopolio delle operazioni portuali. Questo monopolio, che il codice della navigazione chiamava riserva di lavoro portuale, era garantito dalla legge. Secondo l'abrogato art. 110 cod. nav. "l'esecuzione delle operazioni portuali è riservata alle compagnie". E' facile immaginare che la disposizione era nata in tempi diversi dagli attuali, al fine di evitare lo sfruttamento della manodopera, quando le operazioni portuali non richiedevano una manodopera specializzata. Questo monopolio nel tempo aveva però creato una situazione generale di inefficienza ed era fonte di abusi da parte dei monopolisti. Sul fronte economico questo assetto normativo aveva comportato la perdita di competitività dei porti italiani rispetto ai porti europei. L'occasione della riforma, che comunque era imposta dalla necessità di recuperare la competitività dei porti italiani, nacque da un'importante sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea (CGCE 10 dicembre 1991 n. C-179/90). Con questa sentenza si evidenziò che il monopolio delle operazioni portuali previsto dal codice della navigazione italiano determinava inammissibili alterazioni della concorrenza ed era quindi incompatibile con le norme del trattato CE. A seguito di questa sentenza la commissione Europea diffidò lo Stato italiano ad adeguare al diritto comunitario la disciplina censurata dalla Corte di Giustizia. Nasce così la L. 84/94 che non si limita ad abrogare la disciplina del monopolio delle operazioni portuali, ma procede al riordino di tutta la disciplina della materia.

gestione delle attività economiche, dalla previsione secondo la quale le Autorità portuali non possono né direttamente, né attraverso la costituzione o la partecipazione in società, esercitare la gestione delle operazioni portuali e di ogni altra attività strettamente connessa.

Per tornare all'argomento del rapporto tra il bene ed il nuovo sistema portuale, è senz'altro vero quanto rilevava la dottrina che si è occupata del tema con riferimento agli enti portuali sulla necessità di prestare attenzione alle esigenze della produzione.

In estrema sintesi, la carenza di attenzione verso questi profili traspariva effettivamente dal codice della navigazione dove prevale la tutela del porto come bene, a fini, come si usa dire, conservativi, ed al fine di garantire la sicurezza della navigazione. E' sufficiente in proposito leggere gli artt. 62 - 85.

Nella L. 84/94 si pensa invece più direttamente alle attività portuali come momento del sistema economico legato alle altre infrastrutture di trasporto. E' sufficiente leggere l'art. 1 della L. 84/94.

Non sembra però potersi dire che l'attenzione alle esigenze della produzione rechi con sé l'esigenza di un approccio ai beni demaniali come beni di proprietà individuale.

Il tema della proprietà come da più parti è segnalato è così intriso di momenti ideologici, di mitizzazioni e smitizzazioni che anche quando la si nega, o meglio si propone una forma di appartenenza alternativa si rischia di essere assorbiti in altri miti ed in altre ideologie. Ciò non può però impedire di coglierne l'aspetto di semplice tecnica di gestione di risorse.

Merita allora di evidenziare che la riforma dell'ordinamento portuale, che come detto, si allinea per certi versi alla disciplina generale dei beni che costituiscono reti, si avvale a tal fine, della tecnica della demanialità del bene per garantire l'apertura all'uso del bene attraverso l'inappropriabilità a titolo individuale⁷⁷, e merita altresì di evi-

⁷⁷ Si può richiamare in estrema sintesi la disciplina degli spazi portuali. L'attività relativa alle operazioni portuali è accessibile a qualunque impresa dotata di autorizzazione (art. 16). L'autorizzazione è rilasciata previa verifica del possesso di requisiti di carattere essenzialmente tecnico oltre alla valutazione di un programma operativo che

denziare che questa tecnica si rivela utile per risolvere in radice una serie di problemi che, in altri ordinamenti o in altri settori, richiedono una continua rincorsa per regolare tutti gli aspetti dell'attività del proprietario nonché un continuo affinamento ed un costante monitoraggio per raggiungere l'obiettivo di evitare che il controllo della risorsa si traduca in pratiche discriminatorie dell'accesso⁷⁸.

l'impresa deve presentare all'atto della domanda di autorizzazione. Quindi non c'è un accesso indiscriminato di operatori, ma possono esserci solo operatori qualificati e questo è l'unico tipo di discriminazione consentita a parte il caso, anche questo previsto della possibilità di stabilire un numero massimo di autorizzazioni che possono essere rilasciate. Questo tetto deve però essere giustificato in relazione alle esigenze di funzionalità del porto o del traffico, e ciò significa che l'Autorità portuale deve giustificare il limite dimostrando che un numero di imprese superiore al limite massimo comporta una minore efficienza del porto. Deve comunque essere assicurato il massimo di concorrenza nel settore. In alcuni casi (art. 18) l'impresa autorizzata allo svolgimento delle operazioni portuali secondo l'art. 16 ha la concessione di una banchina o di un'area portuale, cioè ha titolo per farne un uso esclusivo. Questa impresa, chiamata "impresa terminalista" in quanto dispone di un terminal nel porto, diventa il punto di riferimento di tutti i servizi di cui una nave ha bisogno. Una nave ha bisogno di molti servizi: il pilotaggio, l'ormeggio il rimorchio, l'approvvigionamento, il bunkeraggio, assistenza antincendio. Il terminalista oltre ad offrire le operazioni portuali, in ragione delle quali ha ottenuto la concessione, provvede anche a stipulare contratti di appalto per la fornitura alla nave di tutti i servizi. Il terminalista offre alla nave il pacchetto. L'art. 18 della L. 84/94 prevede ai fini del rilascio della concessione di banchine alle imprese terminaliste che sia presentato un programma di attività volto all'incremento dei traffici e alla produttività del porto.

⁷⁸ Diversi esempi sono offerti in questo campo dalla dottrina americana delle essential facilities su cui cfr. CORSO, *I beni pubblici*, cit. , p. 41, e per rimanere ad un caso italiano, p. 40 dove si cita il principio richiamato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (segnalazione/parere del 7 agosto 2003, in boll. N. 32/2003) relativo ad un contratto con il quale Rete Ferroviaria Italia Spa concede in uso a Trenitalia Spa il complesso degli immobili (magazzini e uffici), delle aree (piazze asfaltate), degli impianti ed attrezzature funzionali alla terminalizzazione del trasporto ferroviario di merci con esclusione dei binari. L'AGCM ha messo in dubbio che la separazione societaria tra il gestore della rete (RTI) e il gestore del servizio (Trenitalia) garantisca il rispetto del principio comunitario quando entrambe le società fanno capo ad un'unica holding (Ferrovie dello Stato Spa) L'autorità ha osservato che il gestore della rete mette a disposizione del gestore del servizio risorse l'accesso delle quali gli altri gestori del servizio potranno ottenere solo se passano per il concorrente. Quest'ultimo, sebbene contrattualmente tenuto a praticare condizioni eque e non discriminatorie, potrà avvalersi di margini di

Certo, la tecnica della demanialità fornisce solo uno strumento, la cui efficienza è strettamente dipendente dall'uso che ne viene fatto.

Se le concessioni per terminalista si consolidano e si moltiplicano, non sono cioè espressione della programmazione che l'Autorità portuale è tenuta a fare e a far rispettare, ma sono piegate agli interessi degli operatori, è come se lo strumento fosse messo da parte e la situazione del concessionario diviene equivalente a quella del proprietario. In altre parole le rendite di posizione possono essere assicurate altrimenti che con la proprietà.

In questo senso nel primo capitolo ci si è soffermati sulla considerazione che l'inappropriabilità va intesa con riferimento a tutti i rapporti giuridici che tendono a coinvolgere l'utilità oggetto di salvaguardia nel regime demaniale del bene.

Si può piuttosto osservare che, come il modello della proprietà individuale non costituisce l'unico strumento per la massima resa economica di una risorsa, così il regime dell'inappropriabilità consente una pluralità di modelli di uso economico della risorsa.

Sotto il primo profilo la contendibilità tra più imprese autorizzate allo svolgimento di operazioni portuali su aree da destinare a terminal consente la valorizzazione anche economica delle zone di pregio del porto, e la separazione tra momento di regolazione e momento di gestione evita il formarsi di rendite di posizione. Ma, a parte la resa economica determinata direttamente dall'uso esclusivo di una parte del porto, è tutto il sistema a beneficiare, anche economicamente dell'accesso garantito a tutti gli operatori su tutte le altre aree.

Quanto al secondo profilo, ci si limita a richiamare due diversi possibili modelli, vale a dire quello di porto come "casello autostradale" e quello di porto come "mercato" e la considerazione che in entrambi non vi è il rischio che il regime del bene ponga i porti al di fuori del mercato, il rischio è piuttosto che la mano invisibile, in

discrezionalità tali da consentire alla stessa Trenitalia di utilizzare l'accesso ai terminali merci e ai relativi servizi come strumento di discriminazione.

mancanza di una regolazione forte, non sia in grado di mantenere l'equilibrio e l'efficienza⁷⁹.

⁷⁹ Su questi aspetti si sofferma MUNARI, *Rischi e obbiettivi di una revisione delle norme sull'accesso al mercato dei servizi portuali*, in *Dir. Mar.*, 2004, p. 835 e seg.

CONSIDERAZIONI RIEPILOGATIVE E FINALI

Sommario: 1. La frammentazione dell'appartenenza come scelta di prospettiva. – 2. Scomposizione dell'appartenenza e compattezza del regime demaniale. I beni demaniali ad uso collettivo e la negazione del diritto di escludere. – 3. Struttura gerarchica e mercato. La tutela dell'utilità collettiva nell'organizzazione giuridica dell'amministrazione pubblica. – 4. La titolarità del bene nello svolgimento del principio di sussidiarietà. – 5. Libertà di accesso e sfruttamento economico della risorsa. – 6 La Patrimonio dello Stato s.p.a. e possibili gradazioni di modelli applicativi.

1. La frammentazione dell'appartenenza come scelta di prospettiva

Alla fine di una ricerca che ha creduto di segnare i profili evolutivi del regime dei beni demaniali alla luce del mutamento stesso dell'idea di Stato, almeno un aspetto viene in evidenza, vale a dire la provvisorietà dell'indagine data anche la mancanza, al momento, di alcuni decisivi “formanti” in grado di guidare l'interprete nell'opera di ricostruzione del sistema.

Venendo a sintetizzare il percorso intrapreso, si è creduto di prestare attenzione almeno a due profili che sembrano investire attualmente la tematica dei beni pubblici, che sono, innanzi tutto, la possibilità del trasferimento di diritti sui beni demaniali alla Patrimonio dello Stato spa ed alla Infrastrutture spa, cioè a società commerciali, ed inoltre il conferimento di funzioni alle autonomie su beni del demanio statale, nell'ambito di un'evoluzione dell'organizzazione amministrativa che pone al centro il rapporto tra interessi comunitari e livelli di governo, in luogo del rapporto tra funzioni ed interessi dell'ente.

Nonostante l'attenzione si polarizzi attorno al fenomeno della privatizzazione, sembra, infatti, necessario considerare congiuntamente anche il fenomeno della devoluzione di funzioni, se si pensa

che taluni poteri ascrivibili alla situazione di appartenenza, sono oggetto di potestà amministrative.

Anzi, proprio la circostanza che tra le funzioni conferite rientrano quella di concedere l'uso del bene, quella di regolare o vietare determinati usi, quella del controllo e del monitoraggio degli usi collettivi e degli usi esclusivi, e che costante giurisprudenza affermi che tale conferimento non si risolve nel trasferimento della "titolarità dominicale" del bene, suggerisce fin dall'inizio la scelta di una prospettiva teorica di rinuncia all'idea di un modello di proprietà compatta.

Sembra cioè potersi dire che la "titolarità dominicale" vale ad indicare solo talune prerogative, come per esempio la percezione del canone per l'uso esclusivo di porzioni di beni del demanio statale, che si presentano dissociate da altre prerogative, come per esempio il potere di consentire l'uso esclusivo da cui deriva quella rendita allo Stato, e che possono essere imputate a soggetti diversi.

Si ritiene quindi utile adottare un angolo visuale almeno parzialmente diverso rispetto alle affermazioni secondo le quali nella proprietà collettiva il tratto saliente non è l'appartenenza della cosa, ma il godimento dei servizi che la cosa rende, o, dal punto di vista reciproco, che il rapporto dominicale pubblico viene svuotato del suo contenuto d'uso, da cui discenderà la riflessione generale e largamente condivisa in dottrina secondo la quale occorre tenere distinto il regime degli usi dal regime della appartenenza, ovvero rispetto all'affermazione che il regime della demanialità opera una sorta di dominio esplicito sul bene, ma non già dell'ente in quanto soggetto, sebbene dell'ente in quanto ordinamento territoriale e cioè come comunità.

Più che una distinzione tra regime di appartenenza e regime degli usi sembra riscontrarsi una dissociazione tra prerogative perchè, in senso generale, l'appartenenza è essenzialmente regolazione dell'uso di una risorsa.

In altre parole anziché tener distinto il regime dell'appartenenza dal regime degli usi - secondo un ordine nozionale che tende pur sempre a rinviare ad un modello di proprietà compatta, che si incen-

tra in un unico termine di riferimento costituito dal titolare cioè con una, ma non l'unica, delle possibili forme di appartenenza che un ordinamento può scegliere - appare preferibile muovere da una nozione più generale di appartenenza, come regolazione dell'uso di una risorsa, la quale, in quanto regolazione giuridica, implica l'attribuzione di obblighi e diritti ai soggetti dell'ordinamento, nonché un apparato istituzionale diretto a rendere effettivi tali diritti ed obblighi.

Si parte quindi dalla considerazione che la scelta dell'ordinamento in ordine alla forma di appartenenza dei beni ad uso collettivo ha come fulcro il riconoscimento della prerogativa al godimento del bene in capo alla collettività e ciò implica necessariamente una dissociazione tra tale prerogativa e le prerogative che la collettività non è attrezzata per esercitare, quali il potere decisionale, il diritto alla rendita per usi esclusivi, il diritto al risarcimento in caso di danni al bene, il potere di vigilare sugli usi collettivi, il potere di garantire con strumenti amministrativi o con strumenti privati tale forma di godimento del bene, il potere di consentire usi esclusivi e così via.

Ora, ai fini che qui interessano - ed in questo senso l'angolo visuale qui assunto si distacca da quello fatto proprio dalle affermazioni appena citate - appare utile procedere mantenendosi sul piano di una lettura dell'appartenenza come fascio di prerogative disaggregate, perchè, rispetto ai problemi posti dalla privatizzazione e dal conferimento di funzioni, non si tratta di stabilire quale sia il nucleo di condensazione della situazione di appartenenza, se cioè le diverse prerogative si compattino attorno alla collettività, dando luogo ad una proprietà collettiva sui beni in esame caratterizzata dal godimento del bene, e priva di altre specie di disponibilità dalla cosa, o si compattino attorno all'ente pubblico dando luogo ad una proprietà individuale vincolata dalla destinazione, e priva del godimento del bene, secondo i due modelli dominanti nelle analisi in tema di demanio. Si tratta piuttosto di individuare il contenuto e l'allocatione di ogni singola prerogativa ed i rapporti di ciascuna rispetto alle altre.

Tanto più che, pure all'interno del "rapporto dominicale" dell'ente pubblico, per utilizzare un'espressione ricorrente, si nota una dissociazione tra diverse prerogative decisionali, come il fenomeno del conferimento di funzioni tende a palesare, nonché tra prerogative decisionali e prerogative in ordine ad utilità economiche, come si avverte nelle pronunce giurisprudenziali in materia di canoni su beni oggetto di funzioni conferite. Sempre in una prospettiva di prerogative dissociate può essere condotto l'esame degli usi, perchè la prerogativa al godimento collettivo è riconosciuta a tutti secondo una scelta fondamentale dell'ordinamento che trova espressione nel regime del bene, mentre la prerogativa in ordine ad usi esclusivi non può che essere attribuita a soggetti privati ed è rimessa ad una valutazione che attiene alla prerogativa decisionale dell'autorità amministrativa. Ma anche qui appare necessario distinguere tra la valutazione riferita alla possibilità di consentire gli usi esclusivi che è espressione della funzione di tutela dell'uso collettivo protetto dal regime demaniale rispetto alla successiva scelta di disporne e di gestirne il relativo rapporto.

E' da aggiungere che la rinuncia all'idea di proprietà compatta non rappresenta un particolare sviluppo dello statuto dei beni pubblici, o più in particolare dei beni ad uso collettivo, ma costituisce ormai una necessità generale imposta dal mercato per affrontare molti dei fenomeni che interessano anche la proprietà privata in generale, nonostante la diversa tradizione del nostro ordinamento rispetto a paesi come quelli di *common law* che da sempre conoscono figure generali come il *trust* ed il *leasehold* articolati su schemi di proprietà frammentata.

2. Scomposizione dell'appartenenza e compattezza del regime demaniale. I beni demaniali ad uso collettivo e la negazione del diritto di escludere

La prospettiva di una appartenenza frammentata, sembra consentire il superamento della radicalizzazione dei termini del dibattito innescato dalla privatizzazione.

Il tema del trasferimento dei diritti, infatti, induce la dottrina a riflettere sulla possibilità di una rivisitazione delle teorie della demanialità, ed il punto critico riguarda proprio i beni demaniali ad uso collettivo, rispetto ai quali sembrano potersi scorgere due opposti indirizzi.

Secondo un primo indirizzo, fermi i concetti tradizionali, si nega in via assoluta la possibilità di una privatizzazione di tali beni, all'opposto invece, per un secondo indirizzo, la si ammette affermandosi la disarticolazione del regime demaniale, mediante l'erosione del regime della riserva e la centralità della destinazione del bene.

La negazione assoluta di un trasferimento di diritti rischia però di sconfinare nel giusnaturalismo, come quando si afferma che la destinazione naturale finisce col rappresentare un limite alla possibilità del legislatore di qualificare il regime giuridico dei beni, e rischia inoltre di assolutizzare le categorie dogmatiche a scapito dei dati di diritto positivo, nonché di sacrificare opzioni interpretative più efficienti sotto il profilo dell'analisi economica, perchè ne può derivare la dispersione di utilità che meglio si prestano all'appropriazione individuale.

Sul versante opposto, l'affermazione della disarticolazione del regime demaniale, finalizzata ad accantonare il regime della riserva, rischia di eliminare la categoria stessa dei beni ad uso collettivo, e vi è, infatti, chi sostiene che studiare le attuali forme di privatizzazione dei beni, come per esempio la possibilità di un loro trasferimento alla Infrastrutture spa significa analizzare una delle prove, ed al contempo una delle ultime cause della rottura della più tradizionale tra le

classificazioni dei beni pubblici, che ha fondato la pubblicità dei beni nella loro finalizzazione alla soddisfazione di un interesse diretto della collettività o dell'ente proprietario.

Anche questo secondo indirizzo rischia invero di assolutizzare uno dei dati del sistema, vale a dire la privatizzazione, a scapito dell'*acquis* dottrinale e giurisprudenziale, che appaiono formanti decisivi dell'ordinamento, tanto più nella materia dei beni pubblici, "in cui vige una normazione giurisprudenziale, nel senso storico del concetto"; "una normazione su cui si fondano e in cui si confondono elaborati consuetudinari con insegnamenti della scienza e pronunce giurisdizionali". L'assolutizzazione dell'innovazione normativa pone in ombra anche le legislazioni di settore, che dettano un regime del bene, invariato rispetto al passato, il quale conforma la situazione di appartenenza, coinvolgendo necessariamente anche gli aspetti che attengono al trasferimento di diritti.

In ragione del *proprium* dei beni ad uso collettivo, se si ritiene, come qui si ritiene, ancora esistente una categoria, qualificata non dalla destinazione agli interessi della collettività, giacché tutti i beni pubblici sono in ultima istanza preordinati a tal fine, ma dall'apertura a tutti del godimento di essi, non appare possibile separare il regime della destinazione del bene dal regime della riserva.

Tale separazione, invero, presuppone l'indipendenza tra le due regole – destinazione e riserva – che ben si adatta a spiegare il regime derogatorio dei beni pubblici, quando si tratta di garantire ad un solo soggetto i servizi divisibili che la cosa è idonea a rendere. Si pensi ai beni che, secondo una nota classificazione, rientrano tra i beni a destinazione aziendale o tra quelli a destinazione nazionale.

In tali casi, da una parte la riserva garantisce che nessuno può essere titolare del bene al di fuori del soggetto a favore del quale è stabilita – e quindi a favore dell'ente pubblico –, dall'altra la destinazione garantisce la sottoposizione del diritto di proprietà al principio di funzione, vincolandone quindi i poteri del proprietario.

Su questo presupposto, valido con riguardo a beni per i quali si può far riferimento al paradigma della proprietà individuale, si può

senz'altro ipotizzare il venir meno della riserva, con l'effetto di ammettere la possibilità che il bene possa appartenere ad un soggetto diverso dall'ente pubblico a favore del quale essa sarebbe stabilita. Da una parte quindi si recupera il valore di scambio del bene, altrimenti azzerato a causa della riserva, e dall'altra la finalizzazione ad interessi pubblici può essere idoneamente assicurata dal vincolo di destinazione che può gravare con pari efficacia su beni di proprietà privata.

Questo modello, però, non sembra utile per affrontare il tema della privatizzazione dei beni ad uso collettivo, dove la situazione di appartenenza è più simile ad una situazione di non appartenenza che ad un diritto di proprietà individuale, dove quindi la riserva non vale a garantire la titolarità di un diritto di proprietà individuale, ma a garantire che nessuno sia escluso dal godimento del bene.

Si potrebbe dire, a voler usare l'ordine nozionale appena citato, che la riserva impedisce a chiunque di appropriarsi del bene e la destinazione impone che neppure l'ente pubblico se ne appropri a titolo di proprietà individuale, nel senso che non può escludere nessuno dall'uso del bene ed anzi deve garantire che nessuno ne sia escluso. In altre parole la destinazione, individuata nel vincolo di porre il bene a disposizione dell'uso collettivo, altro non è che il risvolto in positivo della riserva, e per questo qui si sostiene che le due regole non si possono dissociare.

Più direttamente si intende sostenere che la dissociazione tra destinazione e riserva non fornisce un criterio idoneo per affrontare il tema della privatizzazione dei beni ad uso collettivo, perchè la carenza di legittimazione all'appropriazione individuale, come effetto ultimo, non è correlata all'appropriazione dell'ente pubblico, bensì alla prerogativa di chiunque di godere dei servizi indivisibili della cosa.

Riassumendo, nei beni demaniali ad uso collettivo la scomposizione non investe il regime demaniale, la cui compattezza è predicata dal fatto che destinazione e riserva rappresentano due facce di una sola medaglia, ma, per usare la stessa immagine, la scomposizione investe la struttura dell'appartenenza, e ciò consente di esaminare la

privatizzazione dissociando la prerogativa di tutti al godimento dei servizi della cosa determinata dal regime del bene demaniale ad uso collettivo dalla prerogativa in ordine alle utilità appropriabili a titolo esclusivo che pure la cosa è, per natura, idonea a rendere.

Di conseguenza la questione decisiva dell'impatto della privatizzazione sui beni ad uso comune dipende dalla struttura dell'appartenenza e quindi non si concentra nel rapporto tra titolarità pubblica e titolarità privata, ma nel regime delle utilizzazioni della cosa, e, più specificamente, nel rapporto tra uso comune e utilizzazioni dirette allo sfruttamento economico.

La questione della titolarità appare solo una conseguenza perché prima occorre vedere se, ed eventualmente in che misura, i beni ad uso comune "ammettono le qualificazioni giuridiche che sarebbero proprie del diritto di proprietà individuale".

Rileva essenzialmente che un regime diretto a garantire a tutti il godimento dei servizi resi dalla cosa non ammette lo *ius excludendi* e che proprio in questa negazione del diritto di escludere si coglie il senso della carenza di legittimazione all'appropriazione a titolo individuale, o, si può dire, all'appropriazione in via *esclusiva*, per sottolineare meglio questo collegamento.

Da qui il tentativo di ricostruzione del modello dei beni in esame a partire, non dalla proprietà, ma dall'inappropriabilità a titolo individuale. Secondo l'ipotesi qui seguita è, infatti, la negazione del diritto di escludere l'accesso al bene, la fonte e la garanzia dell'uso comune. E, ad un tempo, sempre dal divieto di escludere l'accesso al bene, diritto nel quale si situa la sostanza economica della forma giuridica dell'istituto proprietario, deriva il limite allo sfruttamento economico.

Questo limite derivante da un "problema di bene pubblico" non pare dipendere dall'intrasferibilità del bene, la quale riporta la questione sul piano della titolarità, ma dalla sottrazione della possibilità di appropriarsi in via esclusiva dei benefici della risorsa.

In altre parole non rileva la sottrazione del bene al mercato in forza dell'intrasferibilità, quanto la sottrazione della possibilità di

fondare un mercato mediante la proprietà del bene in assenza del diritto di escludere, quando in pratica tutti possono usarlo.

Detto questo, occorre però precisare che per i beni demaniali ad uso collettivo quali le spiagge, i fiumi, le strade, la resa dei servizi indivisibili, quindi ciò che li qualifica beni pubblici in senso economico, non dipende dalle caratteristiche naturali della cosa, che anzi si presta a rendere servizi divisibili ed economicamente rilevanti - e si potrebbe aggiungere sempre più mediante lo sfruttamento dell'interesse all'uso da parte di una generalità di utenti, si pensi alle autostrade, alle spiagge, ai porti - ma da una scelta dell'ordinamento.

Non si può allora escludere la coesistenza tra l'uso collettivo del bene e la resa di servizi divisibili sui quali consentire l'appropriazione privata, ed infatti autorevole dottrina nota che la possibilità di utilizzazione economica di beni sottoposti al regime demaniale è stata ignorata dalla nostra tradizionale dottrina, nonché dalla prassi dell'amministrazione solo a causa di remote convinzioni ideologiche.

In sintesi, nella prospettiva qui seguita, la domanda non è di chi è, o di chi possa essere il bene, ma come siano o possano essere allocate le utilità della risorsa ed in particolare come possano essere individuate utilità appropriabili individualmente a fronte di un regime diretto ad assicurare il godimento collettivo, a chi spetti il potere decisionale in ordine a tale selezione, alla successiva attribuzione delle utilità così individuate, ed al coordinamento dei rapporti che da tale attribuzione derivano.

3. Struttura gerarchica e mercato. La tutela dell'utilità collettiva nell'organizzazione giuridica dell'amministrazione pubblica

Si può in estrema sintesi affermare che in un regime diretto a garantire l'uso collettivo, dove quindi è sottratta la prerogativa di escludere, il limite allo sfruttamento economico risiede nell'impossibilità di fondare un mercato riguardo all'accesso alla risorsa, perchè tale mercato postula la possibilità dell'incontro tra la

domanda di chi ha interesse all'accesso e chi, avendo titolo per escludere, lo consente.

Di conseguenza, rispettato questo limite, le utilità rese dalla cosa possono essere oggetto di sfruttamento economico.

Occorre, infatti, distinguere la qualifica della demanialità e quindi la sottoposizione al regime di protezione che è attribuita dall'ordinamento a categorie di cose (il lido, i fiumi, le rade etc.) cioè mediante il riferimento alla fisicità del bene, rispetto allo svolgimento di tale regime, il quale opera con riferimento agli usi di singole porzioni affidando la tutela dell'uso collettivo all'autorità amministrativa.

Si tratta quindi di selezionare le utilità rese dalla cosa che possono essere oggetto di sfruttamento economico, e ciò nello svolgimento di tale funzione di tutela che si traduce in una valutazione di compatibilità degli usi.

Si può quindi ammettere che le utilità così selezionate, per aver passato il vaglio di compatibilità con l'utilità oggetto di protezione, possano essere oggetto di un diritto di proprietà privata comprensivo della facoltà di godimento, di sfruttamento e di disposizione con strumenti privatistici. Tali utilità infatti non sono oggetto della protezione assicurata dal regime demaniale, e per brevità possono anche dirsi collaterali al regime demaniale, tenendo però presente che sono individuate proprio attraverso l'applicazione di tale regime. Sono queste le utilità che si trovano indicate come afferenti alla "titolarità dominicale" del bene nella citata prospettiva di proprietà compatta, ed è in riferimento ad esse che si può estendere l'applicazione della disciplina dominicale comune. Con riguardo a queste utilità la locuzione codicistica secondo cui determinati beni demaniali "appartengono" allo Stato vale ad indicare che esse spettano allo Stato a titolo di proprietà individuale.

Si deve però osservare che nell'ambito della funzione di tutela dell'utilità protetta dal regime dei beni ad uso collettivo, nello svolgimento della quale sembra potersi individuare la possibilità di selezione di utilità oggetto di sfruttamento economico, è chiamato in

causa l'ente pubblico per la sua qualità di ente esponenziale della collettività alla quale l'ordinamento attribuisce il godimento del bene.

Quindi, in ordine a tale potere decisionale relativo alla tutela del godimento collettivo, ove l'ente pubblico interviene in quanto ente esponenziale della collettività va escluso che detto potere possa essere trasferito ad un soggetto privato e vanno esclusi strumenti alternativi all'esercizio procedimentalizzato di una potestà amministrativa.

Quanto all'individuazione della figura soggettiva a ciò deputata - nella prospettiva qui seguita di considerare separatamente le diverse prerogative derivanti dalla disciplina dei beni demaniali ad uso collettivo - essa si coglie non già attraverso lo svolgimento di un diritto di proprietà dell'ente, bensì nello svolgimento dell'organizzazione giuridica dell'amministrazione.

Viene quindi innanzitutto in rilievo il principio autonomistico, e quindi i principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza.

Appare quindi mutato il contesto rispetto a quando la dottrina, che pure già considerava queste prerogative come declinazione del regime di protezione dell'utilità collettiva e non di una proprietà dell'ente pubblico, sosteneva che, nonostante si affermi l'appartenenza necessaria ed esclusiva dell'ente territoriale, i beni ad uso collettivo appartengono in modo necessario ed esclusivo alla gestione dell'ente territoriale, o, secondo altro ordine concettuale, che il legame di proprietà in confronto a certi beni e non ad altri è in rapporto con l'esclusiva che l'ordinamento ha costituito a favore di tali enti quanto alle funzioni connesse con i beni.

Nel contesto attuale, infatti, il criterio di riparto di tali funzioni non segue "l'appartenenza" del bene, ma, in via generale, individua il titolare della funzione al livello di governo più basso, nel senso di più vicino agli interessi comunitari.

Non sembra neppure più possibile affermare che l'appartenenza statale valga ad identificare interessi statali, perchè, più in generale, si è affermata un'idea di amministrazione oggettivata che si sviluppa intorno al rapporto tra interessi comunitari e livelli di governo, anziché intorno al rapporto tra funzioni ed interessi dell'ente. Nel modello

di organizzazione giuridica dell'amministrazione accolto nel attuale ordinamento "non sembra esservi spazio per un interesse soggettivato, e quindi dello Stato della Regione e del Comune, ma solo per un interesse ordinamentale e quindi oggettivato, rispetto al quale lo Stato, la Regione o il Comune sono strumenti di mediazione, ciascuno nella propria competenza delle indicazioni che provengono dal basso".

Vi è quindi, come segnalato fin dall'inizio della ricerca, la rottura del parallelismo tra appartenenza e funzioni in forza del principio autonomistico che è alla base della devoluzione di funzioni al livello più vicino al cittadino, e che giustifica l'espressa attribuzione alle autonomie del potere di disporre delle utilizzazioni del bene, nonché la clausola residuale che impone di ritenere conferite tutte le funzioni non espressamente mantenute allo Stato.

La generalità del conferimento, comporta che ne sono investite pressoché tutte le vicende relative a tali beni, in un arco che va dal potere di disporre delle utilizzazioni dei beni fino alle funzioni relative all'inizio e alla cessazione della demanialità, in quanto non espressamente mantenute allo Stato.

Ne deriva che il limite allo sfruttamento economico del bene dipendente da un regime in cui è sottratta la prerogativa di escludere l'accesso alla risorsa, non si traduce solo in un vincolo interno, ma anche nella possibilità di veto proveniente da altri enti.

In altri termini, la privatizzazione dei beni del demanio statale, sia quella che segue il percorso della sdemanializzazione, sia quella che segue il percorso del trasferimento di diritti alla Patrimonio spa, non è rimessa a scelte esclusivamente statali, ma richiede il concorso di una valutazione da parte del livello di governo più vicino al cittadino.

Si può anzi pensare a profili di incostituzionalità delle disposizioni sulla privatizzazione, qualora interpretate nel senso di estromettere le autonomie da valutazioni in ordine ad aspetti che attengono al regime demaniale del bene.

4. La titolarità del bene nello svolgimento del principio di sussidiarietà

Come osservato, “l'appartenenza” che le disposizioni del codice riferiscono all'ente, mentre vale ad assegnare il diritto sulle utilità collaterali al regime demaniale, non vale ad assegnare le funzioni afferenti alla protezione dell'utilità collettiva nel che consiste il regime demaniale.

Ciò significa, per esempio, che i beni del demanio statale, a seguito della sdemanializzazione transitano nel patrimonio disponibile dello Stato, che i canoni concessori per l'uso di detti beni spettano allo Stato (salvo che la legge non imponga l'impiego per interventi di tutela del bene individuando l'ente competente ad impiegarli, come accade per il demanio idrico), che spetta allo Stato il potere di disporre delle utilità collaterali al regime demaniale anche mediante il loro trasferimento alla Patrimonio spa.

Il fatto invece che su beni del demanio statale, lo Stato non sia l'esclusivo titolare delle funzioni afferenti alla protezione dell'utilità collettiva non significa tuttavia che ne sia escluso. In relazione alla prerogativa di individuare i limiti dello sfruttamento economico del bene in funzione della protezione del godimento della collettività, o come altrimenti detto di selezionare le utilità di cui potrà disporre, l'appartenenza allo Stato di cui all'art. 822 del codice civile può essere letta però solo attraverso la lente dell'organizzazione giuridica dell'amministrazione.

In tal senso sembra esservi spazio per essa nell'ambito del principio di sussidiarietà, secondo l'individuazione ad opera della Corte Costituzionale dell'atteggiarsi in senso dinamico di detto principio, il quale consente di individuare il livello di governo assegnatario della funzione sulla base del livello di interesse e quindi consente di individuare un livello statale di decisione in presenza di interessi sovra-locali.

Occorre però sottolineare che il principio di sussidiarietà in senso dinamico può operare solo in presenza di due condizioni, vale a dire la presenza di idonee forme di intesa e collaborazione tra i diversi livelli di governo (comunale, regionale statale) e l'assenza di espressa individuazione del titolare della funzione da parte del legislatore.

Pertanto, l'unica via per consentire l'ingresso dello Stato nell'esercizio di queste funzioni su beni del demanio statale è data da una lettura della titolarità del bene, predicata dal codice civile, nella declinazione del principio di sussidiarietà, cioè essenzialmente sul piano delle funzioni.

In sintesi, in tutte le vicende che coinvolgono l'utilità protetta dal regime demaniale in quanto idonee a provocarne il venir meno, come nella sdemanializzazione, o comunque a determinarne una compressione come per esempio avviene assentendo usi esclusivi, non possono essere estromesse né le autonomie né lo Stato, perché la struttura gerarchica, che si sostituisce al mercato, e cioè al regime di libera appropriazione individuale, si declina attraverso le funzioni di entrambi.

Viene quindi in rilievo, innanzitutto la funzione relativa alla sclassifica del bene nel cui procedimento deve essere dato ingresso alle autonomie nel rispetto del principio della generalità del conferimento, e ad un tempo, deve essere dato ingresso allo Stato in ossequio alla disposizione codicistica "sull'appartenenza", secondo una lettura sul piano delle funzioni, imposta da una tradizione dogmatica consolidata.

In costanza della demanialità, la necessaria intesa tra Stato e autonomie investe la programmazione degli usi finalizzata ad individuare il limite allo sfruttamento economico, posto dal regime demaniale, che, per i beni ad uso collettivo, consiste nell'accessibilità a tutti della risorsa.

5. Libertà di accesso e sfruttamento economico della risorsa

Lo strumento tradizionale in cui avviene la valutazione diretta a stabilire i modi di sfruttamento economico, il quale ha per oggetto i servizi divisibili resi dalla cosa compatibili con il godimento collettivo del bene, è la concessione amministrativa.

Attraverso la concessione è individuata la compatibilità tra uso collettivo e sfruttamento economico, e ciò tradizionalmente mediante l'applicazione, di criteri di suddivisione temporale o di suddivisione spaziale. Occorre però considerare che l'evolversi delle esigenze della collettività impone non soltanto una diversa sensibilità nella valutazione di detta compatibilità, ma anche la ricerca di tecniche diverse in ordine ai modi per assicurarla.

Si possono cioè pensare forme ulteriori di coniugazione dell'accessibilità del bene a favore di tutti e sfruttamento economico della risorsa, e la strada in questo verso è segnata dalla constatazione che, in relazione alle attuali esigenze della collettività, non è sufficiente la libertà di godere del bene per come si presenta in natura, ma occorre che il bene sia adeguatamente attrezzato e oggetto di manutenzione, o, in una parola, sostenuto da un servizio.

Nei porti la sottoposizione del bene al regime demaniale, vale ora a soddisfare anche un'esigenza ulteriore rispetto a quella originaria (la possibilità per tutti di approdare e caricare e scaricare la merce, che li fa ascrivere tradizionalmente nella categoria dei beni ad uso collettivo), e cioè assicura l'accesso all'infrastruttura ad una pluralità di gestori di operazioni e servizi portuali, creandosi una situazione simile a quanto avviene nei beni che costituiscono reti nei servizi di pubblica utilità, sottoposti al regime di liberalizzazione derivante dai vincoli comunitari.

Esempi come quello dei porti, e in altro modo quello delle autostrade, rinviano quindi a schemi più generali di compatibilità tra apertura dell'accesso alla risorsa e gestione economica della medesima, e sotto questo profilo il punto di aderenza con le reti dei servizi di

pubblica utilità, non appare dovuto ad un assorbimento della categoria dei beni ad uso collettivo nella categoria dei beni cosiddetti a destinazione amministrativa, come pure da alcuni si sostiene, ponendo in rilievo la strumentalità del bene rispetto all'interesse pubblico, ma vale piuttosto il viceversa, ed in particolare vi è una situazione simile quanto al ruolo dell'autorità nell'individuare il limite allo sfruttamento della risorsa derivante dalla necessità di garantire quel servizio indivisibile della cosa che consiste nell'accesso di tutti al bene.

In breve, nelle reti è necessario rendere redditizi gli investimenti per la realizzazione della rete e per la manutenzione, e ciò è possibile solo se si consente l'appropriazione a titolo individuale dei benefici della risorsa, ma al contempo è necessario garantire l'accesso al bene alla pluralità di gestori e ciò è possibile se si sottrae a chi ne detiene il controllo il diritto di escludere.

E' così sottoposto ad un particolare regime giuridico l'accesso alla risorsa che è sottratto al mercato e posto sotto il controllo dell'autorità pubblica.

In proposito sembra emblematico l'esempio dell'aeroporto di Hannover, citato alla fine del terzo capitolo, dove il canone che il gestore dell'aeroporto pretende dalle compagnie aeree evidenzia due diversi titoli in base ai quali è preteso. Una parte del canone è pretesa per la messa a disposizione degli spazi, e una parte è pretesa per il fatto che il gestore dell'aeroporto permette al prestatore dei servizi a terra di beneficiare di un'opportunità di guadagno. Per quanto qui interessa rileva che a fronte di un'unica cosa (l'infrastruttura aeroportuale) e a fronte di un'unica attività (lo svolgimento dei servizi a terra da parte delle compagnie di navigazione) per la quale l'uso dell'infrastruttura è indispensabile, è possibile qualificare distintamente due utilità. Vi è l'utilità che consiste nell'accesso al mercato dei servizi aeroportuali, la quale si qualifica per la negazione al gestore dell'infrastruttura dello *ius excludendi*, e da ciò discende che per tale utilità non è dovuto nessun prezzo. Vi è poi l'utilità che consiste nell'accesso agli impianti per la quale il prezzo è dovuto, consentendo cioè l'appropriazione individuale dei benefici della risorsa.

Più in generale, nelle reti la compatibilità tra garanzia di accesso all'infrastruttura a favore dei gestori dei servizi e possibilità di sfruttamento economico del bene è assicurata da diverse regole, come per esempio: l'obbligo di contrarre con i gestori che ne facciano richiesta, la tassatività delle ipotesi di legittimo rifiuto, l'obbligo di motivazione del rifiuto e di comunicazione all'autorità amministrativa e all'autorità, il potere di ordinare al gestore della rete di consentire l'accesso, la separazione tra il soggetto che gestisce il servizio dal soggetto che gestisce la rete, la determinazione del prezzo e delle condizioni di accesso da parte dell'autorità nazionale di regolamentazione direttamente, o, sussidiariamente, in mancanza di accordo tra le parti etc..

Questa compatibilità, che presuppone una programmazione ed un costante monitoraggio diretto a qualificare distintamente le utilità - pur non sono separabili sotto il profilo materiale perché derivano sempre da un uso dell'infrastruttura - è assicurata dal ruolo dell'autorità.

Vi è un controllo affidato all'Autorità (in taluni casi vi concorrono l'autorità amministrativa e l'autorità), sull'uso della risorsa per impedire che vi sia appropriazione dell'utilità protetta, che vi sia cioè esclusione, limitazione o discriminazione all'accesso di altri gestori. In questo senso sono infatti orientati gli interventi dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel settore ferroviario e dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas.

Il ruolo dell'Autorità, come ha rilevato la dottrina, è di intervenire nel mercato, rispettando le dinamiche di mercato. Si può aggiungere che per garantire le dinamiche di mercato dei servizi è necessario sottrarre al mercato, la proprietà della risorsa, o per meglio dire che il mercato dei servizi non possa fondarsi sulla proprietà della risorsa.

Analogamente, nei beni ad uso collettivo, come detto, non è possibile fondare un mercato sull'accesso al godimento del bene garantito a favore della collettività dal regime demaniale, e pertanto potran-

no essere oggetto di sfruttamento economico le utilità compatibili con tale garanzia di godimento.

Ed analogamente il ruolo dell'autorità consiste nella programmazione e nel monitoraggio degli usi, perchè il problema del conflitto tra uso comune e benefici esclusivi della risorsa, o se si preferisce, tra libertà di accesso e diritto di escludere, si colloca nello svolgersi concreto dei fatti. In questo si coglie l'essenzialità della riserva di funzioni in capo all'ente pubblico, dato che non vi sarebbe questa necessità, se la selezione delle utilità, o si può dire, la valutazione di compatibilità tra usi esclusivi e uso comune, fosse possibile in astratto con riferimento alla categoria di cose qualificate come demaniali.

Lo stesso ruolo dell'autorità lo si nota in relazione alle reti dove il diritto di accesso alla rete deriva dalla previsione generale del divieto di escludere, ma per garantirlo è necessario l'intervento dell'autorità per stabilire in concreto se, per esempio, una tariffa è giustificata dalla gestione della rete oppure è diretta a discriminare l'accesso.

D'altra parte, proprio il concreto svolgersi dei fatti, mette in rilievo che l'incompatibilità tra divieto di escludere e uso esclusivo, non si riscontra quando quest'ultimo è caratterizzato dalla temporaneità, episodicità ed inoltre la sottrazione è circoscritta, ma quando è caratterizzato da stabilità e si estende tendenzialmente a tutta la risorsa.

Per esempio, la letteratura in materia di usi turistici delle coste evidenzia che la sottrazione all'uso comune del bene demaniale marittimo non deriva dalla singola concessione, che pure consente un uso esclusivo, ma dalla somma e dal numero eccessivo di concessioni.

Quindi, come non è possibile che la compatibilità tra uso comune e sfruttamento economico sia affermata in astratto ed una volta per tutte, non sempre è sufficiente e neppure efficiente che sia condotta per singoli casi, ma richiede che sia svolta in sede di programmazione.

Ciò consente tra l'altro una rilevazione obiettiva e generale degli interessi, e non nel più limitato spettro prospettato in sede di iniziativa privata.

Nella programmazione si viene quindi a concentrare la funzione di garanzia dell'utilità protetta dal regime demaniale.

Sono perciò chiamati a concorrervi sia lo Stato, sia le autonomie per i motivi già esposti, e sulla scia della giurisprudenza che, in tema di pianificazione sui beni del demanio statale, pur sollecitata da questioni diverse, ha ritenuto costante la necessità dell'intesa.

6. La Patrimonio dello Stato s.p.a. e possibili gradazioni di modelli applicativi

Concentrare nella programmazione il momento di valutazione della compatibilità tra uso comune e sfruttamento economico del bene sembra costituire un passaggio obbligato in ordine alla possibilità di trasferire diritti sui beni demaniali in esame in capo alla Patrimonio Spa. Occorre infatti superare il potenziale conflitto tra sussidiarietà orizzontale e sussidiarietà verticale. Per dare un'immagine immediata e concreta di tale conflitto, è facile immaginare che sarebbe spogliato di contenuto economico un trasferimento di diritti su beni demaniali in costanza della potestà comunale o regionale di rilasciare o negare la concessione per l'uso del bene, in sintesi, se permanesse all'amministrazione il potere di disporre di volta in volta delle utilizzazioni del bene.

Un'ipotesi ricostruttiva, che consenta di conciliare conferimento di funzioni e trasferimento di diritti, può essere immaginata ritenendo l'essenzialità dell'esercizio delle funzioni, tanto dello Stato che delle Regioni, limitata alla funzione di protezione del godimento collettivo del bene, e non estesa al potere di disposizione delle utilità residuali.

La riserva di funzioni all'Autorità, secondo le osservazioni svolte in tema di dissociazione di prerogative di questa forma di apparte-

nenza, attiene infatti al regime di protezione demaniale del bene, mentre, al di fuori di tale regime di protezione, si può ammettere il godimento esclusivo, nonché il potere di disposizione ed anche che tali prerogative siano trasferite ad un soggetto privato e mediante strumenti di diritto privato.

Si può quindi ipotizzare che quest'ambito di protezione sia individuato in sede di programmazione. Si intende un ambito che può essere spaziale, ma anche funzionale, dove quindi la programmazione possa articolarsi attraverso suddivisioni spaziali o temporali, di forme di utilizzazione o altri criteri secondo l'esperienza che si va formando anche in materie affini come nell'esempio delle reti, affinché siano predefiniti i limiti entro i quali, in un determinato arco temporale, può essere consentito lo sfruttamento economico di una determinata risorsa.

Entro quest'ambito si situa il potere di disporre delle utilizzazioni esclusive, con la precisazione quindi che l'attuale connotazione pubblicistica di questo potere, non si pone allo stesso modo che per la funzione di protezione dell'utilità demaniale che richiede necessariamente la qualità di ente esponenziale dell'ente chiamato ad esercitarla. E' ben vero che anche il potere di disposizione, è connotato da vincoli per il fatto stesso di essere esercitato da una pubblica amministrazione e mediante uno strumento amministrativo, ma sono vincoli che possono essere sostituiti con altri tipi di vincoli idonei a condizionare dall'esterno l'esercizio di tale potere una volta trasferito al privato che usa strumenti di diritto comune.

Ed è altresì da precisare che l'individuazione di un ambito entro il quale non opera il regime di inappropriabilità esclusiva, non comporta la sottrazione del bene ad altri interessi pubblici. In altre parole entro quest'ambito c'è spazio per un uso esclusivo del bene. L'uso esclusivo si presta poi, ma è un momento successivo, ad essere strumento sia per il perseguimento di interessi pubblici, sia per il perseguimento di interessi privati. Ed, allo stesso tempo, l'uso esclusivo di una porzione di bene può trovare titolo in un contratto di di-

ritto comune e senza limiti di circolazione, intendendosi che ciò che circola non è la cosa ma la prerogativa in ordine all'utilità economica.

Rimane comunque, anche per queste utilità un limite che costituisce il riflesso della possibilità espansiva delle esigenze dell'uso collettivo, la quale fa sì (o meglio si evince dal fatto) che la demanialità sia stabilita per categorie di cose, dove cioè la singola porzione non può essere sclassificata se mantiene i caratteri oggettuali della categoria, dove, in altre parole, il rapporto tra demanialità ed uso collettivo non dipende dall'effettività di quest'ultimo ma dalla sua potenzialità. In questo contesto poiché tra gli strumenti che concorrono nella funzione di rendere effettiva la protezione dell'utilità collettiva, non può essere esclusa la revoca della concessione, la programmazione degli usi diretta a selezionare le possibilità di sfruttamento economico potrà sempre essere oggetto di rivalutazione, in quanto la funzione di protezione nelle forme e con le competenze che si sono dette non si esaurisce. E la permanenza di questa funzione si riflette necessariamente sulle situazioni giuridiche dei soggetti privati che derivano dall'individuazione di quell'ambito che può essere modificato o soppresso.

Ciò nondimeno la programmazione degli usi è idonea a garantire una previsione di stabilità nei rapporti che hanno per oggetto le utilità economiche consentendone anche la possibilità di trasferimento.

Ma più in generale la possibilità di operare in quest'ambito di usi programmati con strumenti di diritto privato consente di eliminare le rendite di posizione che risolvono lo sfruttamento economico della risorsa a beneficio esclusivo del concessionario, il quale fino ad ora è stato garantito rispetto ad altri possibili concorrenti dal fatto che l'unico strumento a disposizione dell'amministrazione per sciogliere il rapporto era costituito dalla revoca e che questa trova la sua causa e perciò il suo limite nell'essere prevista per la protezione dell'uso collettivo.

In sintesi, la definizione di un ambito di possibilità di sfruttamento economico, nella quale è risolto in sede di programmazione e quindi in via preventiva e generale, (intendendo la generalità riferita a

porzioni di bene non già alla categoria) il grado di compatibilità di usi esclusivi con il regime di protezione del godimento collettivo, appare la tecnica per dare massima ampiezza alla Patrimonio spa come attore economico, considerata cioè come organizzazione attrezzata per perseguire interessi economici entro limiti posti in generale al mercato, senza sovrapposizioni di ulteriori vincoli interni derivanti dalla natura per così dire ibrida della società, come quando si afferma essere formalmente privata ma sostanzialmente pubblica.

Si possono però immaginare modelli con minor grado di espansione verso la privatizzazione, la cui utilità non è comunque da sottovalutare.

Uno di questi è appena stato citato tra le righe, e consiste nel ritenere che la Patrimonio spa sia soggetto sostanzialmente pubblico, con tutte le conseguenze che ne derivano in sede di vincoli per tutte le scelte che essa dovrà compiere.

Ci si limita ad osservare che gli indirizzi strategici del Ministero ai quali la società è sottoposta, rischiano di essere troppo generali, secondo quanto visto finora, se non ripetitivi di quanto già afferma la legge in ordine al mantenimento del regime demaniale del bene ed al rispetto dei requisiti e della finalità propri dei beni pubblici, mentre apparirebbe ben più utile una maggior concretezza, visto che di strategia si parla, almeno tale da prefigurare il ruolo che ad essa si intende assegnare.

Intrapreso questo più impegnativo percorso, gli indirizzi ministeriali, se incidenti sull'utilità protetta dal regime demaniale, non potranno però eludere il concorso alla loro determinazione da parte delle autonomie.

Un altro modello può prevedere come compito essenziale della Patrimonio spa in relazione ai beni ad uso collettivo solo il monitoraggio dei medesimi in vista di una loro sclassifica, qualora vengano a perdere le caratteristiche per le quali sono demaniali.

Non sarebbe questo un impegno di scarso rilievo né di scarsa utilità, né di ridotto impatto economico, ancorché limitato al momen-

to dell'iniziativa del relativo procedimento e, all'esito di questo, alla conseguente cartolarizzazione.

Un ulteriore modello potrebbe essere individuato nell'affidamento alla Patrimonio spa della gestione dei flussi di reddito provenienti dagli usi in concessione, nonché del monitoraggio su detti usi sotto il profilo della corrispondenza rispetto al titolo.

Si possono infine immaginare diverse combinazioni o diverse altre ipotesi, ma su tutto ciò non si può che attendere l'evolversi della prassi.