

Concorso in magistratura 2017
Traccia di diritto amministrativo¹
12 luglio 2017

Premesso un inquadramento sistematico sul regime dei beni pubblici, tratti il candidato, in particolare, dei beni patrimoniali indisponibili con particolare riguardo all'acquisto e alla perdita dell'indisponibilità.

1. I beni pubblici rappresentano l'insieme delle cose (in senso giuridico), mobili e immobili, appartenenti allo Stato o altra p.a., a titolo dominicale o ad altro titolo, idoneo ad assicurarne la disponibilità ed il godimento, identificabili in base a specifiche caratteristiche fissate dalla legge ovvero in ragione della destinazione ad uno scopo pubblico cui ne viene fatta (V. CERULLI IRELLI). Più in generale, i beni pubblici possono essere definiti come quei beni di cui si avvalgono le pubbliche amministrazioni per la realizzazione degli scopi e delle funzioni ad esse affidati.

La rilevanza dei beni pubblici è sempre stata distinta da quella dei beni appartenenti a soggetti privati in virtù del **vincolo** che la legge pone tra il bene medesimo e una specifica utilizzazione per il perseguimento di fini pubblici.

L'ordinamento pone un **nesso strumentale** tra bene pubblico e scopo pubblico, introducendo, di conseguenza, un particolare regime giuridico che investe il profilo del possibile godimento del bene, quello della sua circolazione giuridica e quello relativo alla sua tutela (M.SANTISE).

Questa differente disciplina rispetto ai beni privati è giustificata sul piano costituzionale dall'art. 42 Cost. il quale prevede che «la proprietà è pubblica o privata. I beni economici appartengono allo Stato, ad enti o a privati». Su questa norma si fonda la possibilità di prevedere un particolare regime giuridico per la proprietà pubblica e, perciò, indirettamente per tutti i beni di appartenenza alla p.a.

Questa differenziazione di disciplina, infatti, come si vedrà subito dopo, riguarda anche quei beni disponibili in quanto appartenenti alla p.a., pur non qualificabili come beni pubblici in senso stretto.

2. La tradizionale nozione dei beni pubblici è, però, destinata a mutare con due sentenze delle sezioni unite della Corte di Cassazione (le nn. 3665 e 3811/2011) che hanno fornito una chiave di lettura innovativa e costituzionalmente orientata sulla natura pubblica e demaniale dei beni, prescindendo dal mero dato dominicale di appartenenza, pubblica e privata, e valorizzando appunto il ruolo della Costituzione nell'identificazione dei beni pubblici o demaniali.

Secondo le sezioni unite i beni pubblici vanno presi in considerazione in relazione alla loro **funzione sociale**, riconducendone la titolarità allo **Stato-collettività** e non allo Stato-apparato, il quale assurgerebbe a mero «... ente esponenziale e rappresentativo degli interessi della cittadinanza (collettività) e quale ente preposto alla effettiva realizzazione di questi ultimi». Ciò in quanto, diversamente ragionando si finisce per appiattirsi sulla sola, e ormai "antiquata", dicotomia beni pubblici-beni privati, «... tralasciando l'ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati».

Attraverso quest'orientamento si giunge a ritenere che un bene immobile, a prescindere dalla titolarità, per le sue caratteristiche intrinseche funzionali agli scopi dello Stato sociale come delineati dalla Costituzione repubblicana, che pone **al centro del sistema la persona ed i suoi interessi primari**, tra cui anche **l'ambiente ed il paesaggio** è da considerarsi, «... al di fuori dell'ormai datata prospettiva del *dominium* romanistico e della proprietà codicistica», bene comune a prescindere dal titolo di proprietà, funzionale alla realizzazione degli interessi di tutti i cittadini.

3. Ciò premesso, la categoria dei beni pubblici può essere suddivisa in due sottocategorie:

¹ Pubblichiamo uno *schema di elaborato* svolto tratto, per ampie parti, dal testo di M.SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, 2017, III edizione, pp. 118 e ss.

- a) **beni pubblici in senso stretto**, che appartengono allo Stato o ad altro ente pubblico;
- b) **beni di interesse pubblico**, che, pur appartenenti ai privati, sono sottoposti ad un regime giuridico derogatorio rispetto a quello di diritto comune, in virtù della peculiare rilevanza riconosciuta agli stessi da parte della collettività.

Appartengono alla prima categoria, secondo la distinzione accolta dal Codice civile (art. 822 e ss.), i **beni c.d. demaniali** e quelli **appartenenti al patrimonio indisponibile**, che restano distinti rispetto ai beni patrimoniali c.d. disponibili e cioè quei beni che, pur appartenendo a soggetti pubblici, sono tendenzialmente sottoposti al diritto comune dei privati e per questo motivo definibili *beni privati sia pure in titolarità pubblica*.

In realtà, anche per i beni del patrimonio disponibile, il legislatore introduce una disciplina particolare quanto al loro godimento (ciò accade ad esempio per la disciplina dei contratti di locazione stipulabili con i terzi in cui la p.a. resta pur sempre vincolata alla destinazione, sia pur strumentalmente e, però, indirettamente, del bene alla realizzazione dell'interesse pubblico) oppure alla relativa circolazione giuridica (affidando, ad esempio, al Ministro competente per materia il potere regolamentare e, perciò, normativo per elaborare schemi tipo di contratti di vendita verso terzi, come nel caso dei beni culturali in cui è preminente l'interesse pubblico alla salvaguardia delle caratteristiche storico-artistiche di un bene immobile locato o comunque trasferito a terzi; ciò significa che pur essendo sottoposti in via generale al diritto comune si connotano pur sempre di una specialità di disciplina.

Alla luce di tali rilievi, si è ritenuto di ravvisare quale *ratio* giustificativa di questa specialità proprio questo nesso di strumentalità tra il bene e gli scopi istituzionali dell'ente pubblico proprietario.

La distinzione tra i beni disponibili rispetto a quelli propriamente pubblici, sarebbe rappresentata dal carattere *diretto* o soltanto *indiretto* di questa specialità.

Più precisamente, per i beni pubblici in senso stretto, il nesso è posto chiaramente dalla legge, ed è quindi diretto; con la conseguenza che l'ente pubblico non può adibire quel bene ad una destinazione pubblica diversa da quella tipizzata dal legislatore.

Per i beni privati o disponibili, invece, questo nesso non è posto espressamente dalla legge, ma lo si ricava in via interpretativa dai limiti che il legislatore pone al loro godimento ed alla relativa circolazione giuridica; ciò quantomeno per garantire il principio di economicità della attività amministrativa complessivamente intesa, visto che, sia per il loro godimento che per la circolazione giuridica, l'ente pubblico titolare percepisce corrispettivi da iscrivere in bilancio secondo le leggi di contabilità pubblica. Il nesso strumentale di questi beni, pertanto, si dice indiretto perché solo attraverso l'incremento delle poste di bilancio si consente all'ente il perseguimento degli scopi pubblici istituzionali. In tal caso, la p.a. può scegliere discrezionalmente l'utilizzazione del bene rispetto ai suoi scopi, a ciò non essendo vincolata dalla legge, come invece avviene per i beni pubblici in senso stretto.

Al di fuori di questi limiti, secondo l'impostazione tradizionale, ai beni disponibili torna ad applicarsi il regime di diritto comune e, quindi, la distinzione rispetto ai beni propriamente pubblici torna ad essere rilevante, ad esempio ai fini della tutela.

4. I beni pubblici sono normativamente disciplinati a diversi livelli e, nell'insieme, in modo alquanto a-sistematico.

La Costituzione, come anticipato, anche se non contiene un'espressa definizione dei beni pubblici, né una loro classificazione, stabilisce alcuni richiami che risultano comunque assai importanti per la definizione del sistema.

Tradizionalmente, la norma costituzionale di riferimento in tema di beni pubblici risulta essere, come detto, quella dell'art. 42 secondo cui la proprietà «è pubblica o privata», riconoscendo implicitamente una diversità di fondo tra i due tipi di proprietà.

A tale norma, secondo il recente orientamento delle Sezioni Unite, occorre affiancare ulteriori dati normativi di rilievo costituzionale altrettanto significativi in tema di beni pubblici. Innanzitutto, gli

artt. 2 e 9 Cost. che, letti in combinato disposto con il citato art. 42, esprimono un principio di tutela della personalità umana e «... del suo corretto svolgimento nell'ambito dello Stato sociale, anche con riferimento al "paesaggio", con specifico riferimento non solo ai beni costituenti, per classificazione legislativa codicistica, il demanio e patrimonio oggetto della "proprietà" dello Stato ma anche riguardo quei beni che, indipendentemente da una preventiva individuazione da parte del legislatore, per la loro intrinseca natura o finalizzazione risultino, sulla base di una compiuta interpretazione dell'intero sistema normativo, funzionali al perseguimento e al soddisfacimento degli interessi della collettività».

Sempre a livello costituzionale, secondo questo indirizzo interpretativo, va richiamato l'art. 118 Cost. che, al III co., dispone della legge statale disciplina le «forme di intesa e coordinamento nella materia della tutela dei beni culturali»; analogamente va citata la riforma del titolo V della Costituzione con cui è stata prevista la competenza esclusiva dello Stato per la tutela dell'ambiente, e dell'ecosistema e dei beni culturali, oltre ad una competenza concorrente tra lo Stato e le Regioni per ciò che concerne la valorizzazione dei beni culturali ed ambientali. Il Codice civile, poi, detta una disciplina organica che tenta, sia pur in modo eccessivamente formalistico, di dare una classificazione alle diverse categorie di beni. Agli artt. 822 e s. si occupa del demanio pubblico e del relativo regime giuridico; dall'art. 826 in poi, si occupa, invece, dei beni appartenenti al patrimonio indisponibile e della relativa disciplina.

I beni pubblici vengono, poi, disciplinati anche da altre leggi speciali di settore come ad esempio il Codice della navigazione di cui al r.d. n. 327/1942, la normativa sui beni e le attività culturali oggi confluita nel Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lgs. n. 42/2004, la legge sulla fauna selvatica di cui alla legge n. 157/1992.

La nozione di **demanio pubblico** è prevista anche dalla normativa sull'amministrazione e contabilità dello Stato di cui al r.d. n. 2440/1923, che prevede, per tali beni, la compilazione di particolari inventari, che hanno mera natura dichiarativa e non sono pertanto idonei a "costituire" la natura demaniale o comunque pubblica del bene in mancanza dei requisiti naturali e giuridici richiesti a tal fine dall'ordinamento ma oggetto), mentre quelli appartenenti al **demanio c.d. naturale** sono pubblici "in sé", in quanto dotati di particolari ed intrinseche caratteristiche.

Come indicato anche dall'art. 823 c.c., i beni che rientrano nel demanio pubblico sono, tra l'altro, inalienabili, impignorabili, non espropriabili e non possono formare oggetto di diritti su cosa altrui se non nei limiti previsti da norme di diritto pubblico che li riguardano.

Attraverso una serie di interventi normativi (solo a titolo di esempio si ricordano i seguenti interventi normativi di sdemanializzazione: legge n. 210/1985 con cui si è proceduti alla sdemanializzazione delle strade ferrate con vincolo di destinazione al servizio pubblico ferroviario; D.P.R. n. 283/2000 in tema di demanio storico ed artistico che ha riconosciuto la deroga alla loro inalienabilità e diritto di prelazione del Ministero dei beni e delle attività culturali, primari e secondari) si è riconosciuto ed avviato un processo di c.d. sdemanializzazione, che consente per il tramite di un apposito *iter* procedimentale di volta in volta previsto, di "affrancare" il bene demaniale da tale sua qualità, prodromica alla possibilità di poterlo alienare ovvero espropriare per pubblica utilità o pubblico interesse

5. Fanno parte del patrimonio indisponibile, ai sensi dell'art. 826 c.c., invece, tutti quei beni, sia immobili che mobili, appartenenti alle p.a., che non rientrano tra quelli demaniali sopraindicati, in quanto destinati «in forza di un atto di volontà amministrativa concretamente attuato, a svolgere un servizio pubblico» (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 30 ottobre 2012, n. 1757).

Vi rientrano le acque minerali e termali, le cave e le torbiere, le cose di interesse archeologico, paleontologico ed artistico che una volta scoperte, da chiunque ed in qualsiasi modo, entrano a far parte del patrimonio indisponibile dello Stato, nonché la fauna selvatica. L'elencazione fatta dalla

norma dal Codice non è tassativa stante la clausola generale prevista dall'ultima parte dell'art. 826 c.c.

Anche per questa categoria di beni pubblici occorre distinguere tra quelli per cui la proprietà pubblica è collegata alle caratteristiche e qualità proprie della cosa, ritenute dalla legge idonee di per sé a realizzare esigenze pubbliche (con la conseguenza che un eventuale atto amministrativo che qualifichi come tale il bene risulterà di **natura solo ricognitiva**), da quelli per cui l'appartenenza al patrimonio indisponibile della p.a. dipende da un atto o da un fatto dell'ente che concretamente li assegna ad un pubblico servizio (N. CENTOFANTI).

In giurisprudenza è stato affermato che «affinché un bene non appartenente al demanio necessario possa rivestire il carattere pubblico proprio dei beni patrimoniali indisponibili perché “destinati ad un pubblico servizio”, ai sensi dell'art. 826, comma 3, c.c. deve sussistere **un doppio requisito**: la **manifestazione di volontà** dell'ente titolare del diritto reale pubblico, e perciò un atto amministrativo da cui risulti la specifica volontà dell'ente di destinare quel determinato bene ad un pubblico servizio, e **l'effettiva ed attuale destinazione** del bene al pubblico servizio» (Cass., Sez. II, 16 dicembre 2009, n. 26402 e, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 04/05/2017, n. 2034).

Seguendo questo orientamento, poi, la Cassazione ha ritenuto che l'appartenenza al patrimonio indisponibile di un bene «va esclusa quando il tempo che intercorre tra la destinazione ad uso pubblico del bene e l'inizio del periodo utile a fini di usucapione (oltre dieci anni) trascorre senza che sia stato posto in essere alcun atto concreto di utilizzazione del fondo a fini di pubblica utilità».

Queste conclusioni traggono spunto dall'impostazione delle Sezioni Unite della Cassazione secondo cui «un bene, in tanto può considerarsi appartenente al patrimonio indisponibile per essere destinato a pubblici servizi a norma del comma 3 dell'art. 826 c.c., in quanto abbia una effettiva destinazione a quel servizio, non essendo sufficiente la determinazione dell'Ente pubblico di imprimere al bene il carattere di patrimonio indisponibile» (Cass., SS.UU., 23 giugno 1993, n. 6950).

Secondo l'art. 828 c.c. i beni appartenenti al patrimonio indisponibile dello Stato non possono essere sottratti alla loro destinazione se non attraverso le modalità stabilite dalla legge che li riguarda. Detti beni, perciò, sono in astratto commerciabili, salvi gli specifici divieti recati dalle disposizioni legislative di settore, ma sono gravati da uno specifico vincolo di destinazione all'uso pubblico.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno affermato che «i beni patrimoniali indisponibili, al pari di quelli demaniali, attesa la comune destinazione dalla soddisfazione di interessi pubblici, possono essere attribuiti in godimento a privati soltanto **nella forma della concessione amministrativa**, la quale, anche quando si configuri come concessione-contratto – vale a dire come combinazione di un negozio unilaterale autoritativo (atto deliberativo) della p.a. e di una convenzione attuativa (contratto) –, implica sempre l'attribuzione dal privato di un diritto condizionato, che può essere unilateralmente soppresso dall'amministrazione stessa con la revoca dell'atto di concessione, in caso di contrasto con il prevalente interesse pubblico, con la conseguenza che, emesso il relativo provvedimento amministrativo, con l'intimazione della restituzione del bene, la posizione del privato stesso degrada ad interesse legittimo ed è suscettibile di tutela davanti al giudice amministrativo e non in sede di giurisdizione ordinaria» (Cass., SS.UU., 23 giugno 1993, n. 6950).

Diversamente dai beni demaniali, quelli indisponibili sono espropriabili e soggetti ad usucapione entro i limiti della loro destinazione, a condizione cioè che lo scopo pubblico risulti comunque servito dal bene così come destinato dalla p.a. Così è stato affermato in giurisprudenza per ciò che concerne l'espropriazione forzata per debiti, ritenuta ammissibile per i beni indisponibili sempre che la vendita forzata risulti compatibile con la permanenza del vincolo di destinazione pubblica.

Sotto quest'ultimo profilo, particolarmente problematico è stato l'inquadramento del **danaro delle p.a.** che inizialmente veniva ritenuto bene indisponibile non pignorabile per effetto dei c.d. vincoli di bilancio in cui era contabilizzato, idonei ad imprimergli una destinazione pubblicistica preclusiva

all'espropriazione ai sensi degli artt. 2740 e 2741 c.c. Questa tesi, però, è stata sconfessata dalla Corte Costituzionale che, attraverso una sentenza interpretativa di rigetto della questione di legittimità costituzionale degli artt. 823, 828 c.c. e 514 c.p.c., ha affermato che «... la mera iscrizione nel bilancio preventivo delle P.A. di somme di danaro o di crediti pecuniari traenti origine da rapporti di diritto privato non li trasforma di per sé in beni patrimoniali indisponibili ... in quanto la natura fungibile e strumentale delle somme di danaro non vale a determinarne la indisponibilità, a meno che esse non siano destinate immediatamente, nella loro individualità, ad un fine pubblico» (Corte Cost., 21 luglio 1981, n. 138) . L'affermazione della pignorabilità del danaro delle p.a., per gli inconvenienti pratici che possono verificarsi a causa del notorio stato di deficit in cui normalmente versano gli enti pubblici, ha indotto il legislatore ad intervenire normativamente sul punto dichiarando la non assoggettabilità ad esecuzione forzata di determinate somme di danaro degli enti in ragione della loro destinazione come, ad esempio, per retribuzioni lavoratori dipendenti, oneri previdenziali, servizi essenziali ed altre ipotesi tassativamente, di volta in volta, indicate.

Per espressa previsione di legge, infine, i beni pubblici indisponibili possono formare oggetto di diritti reali in favore di terzi, ove ciò sia compatibile con la loro specifica destinazione pubblica.

Si potrebbe allora ritenere compatibile con la *ratio* del Codice civile la possibilità che possa essere rimosso il vincolo di destinazione per i beni appartenenti al patrimonio indisponibile, attraverso il previo esperimento di procedimenti amministrativi a ciò previsti dalle singole leggi di settore, così permettendone la libera circolazione.

Questa impostazione trae fondamento dalle ipotesi in cui il legislatore ha espressamente vietato la circolazione di detti beni, disponendone apertamente l'assoluta inalienabilità.

In ogni caso, gli atti dispositivi di detti beni contrastanti con la destinazione pubblica del bene saranno invalidi. Più precisamente, si tratterebbe di atti annullabili in quanto ci si troverebbe pur sempre in presenza di autolimiti di un potere pubblico pur sempre attribuito dalla legge. Secondo un'altra impostazione, però, ormai prevalente, sarebbe configurabile una nullità in quanto l'interesse tutelato è di natura generale e non particolare.